

“El principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Laboral”

CONTENIDO

INVITADO ESPECIAL

- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND:** El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía.

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

- **ÁLVARO GARCÍA MANRIQUE:** La manifiesta desigualdad del contrato de trabajo a tiempo parcial.
- **CECILIA CALDERÓN PAREDES:** El necesario incremento de la licencia por paternidad como señal de compromiso en la vigencia del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.
- **IVÁN BLUME MOORE:** Igualdad salarial: desarrollos actuales, perspectivas y debates.
- **KARLA GIAMNINA CÁNOVA TALLEDO / ANDREA JIMENA NORONHA RAMOS / CARLA ANDREA QUIROZ SERRATO:** El acceso al empleo de las personas con discapacidad con motivo del estado de pandemia.
- **KARLA ZUTA PALACIOS:** Evolución de la igualdad salarial desde la jurisprudencia y la normativa, en el Perú.
- **SERGIO QUIÑONES INFANTE:** La importancia de los espacios de cuidado y la corresponsabilidad entre géneros en el ámbito laboral
- **SILVIA REBAZA SANTA CRUZ:** Estigma y discriminación vinculada con la salud mental en el acceso al empleo
- **WILLY MONZÓN ZEVALLOS:** La distinción remunerativa justificada: Excepción del derecho a la igualdad
- **MIGUEL ALEJANDRO ARENAZA VÁSQUEZ:** El principio de igualdad y no discriminación: una revisión en los casos de contratación (acceso al trabajo) de obreros en la Municipalidad Provincial de Cajamarca.

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿buscando o eludiendo la igualdad?
- **MARIO PASCO LIZÁRRAGA:** La libertad sindical negativa puesta en cuestión por SUNAFIL.

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

- **DANIEL DE LA VEGA ZAVALA:** Tu palabra no es suficiente: notas sobre la aplicación de la perspectiva de género en el proceso laboral.

SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ALEJANDRO NÁJAR BECERRA:** Contratación laboral de adultos mayores en el Perú: El derecho a la igualdad como solución a la crisis de seguridad social que se avecina.



Vol. 20, N° 27, marzo-agosto, 2023

Registro de Proyecto Editorial: 31501222200554

ISSN 1996-4897 (impresa), ISSN 1996-5230 (en línea)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2005-3994

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023

Av. Dos de mayo 516 Dpto. 201, Miraflores, Lima, Perú

revistalaborem@sptdss.org.pe

<https://laborem.sptdss.org.pe>

LABOREM es una revista de investigación académica de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A partir de este número publica artículos de investigación que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares externos bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, desde el año 2019, solamente en su versión digital. El primer número de la revista abarca el periodo de marzo a agosto y el segundo de setiembre a febrero.

CONSEJO EDITORIAL

Directora:

Betty Egúsquiza Palacin (Perú)
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
ORCID ID: 0000-0003-2733-9429

Editor:

Raúl Saco Barrios (Perú) †
Pontificia Universidad Católica del Perú
ORCID ID: 0000-0003-1740-512X

EQUIPO TÉCNICO

Diagramador

Luis Angel Martinez

Gestión electrónica

César Auris Saga

CONSEJO CONSULTIVO

(Miembros nacionales)

Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Universidad de Piura
ORCID ID: 0000-0001-7661-6870

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Universidad de Salamanca
ORCID ID: 0000-0002-7180-0959

Nancy Laos Cáceres
Pontificia Universidad Católica del Perú
ORCID ID: 0000-0002-5069-5301

(Miembros extranjeros)

Sandra Goldflus Wasser (Uruguay)
Universidad de la República Oriental de Uruguay
ORCID ID: 0000-0001-9248-1080

Rodrigo Palomo Vélez (Chile)
Universidad de Talca
ORCID ID: 0000-0002-9361-599X

Patricia Kurczyn Villalobos (México)
Universidad Nacional Autónoma de México
ORCID ID: 0000-0003-0478-4474

Manuel Carlos Palomeque López (España)
Universidad de Salamanca

Adrian Todolí Signes (España)
Universidad de Valencia
ORCID ID: 0000-0001-7538-4764

Lima, 2023

PRESENTACIÓN

El presente número de la revista Laborem tiene como temática principal “El principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Laboral”; la cual tiene especial relevancia en la actualidad por su transversalidad en las relaciones laborales y por ser pilares fundamentales en un Estado de derecho cuyo fin principal es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Siendo así, con el propósito de lograr una valoración objetiva de las investigaciones, se continúa con la nueva metodología de publicación establecida en la edición número 26, consistente en la revisión editorial que se efectúa a los artículos de investigación y que posteriormente son sometidos al escrutinio de revisores externos bajo la modalidad de doble ciego (el autor y el revisor no conocen mutuamente sus identidades).

Asimismo, consideramos pertinente indicar que, durante la elaboración del presente número, lamentablemente falleció nuestro editor Raúl Guillermo Saco Barrios, a quien recordamos por ser una persona que compartía sus valiosos conocimientos y experiencia en materia jurídico laboral; y tener como característica singular el ser un buen conversador. Además de ser en los últimos años nuestro editor, colaboró con diversos y valiosos artículos en los números 2, 6 y 20 de esta revista.

En el presente número de Laborem se publican 14 artículos. El primero de ellos corresponde a nuestro invitado especial Wilfredo Sanguinetti Raymond, quien analiza el test de laboralidad y los indicios de subordinación y autonomía en las plataformas digitales, mediante un enfoque que permite visibilizar su origen y revalorización en el marco de la crisis sanitaria generada por la Covid-19.

Posteriormente, tenemos los artículos arbitrados, a través de los cuales se aborda acuciosamente la temática de la presente edición bajo cuatro segmentos o ámbitos tales como el Derecho Individual y Colectivo del Trabajo, el Derecho Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

El primer grupo corresponde al ámbito del Derecho Individual del Trabajo, en cuyo segmento participan Karla Giamnina Cánova Talledo, Andrea Jimena Noronha Ramos y Carla Andrea Quiroz Serrato, las cuales examinan el acceso al empleo de las personas con discapacidad con motivo del estado de pandemia, incidiendo en las limitaciones emergentes advertidas y proponiendo soluciones para su contrarrestar tales efectos. Asimismo, Silvia Rebaza Santa Cruz, también estudia otro grupo históricamente discriminado en el ámbito laboral conformado por las personas que presentan condiciones o afectaciones vinculadas a la salud mental, para lo cual incorpora dentro de su análisis a las evaluaciones psicométricas y los requisitos para desempeñar un puesto de trabajo, a fin de determinar si un diagnóstico vinculado a la salud mental puede ser una justificación para la denegatoria en el acceso a un puesto de trabajo.

Por su parte, Iván Blume Moore, Karla Zuta Palacios y Willy Monzón Zevallos analizan, desde un ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinario, la evolución y las perspectivas actuales sobre igualdad salarial. Incluso, resaltando los criterios establecidos por el Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) e incorporando la casuística administrativa en dicha materia.

Por otro lado, Cecilia Calderón Paredes y Sergio Quiñones Infante, desarrollan el principio de igualdad en el marco del ámbito familiar y el modo en que impacta en el Derecho Laboral, planteando interesantes propuestas en la búsqueda de compatibilidad de ambos planos. Debe destacarse que las categorías desarrolladas por los autores se asocian a la licencia por paternidad y a los espacios de cuidado.

En cuanto a los autores Álvaro García Manrique y Miguel Alejandro Arenaza Vásquez, éstos analizan, a la luz del principio de igualdad, respectivamente, la contratación a tiempo parcial y la contratación de los obreros municipales. El primero, lo vincula a derechos específicos como la jornada de trabajo y la protección con el despido arbitrario; y, el segundo, analiza casos específicos dentro de la propia Administración Pública.

El segundo grupo de investigaciones corresponde al Derecho del Trabajo Colectivo. En este, Carlos Cornejo Vargas y Mario Pasco Lizárraga analizan la libertad sindical negativa. El primero, estudia la importancia de determinar si la libertad de sindicalización positiva y negativa tienen la misma relevancia y protección jurídica. Por su parte, el segundo aborda el actuar del Tribunal de Fiscalización Laboral al momento de analizar los alcances del principio de igualdad y no discriminación en materia sindical.

En el eje correspondiente al Derecho Procesal del Trabajo, tenemos a Daniel de la Vega Zavala, quien examina una cuestión controvertida y poco aplicada en nuestro país como es la perspectiva de género en el proceso laboral. Para ello, estudia determinadas categorías tales como los principios de imparcialidad e intermediación, así como determinadas reglas procesales aplicables al esquema procesal laboral peruano.

El último apartado corresponde a la Seguridad Social, en el que César Alejandro Nájjar Becerra plantea como solución a la crisis de seguridad social que se avecina en nuestro país, la contratación laboral de adultos mayores. Bajo esa premisa, expone los factores que coadyuvan a la crisis de la seguridad social en materia de pensiones tales como la informalidad laboral, la afiliación voluntaria del trabajador independiente al sistema de seguridad social, el surgimiento de las nuevas relaciones de trabajo.

Podemos ver, entonces, que el presente número, como viene ocurriendo con los números previos de *Laborem*, enriquece nuestro ámbito académico laboral con interesantes reflexiones y propuestas que se encuentran a disposición de los distintos lectores.

Betty Egúsquiza Palacin

Directora de la Revista *Laborem*

ÍNDICE GENERAL

Vol. 20, N° 27, marzo-agosto, 2023

Presentación	5
--------------------	---

INVITADO ESPECIAL

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND: El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía.....	17
I. Un inesperado hallazgo acaecido en plena crisis sanitaria: la revalorización del test de laboralidad.....	18
II. Los orígenes del test de laboralidad y el papel de la subordinación como elemento aglutinador de los rasgos típicos del contrato de trabajo.....	22
III. La prueba de fuego del trabajo a través de plataformas digitales y la emergencia del razonamiento tipológico-funcional.....	32

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

ÁLVARO GARCÍA MANRIQUE: La manifiesta desigualdad del contrato de trabajo a tiempo parcial.....	53
I. Consideraciones sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial y el principio de igualdad.....	54
II. El descanso vacacional de los trabajadores a tiempo parcial.....	60
III. El desempleo y protección contra el despido arbitrario en los trabajadores a jornada reducida.....	63
IV. El trabajador a jornada reducida y las relaciones colectivas de trabajo	67
V. El tiempo de refrigerio y el contrato <i>part time</i>	72

VI. Conclusiones	74
Referencias	75

CECILIA CALDERÓN PAREDES: El necesario incremento de la licencia por paternidad como señal de compromiso en la vigencia del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.....	79
---	----

I. Introducción	80
-----------------------	----

II. Antecedentes normativos de la licencia por paternidad	81
---	----

1. La regulación de origen nacional	81
---	----

2. La regulación de origen internacional.....	82
---	----

III. El derecho a la conciliación en la legislación peruana: concepto y manifestaciones	85
---	----

1. La protección de la madre trabajadora.....	85
---	----

2. El derecho a la conciliación en el ordenamiento peruano.....	88
---	----

3. La relación entre el derecho a la conciliación y los derechos de la mujer	90
--	----

4. Otras manifestaciones del derecho a la conciliación.....	92
---	----

IV. El sustento constitucional de la licencia por paternidad y los beneficios asociados a su implementación	94
---	----

V. La necesaria mejora de la licencia por paternidad como mecanismo para formentar la igualdad de género.....	98
---	----

VI. Conclusiones	99
------------------------	----

Referencias	100
-------------------	-----

IVÁN BLUME MOORE: Igualdad salarial: desarrollos actuales, perspectivas y debates	105
--	-----

I. Introducción	106
-----------------------	-----

II. El derecho a la no discriminación salarial en Perú: avances y vacíos....	106
--	-----

III. Resoluciones relevantes del TFL sobre igualdad salarial.....	110
---	-----

IV. Tendencias internacionales: la transparencia salarial	115
---	-----

V. Conclusiones	119
-----------------------	-----

Referencias	120
-------------------	-----

KARLA GIAMNINA CÁNOVA TALLEDO / ANDREA JIMENA NORONHA RAMOS /CARLA ANDREA QUIROZ SERRATO: El acceso al empleo de las personas con discapacidad con motivo del estado de pandemia	123
Introducción	124
I. Marco normativo.....	125
1. Normativa internacional	125
2. Normativa nacional.....	126
II. Limitaciones para la contratación de personas con discapacidad	132
III. Limitaciones emergentes tras la pandemia	133
IV. Combatiendo las limitaciones.....	135
V. Estadística	137
VI. Reflexiones finales.....	139
Referencias	141
KARLA ZUTA PALACIOS: Evolución de la igualdad salarial desde la jurisprudencia y la normativa, en el Perú	143
I. Discriminación y trato desigual	145
II. Aspectos generales sobre la remuneración o salario	147
III. Situación actual de la desigualdad salarial en materia de género	149
IV. Trato igual y remuneración equitativa en el Perú.....	150
V. Criterios establecidos por el Tribunal de Fiscalización Laboral	156
1. Resolución N° 269-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala	156
2. Resolución de Sala Plena N° 006-2022-SUNAFIL/TFL	157
VI. Acciones a implementar, desde el empleador.....	158
VII. Controversias judiciales e inspecciones sobre igualdad salarial.....	160
VIII. Conclusiones	161
Referencias	162
SERGIO QUIÑONES INFANTE: La importancia de los espacios de cuidado y la corresponsabilidad entre géneros en el ámbito laboral	165
I. Antecedentes	166
II. Marco jurídico internacional y nacional.....	167
III. ¿Por qué es importante ampliar los espacios de cuidado y fomentar la corresponsabilidad entre géneros?	170
IV. Potenciales beneficios cuantitativos y cualitativos.....	177

V. Experiencias previas y comparadas.....	181
VI. Conclusiones.....	183
Referencias.....	184

SILVIA REBAZA SANTA CRUZ: Estigma y discriminación vinculada con la salud mental en el acceso al empleo	187
--	-----

I. Introducción	188
II. Marco legal peruano: acceso al empleo y normativa sobre salud mental.....	189
III. Estigma en el acceso al empleo de personas con afectaciones a la salud mental.....	192
IV. Evaluaciones psicométricas y requisitos para desempeñar un puesto de trabajo: ¿un diagnóstico vinculado a la salud mental puede ser una justificación para la denegatoria en el acceso a un puesto de trabajo?.....	196
1. Motivos Objetivos que podrían sustentar diferenciación en la contratación de personas	196
2. Consideraciones sobre evaluaciones psicológicas y pruebas psicométricas para acceder al empleo.....	198
V. Consideraciones y recomendaciones finales.....	202
Referencias.....	205

WILLY MONZÓN ZEVALLOS: La distinción remunerativa justificada: Excepción del derecho a la igualdad.....	209
--	-----

I. Introducción	210
II. Derecho a la igualdad.....	210
III. La remuneración como derecho.....	214
IV. La distinción remunerativa objetiva.....	219
V. Conclusiones.....	222
Referencias.....	223

MIGUEL ALEJANDRO ARENAZA VÁSQUEZ: El principio de igualdad y no discriminación: una revisión en los casos de contratación (acceso al trabajo) de obreros en la Municipalidad Provincial de Cajamarca	225
---	-----

I. Introducción	226
II. El principio de igualdad y no discriminación laboral	229

1. Manifestaciones jurídicas de la igualdad y no discriminación en el Perú.....	231
III. Marco normativo de la contratación laboral de obreros en el Perú	233
1. Sobre las personas que trabajan en la Administración Pública....	233
2. Normas regulatorias del personal obrero en el Perú	234
3. El acceso al empleo público como obrero	235
4. Sobre la fiscalización laboral a los obreros municipales	236
IV. Análisis de casos	237
1. Caso de obrero viverista vinculado sin contrato	238
2. Caso de obrero serenazgo vinculado mediante contrato CAS.....	238
3. Caso de obrero de limpieza pública vinculado con contratos de locación	239
4. Caso de obrero de limpieza pública vinculado sin contrato.....	239
5. Análisis articulado	239
V. Conclusiones	240
Referencias	241

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

CARLOS CORNEJO VARGAS: Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿buscando o eludiendo la igualdad?	245
I. Introducción	246
II. Libertad sindical: alcances conceptuales.....	248
III. Pluralidad sindical: definición y regulación legal.....	252
IV. Sindicatos minoritarios: definición y tratamiento legal.....	253
V. Negociación colectiva con sindicatos minoritarios	256
VI. Conclusiones	265
Referencias	266
MARIO PASCO LIZÁRRAGA: La libertad sindical negativa puesta en cuestión por SUNAFIL	269
I. Introducción	270
II. ¿Qué es discriminar a un sindicato?	271
III. El VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral	279

IV. Conclusión..... 287

Referencias 288

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

DANIEL DE LA VEGA ZAVALA: Tu palabra no es suficiente: notas sobre la aplicación de la perspectiva de género en el proceso laboral peruano..... 291

I. Planteamiento del problema 292

II. Juzgar con perspectiva de género..... 295

 1. Justificación 295

 2. Cómo aplicar la perspectiva de género a los procesos judiciales.. 302

III. La perspectiva de género en el proceso laboral 305

 1. El principio de imparcialidad 306

 2. Principio de Inmediación 307

 3. Las reglas de concentración, celeridad y publicidad 309

 4. El principio de igualdad por compensación..... 309

 5. Suplencia de queja deficiente..... 312

 6. Indubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa 312

 7. Algunas notas sobre la valoración probatoria: 313

IV. Conclusiones 316

Referencias 316

SEGURIDAD SOCIAL

CÉSAR ALEJANDRO NÁJAR BECERRA: Contratación laboral de adultos mayores en el Perú: El derecho a la igualdad como solución a la crisis de seguridad social que se avecina..... 323

I. Introducción 324

II. La crisis que se avecina: el colapso del sistema de seguridad social en pensiones..... 325

 1. Factores que coadyuvan a la crisis de seguridad social en pensiones. 328

 A) La informalidad laboral:..... 328

B)	La afiliación voluntaria del trabajador independiente al sistema de seguridad social	330
C)	El surgimiento de las nuevas relaciones de trabajo	331
D)	La jubilación anticipada	333
E)	La libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP	333
F)	La demografía y el envejecimiento poblacional.....	335
III.	La contratación de adultos mayores como solución a la crisis.....	336
1.	Situación de la población adulta mayor en el ámbito laboral	336
2.	La contratación de adultos mayores y el principio de igualdad ..	337
3.	La contratación de adultos mayores como solución a la crisis de seguridad social	340
IV.	Conclusiones	343
	Referencias	344

**INVITADO
ESPECIAL**

El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND*

Universidad de Salamanca
(Salamanca, España)
Contacto: wsr@usal.es
<https://orcid.org/0000-0002-7180-0959>

“Lo que distingue a los hombres no es el programa, sino el método. No las soluciones que dan a los problemas, sino el modo de plantearlos. Esto es lo que a mi me importa, y mi método no puede ser otro que el de la eterna oposición. Recuerdo que, cuando empecé a aprender alemán en Madrid, hice mis primeros ejercicios en la Lógica de Hegel, y que de aquella lógica conservo todavía la lucha, la revolución en las entrañas, que es la revolución más fecunda”

Miguel de Unamuno, *Discurso en homenaje a los estudiantes madrileños*, 1931

17

SUMARIO: I. Un inesperado hallazgo acaecido en plena crisis sanitaria: la revalorización del test de laboralidad. II. Los orígenes del test de laboralidad y el papel de la subordinación como elemento aglutinador de los rasgos típicos del contrato de trabajo. III. La prueba de fuego del trabajo a través de plataformas digitales y la emergencia del razonamiento tipológico-funcional.



* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. El texto tiene como punto de partida la lección de incorporación del autor como miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (silla 35, correspondiente a la República del Perú), pronunciada el 28 de mayo de 2021 en el marco del Foro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, organizado por esta institución en colaboración con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Con anterioridad ha sido publicado en la *Revista de Derecho Social*, 2022, núm. 97.

I. UN INESPERADO HALLAZGO ACAECIDO EN PLENA CRISIS SANITARIA: LA REVALORIZACIÓN DEL TEST DE LABORALIDAD

La crisis sanitaria originada por la incontrolada expansión del virus SARS-Cov-2, a la que ha sabido hacer frente la humanidad con cada vez mejores armas, está siendo pródiga en lo que a la introducción de novedades para los ordenamientos laborales se refiere. Estas novedades, sin embargo, tienen más que ver con la actualización, recuperación o adaptación a las necesidades impuestas por la emergencia de instituciones y herramientas ya existentes que con la introducción de elementos por completo nuevos. De hecho, una de sus más relevantes consecuencias ha sido la de haber contribuido a reforzar la legitimidad de buena parte de los componentes estructurales y las instituciones básicas de nuestro Derecho del Trabajo, al haber mostrado estos, a la hora de ser aplicados a la nueva situación, una capacidad de adaptación y una utilidad social incluso superiores a la que se les venía asignando tradicionalmente, a despecho de las críticas, centradas en su rigidez y falta de sensibilidad con las necesidades del entorno, a las que se habían visto sometidos en el pasado. La existencia de una relación de trabajo reconocida como tal y su carácter indefinido siempre que sus condiciones objetivas respondan a ello, la plena admisión de la posibilidad de prestación a distancia del trabajo sin alteración de su naturaleza subordinada y con aplicación de todas sus garantías o el carácter causal y sujeto a procedimientos y medidas de control de las instituciones que regulan la suspensión del contrato de trabajo y su extinción, por citar aquí solo tres de los ejemplos más relevantes, se han mostrado a la luz de la experiencia vivida como herramientas de las que no es posible prescindir si se quiere asegurar el acceso de todas las personas a la protección social, favorecer una adecuada adaptación del trabajo a las necesidades, tanto de las personas como de las empresas, y evitar el desplome del empleo en situaciones transitorias de dificultad. Todos ellos se han convertido, pues, ahora más que nunca, en ingredientes irrenunciables de la configuración institucional de nuestra legislación del trabajo, que no solo deben ser cuidadosamente preservados sino inteligentemente desarrollados en el futuro.¹

1 Esta es, de hecho, una orientación de política del Derecho que ha empezado a abrirse camino entre nosotros sin esperar el fin del cataclismo experimentado, como se deduce de la introducción de importantes cambios normativos, no ya coyunturales sino con vocación de permanencia, inspirados en las referidas líneas directrices, a lo largo del año 2021, marcando con ello un punto de inflexión respecto de la tendencia hacia la reducción de los niveles de tutela impuesta por intervenciones precedentes.

El anterior ha sido también el caso, aunque esto no haya sido destacado con suficiente intensidad por los observadores del fenómeno, del instrumento técnico del que nos servimos los juristas del trabajo, y en particular los jueces del orden social, para determinar, singularmente en situaciones conflictivas y dudosas, la presencia de los elementos o rasgos distintivos del trabajo objeto de protección. Uno de los hallazgos más inesperados, pero sin duda más relevantes y fructíferos, de la reacción de los ordenamientos laborales, entendidos como un todo, frente a la pandemia ha sido la revalorización y el fortalecimiento del *test de laboralidad* como herramienta útil, no solo para resolver los problemas de calificación jurídica asociados a la emergencia de formas nuevas de trabajar, sino para prestar amparo a las necesidades de protección emergentes desde la sociedad. Esta es una revalorización que ha venido de la mano de los desafíos planteados a los ordenamientos laborales y de protección social por la extensión, singularmente durante la fase de confinamiento, del trabajo prestado a través de *plataformas digitales* de externalización *on-line* de tareas y, sobre todo, de prestación de servicios *off-line*.

Dadas sus singulares características, que la alejan de todo lo que hasta el momento había sido visto, esta peculiar forma de trabajar, fruto de la expansión de Internet y el desarrollo espectacular de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones y los mecanismos de inteligencia artificial, fue objeto desde un inicio de las más disímiles y contradictorias valoraciones, tanto desde el punto de vista de su calificación jurídica como de sus repercusiones sobre las personas que trabajan. Así, respecto de lo primero, al lado de quienes consideraron que se trataba de una forma de trabajo independiente, en la que los prestadores de los servicios podían decidir con libertad realizar sus actividades cuando lo estimen oportuno,² se contaron los que entendieron, de forma por completo opuesta, que encerraban auténticas prestaciones de trabajo subordinado, en las que existía además un control particularmente penetrante e invasivo,³ basado en una inédita combinación de taylorismo y panopticismo facilitada por el uso de algoritmos para la organización del trabajo y el control de su resultado.⁴ De

2 J. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, págs. 95-96.

3 M. L. BIRGILLITO, “El trabajo en la era de la *gig economy*. Una aproximación desde la perspectiva internacional”, *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 29, págs. 80-81.

4 F. MALZANI, “El trabajo en la *gig economy* entre calificación jurídica y protección de la salud. El caso de los *riders* en Italia”, *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 61, págs. 46-47.

igual forma, por lo que a sus efectos sociales se refiere, las valoraciones oscilaron entre dos extremos. Desde su entendimiento, especialmente desde el espacio de las propias plataformas, como una fórmula capaz de abrir oportunidades nuevas de empleo e incremento de ingresos para muchas personas a través de ocupaciones flexibles y adaptadas a su disponibilidad y posibilidades, hasta su consideración como un mecanismo que, debido a su singular lógica de ajuste del tiempo de trabajo y la retribución, los mecanismos de supervisión de los que se sirve y la imagen de autonomía del colaborador que proyecta, es capaz de dar lugar a consecuencias muy negativas para las personas que la practican, medidas en términos de inestabilidad profesional e ingresos insuficientes, sometimiento a fórmulas muy intensas de control, elevación de las exigencias ordinarias en materia de tiempo de trabajo y disponibilidad,⁵ incremento de los riesgos laborales, dificultad para la defensa de los derechos a nivel individual y colectivo y ausencia o limitaciones en materia de protección social.⁶ Todo ello, por supuesto, a partir de la puesta en marcha por las plataformas de una política de hechos consumados, de acuerdo con la cual estas se instalan en los países aplicando sus propias reglas, de acuerdo con las cuales quienes colaboran con ellas no son trabajadores subordinados sino empresarios de su propio trabajo, retando de tal forma a los ordenamientos laborales y presentándolos como una reliquia del pasado, opuesta a la modernidad y la innovación.⁷

Pues bien, a despecho de las dificultades que entraña la calificación jurídica de una realidad susceptible de tan disímiles apreciaciones, la definición terminará por llegar en la última etapa, de manera coincidente con la mayor visibilidad del fenómeno y un mayor activismo de los afectados y los órganos administrativos dirigido a poner de relieve sus verdaderos perfiles, a través de una serie de pronunciamientos innovadores, todos dirigidos a declarar su na-

5 F. MALZANI, op. cit., pág. 47, con referencia a la “ansiedad de la performance” que caracteriza el desarrollo de este tipo de trabajos.

6 B. SUÁREZ CORUJO, “La gran transición: la economía de las plataformas y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas Laborales*, 2018, núm. 141, especialmente pág. 46, y J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (*crowdsourcing offline*)”, *Revista de Derecho Social*, 2019, núm. 86, págs. 41-42. Vid. también, A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, págs. 33-39.

7 M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales”, en M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Economía Social, 2018, pág. 62.

turalidad laboral a despecho de su muy acusada singularidad, emitidos por las máximas instancias judiciales de varios países europeos. Entre ellos, Francia, España, Alemania y el Reino Unido.⁸ La presencia de estos pronunciamientos, así como su coincidencia en un breve espacio de tiempo, permite hablar de la emergencia de una tendencia europea a la laboralización del trabajo realizado a través de plataformas digitales. Esta es, por lo demás, una tendencia que ha encontrado luego una rápida plasmación normativa entre nosotros a través de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que introdujo en el Estatuto de los Trabajadores una “presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” con el propósito de consolidar los avances dados a nivel jurisprudencial en la calificación de esta clase de relaciones.⁹ Y que empieza a dar pasos hacia su consolidación en el ámbito de la Unión Europea, como puede deducirse del contenido de la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, puesta en circulación por la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2021, que recurre igualmente a una “presunción legal” con el mismo propósito, detrás de cuya configuración no es difícil detectar el rastro de las decisiones jurisdiccionales antes referidas.¹⁰

Este impresionante resultado es la expresión final de una muy importante labor de construcción doctrinal y jurisprudencial dirigida a hacer posible el “encaje” de esas relaciones, atípicas y hasta cierto punto híbridas, en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.¹¹ Esta ha sido una labor dentro de la cual no solo han emergido nuevos indicios y elementos de juicio cada vez más precisos y acabados en torno a las situaciones en las cuales puede admitirse la existencia de una prestación subordinada de servicios, sino que se han llevado a cabo aportaciones dogmáticas de gran interés y utilidad para la aplicación futura del test de laboralidad. La importancia de estas aportaciones es de tal magnitud

8 Véase, respectivamente, las sentencias de la Corte de Casación francesa de 4 de marzo de 2020, del Tribunal Supremo español de 23 de septiembre de 2020, del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania de 1 de diciembre de 2020 y de la Corte Suprema británica de 19 de febrero de 2021.

9 Vid. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Las presunciones legislativas de laboralidad”, *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 79-80; y W. SANGUINETI RAYMOND, “La laboralización de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias”, *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 82.

10 Documento COM (2021) 762 final. Vid. en particular el artículo 4.

11 Vid., en la misma dirección, M. CANESSA MONTEJO, “El mundo del trabajo en las plataformas digitales: una aproximación desde el Derecho Laboral”, *Laborem*, 2021, núm. 4, pág. 108, aludiendo al importante “esfuerzo argumentativo” desarrollado con ese fin por la doctrina y la jurisprudencia.

que amerita que les dediquemos una especial atención a través del presente estudio, ya que representan una contribución del mayor relieve a los efectos de actualizar y proyectar la aplicación de esta herramienta hacia los nuevos rostros que sin duda asumirá el trabajo en las siguientes etapas.

Lo veremos con algún detalle a continuación, adoptando como punto de partida la realización una aproximación histórico-crítica al test de laboralidad,¹² que empiece por reconocer las razones que se encuentran en la base de su creación e ininterrumpida vigencia como instrumento al servicio de la calificación de las formas de trabajo de dudoso encuadramiento, para luego aproximarse a su configuración dogmática y terminar valorando el alcance y la utilidad de las contribuciones que a su forma de operar se han producido en la última etapa.

II. LOS ORÍGENES DEL TEST DE LABORALIDAD Y EL PAPEL DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO AGLUTINADOR DE LOS RASGOS TÍPICOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

22

No hay mejor manera de tomar cuenta del sentido y la razón de ser del test de laboralidad que acercándose a sus orígenes. Unos orígenes que hay que buscarlos en el legado de los fundadores de nuestra disciplina, dentro del cual representa una de sus señas de identidad más relevantes. Porque, sea dicho de inmediato, el test de laboralidad es casi tan antiguo como el Derecho del Trabajo. Y no, como podría creerse, una conquista de la modernidad.

Las primeras referencias al método de indicios o test de laboralidad las encontramos, hace ya más de un siglo, en los trabajos iniciales de Ludovico BARASSI, a quien debemos la entronización de la subordinación como criterio nuclear de identificación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo.¹³ Ya entonces BARASSI era consciente de que la subordinación es un “estado jurídico” de origen contractual, del cual deriva “un haz de relaciones jurídicas”

- 12 En línea con la propuesta formulada por F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, 1993, núm. 39, pág. 31, aunque con referencia, en general, “al papel que la subordinación ha desempeñado –y presumiblemente va a seguir desempeñando– en la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo”.
- 13 El punto de partida de la construcción de BARASSI se encuentra en su obra *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cuya primera edición data del año 1901. Un desarrollo más acabado de la misma aparece en la segunda edición, fechada en los años 1915-1917, así como en el texto citado a continuación.

que se resume en “el derecho de quien está investido del poder de imponer su voluntad y en la obligación de quien es sujeto pasivo de aceptar y secundar esa voluntad adecuando a ella su conducta”,¹⁴ que está en condiciones de asumir en la práctica “una variedad de grados en cuanto a su intensidad”,¹⁵ al poder ir “de un máximo a un mínimo” en función de “la naturaleza de las prestaciones de trabajo”,¹⁶ “la cualificación del trabajador” y, en general, “los objetivos que con la subordinación se trate de conseguir en cada caso”.¹⁷ Este tenía, por tanto, pleno conocimiento de la existencia de una “zona de frontera” entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, así como de la presencia de numerosos “casos dudosos”, cuya dificultad radica “en la atenuación del vínculo de subordinación”.¹⁸ Aún así, consideraba que la “notable elasticidad de contenidos” que es capaz de albergar la recién acuñada noción de subordinación¹⁹ posibilitaba “una más fácil solución de esos casos periféricos”,²⁰ ya que permitía al intérprete detectar, en función de un sistema de “indicios” basado en el examen atento de la posición de las partes,²¹ “aquellos casos en los que la subordinación, aunque más limitada, existe de todas formas”.²²

Este acercamiento a la construcción de BARASSI nos permite llevar a cabo dos constataciones de trascendental importancia para comprender cuál será el papel que corresponderá jugar más adelante a la subordinación y al test de laboralidad. La primera es de orden fáctico: la existencia de problemas de calificación y casos difíciles de encuadrar no es el resultado de una complejización de las modalidades de prestación del trabajo, ocasionada por el cambio tecnológico y las transformaciones productivas a partir de una realidad inicialmente simple y de fácil calificación, sino que están presentes desde un inicio.²³ La segunda

14 L. BARASSI, *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Giuffrè Editore, Milano, 1930, pág. 177.

15 Op. ult. cit., pág. 182.

16 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit., págs. 639 y 633 de la edición de 1915-1917.

17 L. BARASSI, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 181.

18 Op. ult. cit., págs. 182 y 190,

19 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit. pág. 628.

20 L. BARASSI, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 183.

21 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit. págs. 636-637.

22 L. BARASSI, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 182.

23 En esta dirección, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “La subordinación ...”, cit., pág. 36, destacando que “los principales problemas que plantea la subordinación como criterio calificador lo son desde el origen”.

tiene, en cambio, un alcance sistemático: las líneas maestras de la respuesta que se ha venido dando a esas dificultades se encontraban esbozadas ya entonces, a partir de la conceptualización de la subordinación como un elemento dúctil y plástico, cuya presencia no puede ser apreciada en casos dudosos sino a partir del examen de la concurrencia de determinados indicios o signos exteriores que suelen acompañarla.

Con estos orígenes, la subordinación y el test de laboralidad han marcado el devenir histórico del Derecho del Trabajo. Y, al hacerlo, han actuado como el soporte conceptual y la herramienta aplicativa de la tendencia expansiva de nuestra disciplina hacia el conjunto de la ciudadanía trabajadora, así como de su adaptación a las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas ocurridas desde entonces. Si bien las peculiaridades de su configuración interna y forma de operar, y en particular la amplitud y flexibilidad que los caracterizan, han causado muchas veces perplejidad y convertido la labor de calificación en una operación compleja y no siempre unívoca, estas mismas características les han permitido ir absorbiendo una gama cada vez más amplia y diversa de prestaciones de trabajo, incorporándolas al espacio del ordenamiento laboral, conforme el trabajo asalariado extendía su presencia dentro de la sociedad y la demanda de tutela se extendía a sectores diversos de aquellos cuya movilización dio origen a las primeras normas laborales. Estas pasaron progresivamente, de tal forma, a extender su radio de actuación a los trabajadores del campo y los servicios, a quienes realizan tareas a domicilio, a los vendedores comisionistas, a quienes desarrollan profesiones liberales en régimen de dependencia e incluso, ya al límite, a los cuadros y directivos de las sociedades mercantiles.

Lo anterior no significa, por supuesto, que la subordinación y el test de laboralidad no hayan sido objeto de constantes y severos cuestionamientos, así como de intentos de sustitución por otros criterios y fórmulas de razonamiento. De ello podemos dar testimonio con conocimiento de causa en España, donde la recepción de la nota de la subordinación ha tropezado con una fuerte resistencia, en especial por parte de la doctrina, dentro de la cual ha existido hasta hace poco tiempo una muy importante corriente de opinión que, sobre la base de impugnar el valor definidor de la nota de subordinación, postulaba la necesidad de su sustitución por la de ajenidad.²⁴ Aunque la última vez en la que se ha podido

24 Para una sistematización de las tesis doctrinales en torno a la ajenidad y una síntesis del debate en torno a ellas, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *Contrato de trabajo y*

registrar un importante movimiento, también doctrinal, dirigido a impugnar el valor de las tradicionales notas típicas del contrato de trabajo, y en particular de la subordinación, ha sido a lo largo de la última década del pasado siglo, cuando fueron muchos los autores que pusieron en duda la aptitud de esta para operar como un criterio adecuado de encuadramiento de la variedad y complejidad de las nuevas situaciones creadas por los cambios tecnológicos y productivos que por entonces empezaban a despuntar, así como de atención de las necesidades de tutela a ellos asociadas,²⁵ llegándose a decir que esos fenómenos marcaban el declive de la manera como era concebida la subordinación, “estrechamente entrelazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y de jerarquía en la configuración de los poderes empresariales”.²⁶ Unas observaciones en función de las cuales se postuló su sustitución por otros criterios que prestasen atención de manera directa a la necesidad socio-económica de protección, en lugar de deducirla del estado de subordinación al que se ve sujeta la persona que trabaja. Lo cual suponía, por cierto, el reemplazo del método de indicios por un test dirigido a determinar la existencia de un estado de necesidad como el apuntado.²⁷

A despecho de esas críticas, que más que poner en entredicho las categorías y los métodos clásicos de razonamiento cuestionaban por lo general la pertinencia de los indicios o elementos de juicio más frecuentemente utilizados para su aplicación,²⁸ lo cierto es que la subordinación y el test de laboralidad han sabido adaptarse en cada etapa a los cambios que se han venido sucediendo en el mundo del trabajo y ofrecer siempre una respuesta en términos de tutela a

nuevos sistemas productivos, ARA Editores, Lima, 1997, págs. 34-45.

- 25 Una síntesis de este debate en A. GOLDÍN, “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, *Relaciones Laborales*, 1996, núm. 3, págs. 340 y sigs.
- 26 Estas palabras, de M. D’ANTONA, “Los cambios en el Derecho del Trabajo y la subordinación en el Derecho italiano”, *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 68, son expresión de un pensamiento relativamente extendido en esta etapa. Nótese, no obstante, que ya L. BARASSI indicaba en 1930, en su ya citada obra *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, pág. 186, que “la intensidad de la subordinación es variable, y puede incluso atenuarse hasta llegar a admitir (...) que no exista la obligación de cumplir con un horario o de permanecer en la oficina”.
- 27 Para un balance de estas propuestas alternativas, con la distancia que ofrecen las dos últimas décadas, vid. J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, 2018, núm. 83, págs. 29-33.
- 28 Como observa F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 45, con especial referencia a “la relevancia del elemento temporal y la inserción material del trabajador en la unidad productiva”.

los retos que esos cambios les han ido planteando, sin que para ello haya sido necesario introducir cambio sustancial alguno, ni en la configuración interna de la primera, ni en la forma de operar del segundo, sino únicamente alteraciones en los factores a tener en cuenta para detectar su presencia. Es decir, llevar a cabo una *recomposición del sistema de indicios*,²⁹ basada en una atenta observación de las características con las que el trabajo asalariado comparece en la realidad. La subordinación y el test de laboralidad han probado de tal modo su eficacia cada vez que se han visto sometidos a las presiones de las mutaciones de los sistemas productivos y las formas de trabajar, demostrando poseer una gran vitalidad y disfrutar de una envidiable salud desde el punto de vista jurídico.³⁰

¿Qué razones pueden contribuir a explicar la inusitada eficacia mostrada por ambas herramientas a la hora de hacer frente a un mundo del trabajo que no ha dejado de transformarse a lo largo del último siglo? A juicio de quien esto escribe, tales razones son al menos las dos siguientes.

La primera se relaciona con la singular óptica desde la cual la subordinación se aproxima a la realidad social y productiva sobre la que sienta sus bases el Derecho del Trabajo, para extraer de ella consecuencias jurídicas. En efecto, lo que caracteriza a esta noción es que centra su atención en el examen del contenido de la relación básica de intercambio entre trabajo y salario que opera como eje del sistema de producción, en vez de hacerlo en un elemento exterior a esta, con el fin de extraer de él aquello que le es esencial. Es en virtud de la adopción de esta perspectiva que la subordinación expresa, antes que una idea de debilidad económica o social, de separación de los trabajadores de los medios de producción, de desposesión de los resultados de su actividad o de alejamiento físico del fruto de su trabajo, aspectos todos estos representativos del contexto en el que se desenvuelve esa relación, la situación de “falta de autonomía para ordenar la propia actividad” de la persona que trabaja que se encuentra en su

- 29 Como indicaría en su día el autor citado en la nota anterior, esta vez en *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 40. En la misma dirección, vid., del mismo autor, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 45, indicando que “el sistema de indicios es (...) lo suficientemente elástico como para poder afrontar situaciones nuevas, bastando para tal fin su mera recomposición”.
- 30 Como apunta, aunque los énfasis son míos, J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado ...”, cit., pág. 33. Nótese la diferencia con la apreciación de F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 33, realizada en 1993, en el sentido de que la subordinación “sigue gozando de una mala salud de hierro”.

base.³¹ Esto supone que la subordinación opera, antes que como un elemento aislado de tipificación, como una nota alrededor de la cual se reúnen o nuclea todos los rasgos que identifican y hacen reconocible al contrato de trabajo.³² Para alcanzar una adecuada comprensión de sus alcances no basta, por ello, con centrar la atención en el examen de los contornos del poder de dirección y el deber de obediencia, sino que es preciso ponerla en contacto con el conjunto de elementos que integran el vínculo laboral.³³

Como es evidente, lo anterior conduce a rechazar de plano cualquier pretensión de llevar a cabo una explicación unitaria o monista de la esencia del contrato de trabajo centrada exclusivamente en este elemento.³⁴ Y postula la necesidad de entender la subordinación como un rasgo que asume un valor definitorio únicamente en la medida en que sintetiza los efectos típicos de la obligación principal asumida por el trabajador en estos casos.³⁵ Pero, sobre todo, nos permite poner de relieve una primera y elemental premisa metodológica a seguir para su detección a través del test de laboralidad: *la presencia de la subordinación no puede ser apreciada de forma aislada*, atendiendo exclusivamente a la concurrencia directa de sus manifestaciones externas, *sino tomando en consideración la totalidad*

- 31 En palabras de G. GARCÍA BECEDAS, *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 272.
- 32 Nuevamente, G. GARCÍA BECEDAS, loc. cit. En la misma dirección, E. GHERA, “La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones”, *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 50, a partir del examen de la tesis de BARASSI.
- 33 Desde sus orígenes la subordinación no fue concebida como un elemento externo al contenido de la prestación del trabajador sino como un efecto indisolublemente unido a esta. Lo explica L. BARASSI, en su *Diritto del lavoro* ..., cit. pág. 181, de la siguiente forma: “por qué la promesa de una actividad considerada en sí misma es locación de servicios o de trabajo? Porque se sobreentiende que el trabajador pone a disposición una cantidad de energías para los fines que determine el empresario. En cambio, si se ha prometido un resultado quiere decir que se ha prometido un resultado, y el trabajo para lograrlo es algo que concierne al acreedor. En conclusión: allí un trabajador subordinado, aquí autónomo”. En la misma dirección puede ser citado entre nosotros el clásico estudio de M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, 1966, núm. 71, pág. 158, donde este autor, luego de indicar que el trabajador “pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés” del empleador, afirma de manera concluyente: “de esta puesta a disposición deriva la disponibilidad por el empleador de la fuerza de trabajo del trabajador, el dominio, por tanto, sobre la persona de este”.
- 34 Esta tesis fue formulada en su día por A. MARTÍN VALVERDE, “Lectura y relectura de la ‘Introducción al Derecho del Trabajo’ del profesor Alonso Olea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 77, pág. 421, aunque en relación las tesis que propugnan la sustitución de la subordinación por la nota de ajenidad.
- 35 Nuevamente, E. GHERA, “La cuestión de la subordinación ...”, loc. cit.

de los elementos que integran el vínculo laboral. Esto es algo que, de hecho, ha sido tenido en cuenta desde antiguo por la jurisprudencia. Si se presta atención a los elementos de hecho más frecuentemente empleados por los tribunales, tanto de España como de otros países, para desvelar la presencia de un vínculo de subordinación, no es difícil advertir que la mayor parte de ellos son en realidad indicios de la existencia de una situación de disponibilidad de la actividad del trabajador en favor del empresario, antes que del ejercicio directo por este de facultades de mando. Así ocurre con circunstancias tales como el carácter personalísimo de la prestación, el cumplimiento de una jornada o un horario, la asistencia a un centro de trabajo previamente determinado, la continuidad en el desarrollo de las labores o la exclusividad, por citar algunas de las más relevantes, que lo que hacen es deducir la existencia de esa clase de vínculo entre las partes a partir de las características de la prestación desarrollada por el trabajador.³⁶

La segunda razón del éxito histórico de la subordinación y el test de laboralidad se relaciona con su ya apuntada flexibilidad y consecuente capacidad de adaptación a la diversidad de perfiles con los que puede asumir el trabajo asalariado. Dado que las facultades que la primera atribuye al empresario tienen un carácter puramente instrumental respecto de la satisfacción de su interés como acreedor de la actividad del trabajador, su ejercicio se adecua en cada caso al contexto dentro del cual ha de desenvolverse y los objetivos que se persigan a través de la celebración del contrato. De allí que, aunque una relación jerárquica entre las partes no pueda faltar para poder hablar de la existencia de subordinación, la manera de operar de esta pueda asumir en la práctica una gran variedad de grados y matices, como apuntaría ya BARASSI, debido a la presencia de una serie de factores externos o circunstancias de carácter contextual que son capaces de incidir sobre ella, modificando su contenido o modulando su intensidad. Entre ellos, de manera especial, la voluntad del empresario, que puede optar por favorecer en mayor o menor medida la iniciativa del trabajador, la naturaleza del trabajo ofrecido, y en particular el grado de cualificación requerido para su

36 Se remite aquí al clásico estudio de T. SALA FRANCO y F.-V. LÓPEZ MORA, “Contrato de trabajo”, en E. BORRAJO DACRUZ, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1990, T. I, especialmente págs. 18-21, donde puede apreciarse con claridad el predominio de este tipo de indicios sobre los vinculados de manera directa con el ejercicio de potestades organizativas, directivas o disciplinarias. La misma tendencia aparece en la jurisprudencia más reciente, como puede apreciarse en numerosos pronunciamientos que llevan a cabo una enumeración de los indicios de subordinación junto a los de ajenidad antes de realizar la calificación. Puede verse, por todas, la STS de 26 de noviembre de 2012 (rec. 536/2012).

realización, la ubicación más o menos elevada del trabajador dentro de la escala jerárquica de la empresa o la modalidad de ejecución de las tareas, más o menos proclive al control.³⁷ Los poderes en los que la subordinación se concreta pueden asumir, como consecuencia del juego de estos elementos condicionantes, una gran variedad de formas o manifestaciones, así como de niveles o grados, llegando a ser en algunos casos “más potencial que real”, sin que esto permita poner en duda su presencia.³⁸

Nos encontramos, pues, ante una noción elástica y flexible, cuya presencia no se dibuja siempre con claridad, obligando al intérprete a desentrañarla. De esta constatación se extrae una segunda y también esencial premisa metodológica para la solución de los problemas de calificación, igualmente tenida en cuenta desde antiguo por la jurisprudencia. Esta no es otra que la siguiente: *para determinar la existencia de una relación de subordinación debe atenderse*, antes que a la presencia efectiva de órdenes y controles por parte del empresario, *a la posibilidad jurídica de que esas órdenes y controles existan*.³⁹ Más al reconocimiento de la existencia del poder del empresario de imponer al trabajador la conformación de su prestación que a su ejercicio efectivo; más a la determinación de cuándo se posee el derecho a disponer de la actividad que a la identificación de las formas en las que esta se manifiesta. La subordinación es, por decirlo en pocas palabras, un poder jurídico y no de hecho, cuya apreciación no debe ser llevada a cabo de forma aislada y exigiendo la presencia constante de instrucciones y fórmulas de vigilancia, y menos aún sanciones, sino atendiendo, de manera bastante más flexible, a la ubicación de la prestación del trabajador bajo el poder de disposición ajeno. Esta es una idea que sería puesta de manifiesto de forma rotunda entre nosotros hace décadas por el Tribunal Supremo, entre otras a través de su Sentencia de 10 de enero de 1968, en la que este optó por prescindir de la exigencia de un ejercicio efectivo y reiterado del poder de dirección, sustituyéndolo por la comprobación de la inserción del trabajador en el “círculo rector y organizativo del empresario”. Desde la jurisprudencia, esta fórmula, y toda la

- 37 Para un mayor desarrollo del impacto potencial de estos “límites externos” sobre el vínculo de subordinación, me remito a W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1988, págs. 174-179.
- 38 Como indicaría hace mucho tiempo ya, en afortunada síntesis, E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4ª Ed., 1981, Vol. I, pág. 103.
- 39 Se utiliza aquí la muy gráfica expresión acuñada por otro clásico del Derecho del Trabajo latinoamericano: M. DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1969, T. I., pág. 498.

carga conceptual que existe detrás de ella, pasaría más adelante a situarse nada menos que en el centro de gravedad de la definición normativa del ámbito de aplicación de nuestro Derecho del Trabajo, mediante la referencia del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores a la realización de la prestación de servicios del trabajador “dentro del ámbito de organización y dirección” del empleador o empresario.

Precisamente, de esta singular configuración de la subordinación como elemento aglutinador de los rasgos diferenciales del contrato de trabajo se desprende la necesidad de proceder, en aquellos casos en que esta no se evidencia de manera clara y directa por no existir un sometimiento explícito de quien trabaja a las instrucciones del acreedor o al menos su inserción en el espacio de organización de este, a inferir su existencia, recurriendo al examen de la presencia de una serie de elementos de hecho de muy distinta naturaleza que son capaces de actuar como “indicios o signos de exteriorización” de la misma,⁴⁰ por tratarse de circunstancias típicas que suelen acompañarla. Aunque ninguno de ellos posee un valor definitorio absoluto, puesto que pueden faltar en supuestos cuya naturaleza laboral sea indudable o presentarse con cierta similitud en fórmulas de trabajo autónomo, la concurrencia de varios de ellos, así como un atento examen de sus relaciones recíprocas y la función que cumplen de manera conjunta,⁴¹ están en condiciones de proporcionar a quien efectúa la calificación elementos de juicio suficientes para inclinar la balanza a favor de la laboralidad. Mientras que, su limitada presencia, la falta de conexión entre ellos o la abundante presencia de señales de signo contrario, sirven para negar este resultado. He aquí, precisamente, la razón de ser y la utilidad del test de laboralidad, como herramienta que hace posible llevar a cabo esa deducción en los casos difíciles o dudosos.⁴²

40 Como indican T. SALA FRANCO y F.-V. LÓPEZ MORA, “Contrato de trabajo”, cit., pág. 180.

41 L. NOGLER, “Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, I, pág. 212, en relación con la importancia central que asume la determinación de la “función” dentro del procedimiento de calificación. Cuestión sobre la que habrá ocasión de reflexionar más adelante y que aquí se deja solo apuntada.

42 La utilidad del método de indicios como herramienta para “resolver las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas” o cuando “se ha intentado encubrir la relación de trabajo”, sería objeto de un muy relevante reconocimiento a nivel internacional en el año 2006, mediante la inclusión, en el apartado 13 de la Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo, de la indicación de que los Estados miembros “deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo”, añadiendo a continuación, en dos sucesivos apartados, una relación de aquellos indicios que podrían ser utilizados con tal fin. Sobre este instrumento y su trascendencia,

Contemplada desde este punto de vista, la forma de operar de la subordinación reviste los caracteres de un *tipo normativo* antes que los de un concepto jurídico,⁴³ en la medida en que la determinación de su concurrencia en situaciones concretas no es el resultado de un estricto juicio de subsunción de los caracteres que la misma pueda presentar en un conjunto de elementos previamente definidos de manera cerrada y abstracta por el legislador, sino consecuencia de la reconducción de esos caracteres dentro de un esquema que aparece solo descrito de manera abierta por la norma, recurriendo a determinados rasgos o elementos característicos que pueden estar presentes en la realidad en mayor o menor medida y no necesariamente todos a la vez.⁴⁴ De aquí, precisamente, que las notas distintivas del tipo subordinación sean abiertas y graduables. Y que cobren sentido al ser apreciadas conjunta e interrelacionadamente, a través de un juicio de aproximación de las circunstancias del caso a la descripción reflejada en el tipo.⁴⁵ De hecho, ha sido la aplicación de este análisis tipológico lo que ha permitido reunir en el ámbito de la laboralidad supuestos tan variados como los generados por las transformaciones del mundo de trabajo, pese a sus muy disimiles características, sobre la base de deducir, a partir de la combinación de elementos distintos, los rasgos o notas características del trabajo subordinado. Por más que su aplicación no haya dejado de plantear muy delicados problemas en las situaciones límite.

vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La determinación de la relación de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2006, núm. 20, págs. 1 y sigs.

43 Sobre esta caracterización, se remite a los trabajos de L. NOGLER, cuyo punto de partida se encuentra en “Metodo tipologico ...”, cit., págs. 182 y sigs. La misma tesis es sostenida en España, con un amplio desarrollo argumental aunque cierto escepticismo, por F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., págs. 37-42. Apuntan también la idea, J. RIVERO LAMAS y J. GARCÍA BLASCO, “Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1987, núm. 13, pág. 24, y J. M. GOERLICH PESET, “Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo”, en F. J. ORDUÑA MORENO (Director), *Contratación y consumo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 229.

44 Vid. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2ª Ed., 1980, pág. 211, destacando cómo, mientras “un concepto está fijado por medio de su definición de tal modo que haya que aplicarse a un suceso concreto (...) si se pueden encontrar en él todas las notas distintivas de la definición”, en el caso del tipo “se trata de si las notas distintivas consideradas ‘típicas’ están presentes en tal grado e intensidad que el hecho ‘en conjunto’ responde a la imagen fenoménica del tipo”. Por lo demás, como apunta este autor, op. cit., pág. 213 y ocurre con el contrato de trabajo, “tipo” y “concepto” no son (...) antítesis rígidas, sino que pueden también intercambiarse”. De forma que “un concepto definido mediante notas distintivas definitivas, puede contener una nota distintiva que, por su parte, es ‘abierto’ a la manera de un tipo”.

45 F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 38.

A la luz de estas consideraciones no puede dejar de señalarse, en fin, que constituye un acierto la inclusión en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores de la ya aludida referencia a la inserción del trabajador en el “ámbito de organización y dirección de otra persona” como criterio determinante de la configuración de un vínculo de subordinación. De este modo el legislador, descartando la posibilidad de proporcionar un concepto jurídico acabado de dicho elemento, cuya exhaustividad se vería constantemente desmentida por la realidad, ha optado por suministrar una noción meramente descriptiva y referencial del mismo, basada en su concepción como un poder jurídico antes que como una situación de hecho. Esta definición tiene igualmente la virtud de romper con la contemplación aislada de la subordinación en el contexto de cada potencial contrato de trabajo, al poner el acento en su implantación en el marco de una organización laboral estructurada y dirigida por otro.⁴⁶ Ello resulta de vital importancia en la medida en que, en el ámbito del sistema de producción capitalista, la subordinación actúa por lo general más como una potestad de coordinación de prestaciones de varios contratos de trabajo que como un poder que se ejerza o tenga sentido respecto de cada uno de ellos aisladamente.⁴⁷

32

III. LA PRUEBA DE FUEGO DEL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y LA EMERGENCIA DEL RAZONAMIENTO TIPOLOGICO-FUNCIONAL

Con todo, la prueba de fuego de la subordinación y el test de laboralidad se producirá con ocasión de la masiva expansión del trabajo realizado a través de plataformas digitales, especialmente de prestación de servicios *off-line*, que tuvo lugar en la etapa precedente y, sobre todo, a partir del estallido de la emergencia sanitaria. Esta es, como es bien sabido, una forma de trabajar que combina, de una manera no registrada hasta entonces, algunos de los elementos más característicos del trabajo autónomo con ingredientes que ordinariamente habían venido siendo considerados definitorios de la existencia de una relación de trabajo

46 M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 29ª Ed, 2021, págs. 478-479.

47 En palabras de M. ALONSO OLEA, “Trabajo libre y trabajo independiente”, en AA.VV., *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al profesor Mario M. Deveali*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 52.

subordinado. Baste, para advertirlo, con llevar a cabo un breve recuento de los rasgos que apuntan en una y otra dirección.

Como destacan los observadores del fenómeno,⁴⁸ entre los elementos típicos o indicios característicos del trabajo autónomo que suelen acompañar a las labores desarrolladas a través de esa clase de plataformas pueden contarse, aún con variantes dependiendo del modelo establecido por cada una de estas, por lo general los siguientes siete: a) libertad de elección de la franja horaria o los tiempos de disponibilidad; b) libertad de aceptación o rechazo de los encargos o pedidos; c) retribución por encargo o pedido y no en función del tiempo empleado en su realización; d) posibilidad de ser sustituido por otra persona e incluso de subcontratar el trabajo; e) admisión de la colaboración simultánea con más de una plataforma, así como de la existencia de otro empleo; f) aportación de los medios materiales necesarios para la realización de la actividad (en especial, de un teléfono móvil y una bicicleta, una moto o un patinete); y g) no compensación de los gastos en los que se incurra con ocasión del desempeño de las tareas (singularmente, los de uso de la red de datos y consumo de combustibles).

Por su parte, entre los rasgos o señales indicativos de la presencia de una relación de trabajo subordinado presentes en tales casos pueden enunciarse, en línea de principio, estos once: a) organización general del servicio o la actividad por la plataforma, en cuyo sistema se incorporan los prestadores de los servicios o encargos, sin posibilidad de introducir cambios; b) utilización de la marca de la plataforma; c) consideración de la plataforma como el elemento de mayor valor y relevancia para la organización y prestación del servicio, frente al carácter secundario y menos valioso del teléfono móvil y los medios de transporte aportados por el trabajador; d) canalización de las relaciones con los clientes exclusivamente a través de la plataforma; e) fijación del precio de cada servicio, así como de las retribuciones, por la plataforma; f) realización de procesos de selección de los colaboradores por la plataforma; g) fijación por esta última de reglas sobre la manera de realizar la actividad e impartición de formación sobre la manera de cumplirlas; h) ejecución personal de las tareas; i) continuidad de las prestaciones y duración de la relación a lo largo del tiempo; j) existencia de medios de control especialmente intensos, que operan sobre la actividad y no

48 Vid., de entre una muy amplia bibliografía, los trabajos de los autores citados en *supra* notas 2 a 7 y 11, así como C. CARBALLO MENA, “Indicios de la relación de trabajo y empresas digitales”, *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 65.

solo sobre el resultado, hasta por tres vías distintas: la gestión algorítmica del servicio, el recurso a valoraciones de los clientes mediante la realización teleencuestas y la geolocalización constante del prestador del servicio; y k) creación de sistemas de puntos en función del cumplimiento de las reglas establecidas por la plataforma, la aceptación o no de pedidos y el mayor o menor nivel de satisfacción de los clientes, con consecuencias sobre la posterior elección de las franjas horarias de trabajo, la atribución de nuevos pedidos o incluso la permanencia en la plataforma.

Como no es difícil de advertir, la presencia de los indicios o rasgos típicos del trabajo subordinado que han sido destacados, y en especial de los mencionados al inicio y en la parte final del listado, hubiera sido más que suficiente en el pasado para determinar la existencia de un contrato de trabajo sin ningún género de dudas. No ocurre lo mismo aquí, sin embargo, en la medida en que estos concurren, como es igualmente fácil de comprobar, con otros que apuntan a negar desde su raíz el poder de disposición sobre el trabajo ajeno que la subordinación expresa. Porque, si bien cabe cuestionarse cómo es posible que merezca la calificación de trabajador autónomo quien se encuentra tan claramente sujeto al poder de organización del acreedor y se ve sometido a fórmulas de control tan intensas, es posible preguntarse, con igual contundencia, cómo puede ser considerado trabajador subordinado alguien que puede elegir en qué momentos trabaja y en qué momentos no y qué prestaciones atiende y cuáles desecha. Aún así, la aplicación del método de análisis tipológico basado en la presencia de indicios de subordinación que caracteriza al test de laboralidad ha hecho posible la solución de este dilema, arduo donde los haya, en términos de afirmación de la laboralidad de esas relaciones y la negación de su inicial calificación como expresiones de trabajo autónomo. Y lo ha hecho, además, con particular contundencia, a la vista de la rotundidad de los argumentos esgrimidos por los pronunciamientos judiciales del máximo nivel que serán glosados más adelante.

Detrás de estos pronunciamientos no es difícil reconocer la huella de un muy cuidado proceso de reflexión y selección de argumentos, iniciado a nivel doctrinal y más tarde continuado por las instancias de los distintos niveles jurisdiccionales, hasta terminar cristalizando en ellos. Este proceso se parece a los emprendidos con relativo éxito en etapas anteriores, en las que la aparición de formas nuevas y atípicas de trabajar dio lugar a problemas de calificación, en la

medida en que ha servido para adaptar las manifestaciones tradicionales del sistema de indicios utilizado para detectar la presencia de los elementos del contrato de trabajo a sus peculiares características. No obstante, hay algo que lo distingue de sus precedentes. La profundidad del desafío a los cánones tradicionales de determinación de la laboralidad ha sido en este caso de tal magnitud que no solo ha requerido para su solución de una atenta observación de los rasgos típicos que caracterizan esa clase de relaciones en busca de nuevos indicios que puedan suplir la presencia de los habituales,⁴⁹ sino que ha servido para aportar pistas de la mayor importancia para la búsqueda de una respuesta al principal problema metodológico que ha venido planteando desde sus inicios test de laboralidad.

Este problema no es otro que el de la insuficiente especificación del criterio que debe presidir el proceso de selección entre los distintos indicios que son tomados en consideración en cada caso a los efectos de decidir si el vínculo puede ser calificado o no de laboral, a la luz de su recíproca intercambilidad y el consecuente carácter no definitorio de ninguno de ellos.⁵⁰ No debemos perder de vista que, al renunciar en aras de la flexibilidad a una especificación precisa de los elementos que identifican el trabajo objeto de protección, y en particular de la subordinación, el test de laboralidad deja abierto un espacio de decisión particularmente amplio al intérprete, y en particular a los jueces, para elegir aquellos rasgos que consideren más relevantes a los efectos de establecer si la relación sometida a examen “encaja” o no en la descripción contenida en la norma, sin que exista ningún criterio objetivo que pueda servirles de guía para llevar a cabo esta labor cuando se encuentren ante elementos que no poseen por sí mismos un valor definitorio absoluto, como podría ocurrir por ejemplo con la impartición constante de órdenes, sino meramente relativo, al poder estar presentes tanto en relaciones de un tipo como del otro, por más que aparezcan con más frecuencia tratándose de las de naturaleza laboral. El test de laboralidad presenta, de tal forma, “una preocupante apertura hacia el juicio intuitivo” de quien lleva a cabo la labor de calificación, que está en condiciones de convertir en incontrolable la justificación de las decisiones que se adopten.⁵¹ De allí, precisamente, que se

49 Una buena muestra de esta labor puede verse en el temprano esfuerzo desarrollado por A. TODO-LÍ, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, cit., págs. 63-64, así como en el cuidado estudio de J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Indicios de laboralidad ...”, cit., págs. 55-61.

50 Como apunta L. NOGLER, “Metodo tipologico ...”, cit., pág. 206.

51 L. NOGLER, “Ancora su ‘tipo’ e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2002, I, pág. 143.

haya dicho entre nosotros que la subordinación opera en realidad como “una ‘cobertura’ que disimula la calificación operada por otros medios”.⁵² O que en último término juegan con influencia decisoria a la hora de la calificación “una serie de factores sociales”⁵³ antes que propiamente vinculados con la configuración interna de las relaciones sometidas a examen, de forma que “en último termino, todo quedaría reducido a un criterio de oportunidad política”.⁵⁴

¿Cómo gobernar, es decir convertir en controlable, el amplio espacio valorativo del que dispone el juez a la hora de individualizar la noción fundamental sobre la que pivota el entero Derecho del Trabajo?⁵⁵ Este es el decisivo interrogante frente al que nos coloca, con mucho más dramatismo que en cualquier otro momento registrado en el pasado, el trabajo realizado a través de plataformas digitales, toda vez que este nos ofrece argumentos de peso tanto para optar por un resultado calificadorio como para inclinarnos por el otro.

Es evidente que, en situaciones como estas, lo primero que debe hacerse es descartar de plano la posibilidad de considerar de manera aislada los indicios favorables a la laboralidad, por más expresivos y abundantes que puedan parecer, dado que estos indicios concurren aquí con otros de signo contrario de valor definitorio igualmente relevante. Lo más aconsejable será, en consecuencia, empezar por *recopilar los indicios que apunten en una y en la otra dirección, agrupándolos en dos bloques*, como si de columnas de una tabla se tratase, con el fin de estar en condiciones de hacerse una idea inicial de los elementos de juicio que avalan la calificación desde una perspectiva y desde la otra, pero sin optar aún por ninguna de ellas. No debemos perder de vista que, al encontrarnos ante auténticos casos límite, las dos respuestas posibles cuentan en principio con argumentos de importancia a su favor. Es decir, están en condiciones de ser consideradas acertadas *prima facie*.

Una vez satisfecha esta premisa de orden metodológico, la tercera dentro de nuestro análisis, la cuestión de fondo a resolver sigue siendo, no obstante, la

52 F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 39.

53 T. SALA FRANCO y F. LÓPEZ MORA, “Contrato de trabajo”, cit., pág. 29, con referencia a factores “tales como la costumbre, la presión de la opinión pública, la dependencia económica del trabajador (...) y, muy especialmente, la influencia que el grupo profesional correspondiente pueda tener”.

54 Nuevamente, T. SALA FRANCO y F. LÓPEZ MORA, loc. cit.

55 L. NOGLER, loc. ult. cit.

misma: cómo optar, de forma lógica y racional y no meramente intuitiva, por uno u otro resultado calificadorio. Es decir, en función de qué argumentos deben inclinarse el juez o el intérprete por una de las dos soluciones en liza, ambas avaladas por evidencias de partida de cierto peso. Por supuesto, para adoptar esta decisión no bastará con comprobar cuál de las dos listas de indicios es más extensa, ya que no nos encontramos ante una cuestión de índole cuantitativa, sino cualitativa. Teniendo además, como ya se ha apuntado, muchos de los indicios susceptibles de ser aportados carácter meramente circunstancial, y por tanto no definitorio, al tratarse de situaciones que son típicas de una clase de relación –subordinada o autónoma– pero que pueden estar presentes excepcionalmente en las de la otra.

Para llevar a cabo esta operación, delicada y compleja como pocas, resulta de especial utilidad la propuesta de Luca NOGLER de realizar una aproximación funcional, en vez de subsuntiva, a los indicios que permiten establecer en cada caso la presencia del tipo normativo trabajo subordinado.⁵⁶ De acuerdo con esta propuesta, que el autor denomina *método tipológico-funcional*,⁵⁷ el procedimiento de calificación debe llevarse a cabo, en especial cuando se trate de supuestos dudosos o conflictivos, mediante la realización de una valoración ponderada de la incidencia de cada una de las circunstancias de hecho presentes en la relación sometida a examen sobre las demás que la acompañan y la idoneidad –o no– de todas ellas para expresar de manera conjunta la *función* que caracteriza al tipo trabajo subordinado, tal y como viene definido por el legislador.⁵⁸ Es decir, teniendo en cuenta, no solo el valor que pueda asignarse a cada una de ellas por separado, sino su capacidad para poner de manifiesto, a través de sus interacciones y relaciones recíprocas, la presencia de una situación de *hetero-*

56 El punto de arranque de esta tesis se encuentra en “Metodo tipologico ...”, cit., págs. 206 y sigs. A partir de aquí se desarrolla en los estudios del autor que se citan en las notas siguientes.

57 Op. ult. cit., pág. 212.

58 L. NOGLER, “Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro”, *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1991, núm. 48, pág. 109. Como indica este autor, esta vez en “Metodo tipologico ...”, cit., pág. 211, dentro de esta concepción “el instrumento interpretativo de la ‘función’ asume (...) una importancia central”. A través de él se expresa “la idea de una relación entre entidades distintas, dentro de la cual cada una está al servicio de la otra con un cometido específico que cumplir. Mientras la simple *relación* sirve solo para poner de relieve que los elementos singulares están relacionados entre sí, la *función* permite evidenciar el significado de esa relación, es decir hace posible la inclusión de los elementos singulares en un contexto más amplio, al interior del cual ‘la presencia de cada uno encuentra justificación (...) como una parte respecto del todo’ (las cursivas son del autor).

organización de la prestación de trabajo como la descrita por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Esto supone que cada indicio ha de ser apreciado en estrecha conexión con los demás, con el fin de identificar el rol que cumple, conjuntamente con estos, dentro de la economía global del vínculo, ya que es posible que elementos distintos desempeñen la misma función dependiendo de la manera como se relacionen con los demás; mientras que los mismos elementos pueden desenvolver una función diferente debido a los vínculos que existen entre ellos.⁵⁹

El procedimiento de calificación se emancipa, de este modo, del mecanicismo que preside la aplicación de los conceptos jurídicos,⁶⁰ para operar a través de un *juicio de equivalencia* basado en el análisis de la relación entre los elementos de hecho presentes en la relación, que permite decidir si estos, incluso cuando se presenten como opuestos entre sí, aparecen coordinados de forma tal que se encuentran en condiciones de desenvolver conjuntamente la función identificada por el tipo.⁶¹ El criterio de selección y ponderación del valor de los indicios de laboralidad o no laboralidad no es, así, el de su presunto valor intrínseco o el de su proximidad con la clase de trabajo predominante cada etapa, sino el de la función que cumplen dentro de la configuración global de la relación.⁶² Esto permite al tipo previsto por la norma afrontar situaciones nuevas o, en todo caso, en parte distintas a las originalmente tenidas en cuenta por el legislador, aunque capaces de cumplir el mismo rol dentro del sistema productivo.⁶³ Algo esencial tratándose de un mundo tan complejo y cambiante con el del trabajo. A la vez, hace posible que el juez, lo mismo que el intérprete, puedan ofrecer una solución jurídica a los problemas de calificación basada en las opciones previamente delimitadas por el legislador, pero tomando en consideración la complejidad y las particularidades de las situaciones sometidas a examen en cada caso.⁶⁴

59 L. NOGLER, tanto en “Metodo e casistica ...”, loc. cit., como en “Ancora su ‘tipo’ ...”, cit., pág. 145.

60 Al que en el fondo remiten también las aproximaciones al test de laboralidad que basan la calificación en la sola comprobación de la presencia de algunos indicios de subordinación previamente considerados como determinantes o definitorios.

61 Nuevamente, L. NOGLER, esta vez en “Metodo tipologico ...”, cit., pág. 211.

62 Como apunta C. DOMÍNGUEZ, “El criterio de imputación del Derecho del Trabajo: los problemas de su aplicación. Comentarios sobre el modelo tipológico funcional”, original inédito, pág. 17.

63 L. NOGLER, “Metodo e casistica ...”, cit., pág. 109.

64 Nuevamente, L. NOGLER, op. ult. cit, págs. 154-155.

Trasladado al supuesto que nos ocupa, lo indicado supone que, para determinar la naturaleza subordinada o autónoma del trabajo realizado a través de plataformas digitales de prestación de servicios *off-line*, no basta con detectar la concurrencia, incluso abundante, de indicios de un tipo, si no se consigue ofrecer una explicación convincente de la presencia de los indicios del otro, ya que lo que procederá entonces será la realización del mismo análisis desde la perspectiva contraria, con el fin de determinar si por esta vía es posible arribar a un resultado de conjunto más satisfactorio. Los indicios de un lado representan, desde este punto de vista, otros tantos argumentos en contra de la calificación de la relación desde el lado contrario, debiendo ser la calificación final que se ofrezca una que, partiendo de los elementos de juicio de un lado, sea capaz de integrar, explicar, neutralizar o negar la fuerza calificatoria de los opuestos, ofreciendo una explicación satisfactoria de la economía global del vínculo. Vistas así las cosas, es fácil advertir que la clave de la solución de los que podemos denominar, parafraseando a Robert ALEXY, *casos difíciles de calificar*⁶⁵ no se encuentra tanto en la identificación de los indicios a favor de la laboralidad, sino en la posterior *integración, explicación, neutralización o negación de los indicios de signo contrario*, en el marco de un análisis integral de la relación y sus interacciones con los demás.

Pues bien, es aquí donde reside la debilidad de las tesis que postulan la validez de la calificación como autónomo del trabajo realizado a través de las referidas plataformas. Estas conceden gran relevancia a las libertades de elección de las franjas horarias de desarrollo de las labores y de aceptación y rechazo de los encargos, así como a la aportación por los prestadores de los servicios de medios materiales de carácter auxiliar, mientras por lo general ni siquiera aluden a la presencia de otros indicios que están en condiciones de poner en cuestión la presunta autonomía que los primeros expresarían, como la organización general del servicio por la plataforma, la importancia decisiva de esta para la organización y prestación del mismo y la presencia de intensas fórmulas de control sobre la actividad de los prestadores de los servicios, de las que pueden derivarse además consecuencias negativas para estos. Pero, sobre todo, no son capaces de explicar, más allá de otros muchos argumentos en contra de más fácil neutralización, por qué y cómo, si el prestador de los servicios ofrecidos por la plataforma es autónomo, desarrolla su labor con seguimiento estricto del sistema desarrollado por la

65 Vid., del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª Ed., 2007, págs. 541 y sigs., con referencia a los “casos de empate” en la ponderación.

plataforma y sin posibilidad de introducir cambios en este y se encuentra sujeto, además, a herramientas de control de naturaleza tecnológica cuya similitud con los típicos poderes de organización, control y disciplinario del empleador salta a la vista, como ocurre con la gestión algorítmica de la prestación, el recurso a teleencuestas para la evaluación de su desempeño o la utilización de sistemas de geolocalización. Seguramente porque el encaje de estos elementos en una relación de trabajo autónomo es sumamente difícil –si no imposible– de realizar.

Es sin lugar a dudas por esta razón que los tribunales que se han ocupado de dirimir al máximo nivel los conflictos relacionados con la calificación de esta forma de trabajar en varios países europeos han optado por invertir la lente. Y tratar, por tanto, de ofrecer una explicación de la naturaleza de esta clase de prestaciones desde la óptica del Derecho del Trabajo. Es más, como se podrá apreciar a continuación, una vez tomado este camino, el esfuerzo argumental y la aportación no han venido tanto de la mano de la detección de los muy numerosos indicios favorables a su inclusión en el espacio de la laboralidad, sino en el *desmontaje* o la *metabolización* de aquellos rasgos que permitirían negar de plano su carácter laboral. En particular, las libertades de elección de las franjas horarias y de aceptación o rechazo de los encargos a las que se ha hecho alusión antes.

40

¿Cómo han llevado a cabo dichos tribunales esta delicada y difícil operación?

De la lectura de sus pronunciamientos se desprende que mediante la realización de lo que, de acuerdo con la terminología propuesta, puede denominarse un *análisis tipológico-funcional* del papel que desempeñan esas dos libertades dentro de la economía global de las relaciones sometidas a examen, que va más allá de su consideración aislada para atender a sus vínculos e interacciones con los demás componentes de las mismas, con el fin de determinar cuál es la función que, en conjunto, cumplen respecto de la satisfacción de los intereses de quienes ocupan las posiciones de empresario y trabajador dentro de ellas.

Una primera muestra de este análisis la encontramos la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 4 de marzo de 2020,⁶⁶ que marca el inicio de la serie. La controversia gira en este caso en torno a la determinación de la naturaleza de la relación existente entre un conductor y una emblemática plataforma de prestación de servicios de transporte de pasajeros. Para resolverla, la Corte

empieza por destacar cómo el primero “lejos de decidir libremente cómo organizar su negocio, buscar clientes o elegir sus proveedores, ha integrado (...) un servicio de transporte creado y enteramente organizado” por la plataforma, en el marco del cual “no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte”, sino que estas “son regidas en su totalidad” por la misma. Establecido lo anterior, la sentencia, que basa su contenido en la convalidación de la fundamentación de la solución dada previamente al caso por el Tribunal de Apelación, procede a desmontar la relevancia del argumento en sentido contrario proporcionado por “la libertad de conexión y la libre elección de los horarios de trabajo” en base a dos ideas fundamentales. La primera reitera la pertinencia del criterio antes reproducido, al poner de relieve que “el hecho de poder elegir los días y horarios de trabajo no excluye por sí mismo una relación laboral subordinada, ya que cuando un conductor se conecta a la plataforma (...) se incorpora a un servicio organizado por la empresa” titular de esta. La segunda, en cambio, se dirige a evaluar el espacio real de esos ámbitos de presunta autodeterminación a luz de las demás condiciones de desarrollo de la actividad, destacando entonces cómo el hecho de que la plataforma ejerza “un control en materia de aceptación de viajes” y se reserve contractualmente “el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la aplicación” a los conductores “tienen por efecto alentar” a estos “a permanecer conectados con el fin de esperar hacer un viaje y así permanecer constantemente a disposición” de aquella, “sin poder elegir libremente, como lo haría un conductor independiente, el viaje que les convenga o no”.

Igual de enfática es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020,⁶⁷ que continúa la secuencia examinando un supuesto de trabajo prestado a través de una plataforma digital de reparto fuertemente implantada en España. Luego de pasar revista a su doctrina en torno a los “criterios jurisprudenciales para diferenciar al contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante”, nuestra máxima instancia judicial opta por invertir el orden de análisis que se aprecia en la sentencia glosada en el párrafo anterior, y analizar en primer término la pertinencia de la alegación de la plataforma en el sentido de que el trabajador “tenía pleno dominio del ámbito de organización y dirección porque elegía libremente el día y la hora en que quería prestar servicios”. Para ello parte de recordar que dentro de su jurisprudencia “la existencia de libertad de hora-

67 Rec. 476/2019.

rio no excluye en todo caso la existencia de un contrato de trabajo”, citando la autoridad de pronunciamientos anteriores, con especial énfasis en su Sentencia de 16 de noviembre de 2017,⁶⁸ referida a un supuesto vinculado con la actividad de traducción e interpretación en el que se descartó la relevancia de ese dato a partir de un análisis de conjunto de las circunstancias concurrentes.⁶⁹ Apuntado lo anterior, el Tribunal procede igualmente a realizar un examen del papel que cabe asignar a esa libertad dentro de la entera configuración del vínculo. Entonces destaca cómo esa “teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada” puesto que “en la práctica” el “sistema de puntuación de cada repartidor” aplicado de manera automatizada por la plataforma y que se nutre, entre otros factores, de “la realización de los servicios en las horas de mayor demanda”, incide de forma negativa sobre ella, en la medida en que, “si no está disponible para prestar servicios” a lo largo de las mismas, “su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca”. “La consecuencia”, añadirá, es que “los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos”, que propicia que “intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”. Se trata, de tal forma, de “un sistema productivo caracterizado por que no se exige el cumplimiento de un horario rígido impuesto por la empresa porque las microtarefas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran en función de los servicios realizados, lo que garantiza que haya repartidores que acepten ese horario o servicio que deja el repartidor que no quiera trabajar”. Es recién establecido lo anterior, y por tanto desmontado el principal argumento en contra de la laboralidad presente en estos casos, que la sentencia procede, a mayores, a identificar “otros indicios favorables a la existencia de una relación laboral”, recogiendo y desarrollando muchos de los destacados antes por la doctrina y, sobre todo, por su jurisprudencia.

68 Rec. 2806/2017.

69 Sobre esta sentencia, destacando su importancia capital para la solución del problema que nos ocupa, vid. especialmente J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Indicios de laboralidad ...”, cit., págs. 46-47, destacando como ya aquí el Tribunal Supremo plantea “que no existe una verdadera libertad de aceptar o no los encargos, si el empresario tiene capacidad de reacción sancionatoria”.

A continuación vendrá la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo alemán de 1 de diciembre de 2020,⁷⁰ en la que el demandante, que es calificado de *crowdworker*, venía ejecutando de manera constante a lo largo de un período prolongado de tiempo prestaciones de carácter físico y no virtual, como en principio correspondería a aquella denominación, todas de muy escasa duración y entidad, recibiendo a cambio retribuciones también de muy limitada cuantía por parte de la plataforma que se encargaba de mediar entre él y quienes precisaban esa clase de servicios.⁷¹ Aquí el Tribunal empieza por advertir que una situación de dependencia como la exigida por la legislación alemana puede generarse a través del “sistema de incentivos de una plataforma” si el trabajador “está obligado, a través de la aplicación (...) a aceptar continuamente una determinada cuota de pedidos de acuerdo con las especificaciones detalladas por la empresa de *crowdsourcing*”. Establecida esta premisa, el siguiente paso del razonamiento se vincula, una vez más, con la valoración de la efectividad de los espacios de libertad que, también aquí, tenía reconocidos el colaborador de la plataforma, teniendo en cuenta la dinámica de conjunto impuesta por esta. Entonces se afirma de manera tajante que “la constatación de que el demandante, sin estar influido directa o indirectamente por incentivos o por la amenaza de sanciones, era libre de decidir si aceptaba, y en qué medida, los pedidos que se le ofrecían a través de la plataforma *on-line*, no aprecia plenamente las circunstancias esenciales de la cooperación entre las partes tras la aceptación de una oferta de pedido”. Un momento a partir del cual “el demandante no tenía ya un margen de decisión significativo en la ejecución de las órdenes aceptadas”. Esto se debe, en parte, afirmar el Tribunal, a que entonces el mismo “no era esencialmente libre para organizar sus actividades debido a las estrictas exigencias de la demandada en cuanto a la realización de las tareas que le correspondían”, establecidas a través de la aplicación, que “especificaba detalladamente cómo tenía que llevar a cabo” las mismas. Pero, sobre todo, porque “las condiciones de empleo impuestas unilateralmente a través de la aplicación” están diseñadas de tal manera que el prestador del servicio, si quiere llevar a cabo su actividad de una manera económicamente sensata, “debe aceptar regularmente pedidos durante un largo período de tiempo y trabajar a través de procesos de trabajo predeterminados

70 Ref. 9 AZR 102/20.

71 Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, “La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, núm. 1, pág. 183, con una cuidada presentación del supuesto de hecho.

en detalle”. Todo lo cual supone que, si los *crowdworkers* aceptan esta forma de empleo registrándose en la plataforma y utilizándola, es esta quien dirige su conducta “adaptando y combinando los pedidos según sus necesidades laborales sin necesidad de instrucciones específicas”.⁷²

La secuencia se cierra, de momento al menos, con la Sentencia de la Corte Suprema británica de 19 de febrero de 2021,⁷³ vinculada a una actividad semejante a la examinada por la primera, prestada a través de la misma plataforma de transporte de pasajeros. En esta, nuevamente, la atención se centra en la puesta en cuestión de la presunta libertad de los conductores para “elegir cuándo, cuánto y dónde” trabajar. La conclusión que entonces se impone, en coincidencia con el tribunal que examinó previamente el caso, es nuevamente clara y rotunda: la existencia de esa libertad no impide que los mismos sean considerados “conductores que trabajan para y bajo contrato” con la plataforma. Ello no se debe solo a que su remuneración y sus condiciones contractuales son dictadas por esta, sino también, y de manera muy especial, a que, una vez que han iniciado sesión en la aplicación, “su decisión de aceptar las solicitudes de viajes está limitada” de varias maneras. La primera es a través del “control de la información proporcionada al conductor”, que no conoce el destino hasta que recoge al pasajero, de forma que “no tiene la oportunidad de rechazar una reserva” si no desea viajar al mismo. A esta inicial forma de control se suma el ejercido mediante “la supervisión del índice de aceptación (y cancelación) de solicitudes de viaje”, que determina que un conductor cuyo porcentaje de aceptaciones sea inferior al nivel establecido por la plataforma pueda recibir mensajes de advertencia e incluso padecer desconexiones temporales que “tienen un efecto económico similar al de descontar la paga a un empleado”. A lo que hay que añadir, en fin, el impacto del “sistema de calificaciones” basado en las valoraciones de los pasajeros, del que pueden derivarse también advertencias e incluso conducir a la terminación de la relación. Todo lo cual supone, concluirá

72 A lo anterior se añade la consideración de que, más allá de la multitud de encargos individuales asumidos en cada momento, “el empleo prolongado y continuado del demandante condujo a una combinación de los contratos individuales en una única relación laboral”, de forma tal que las partes “a través de su práctica contractual real” acordaron que su relación jurídica “no estaba dirigida a la realización de microtrabajos individuales, sino a la tramitación continua de paquetes de encargos”. Sobre esta importante sentencia, además del comentario de J. MARTINEZ GIRÓN citado en la nota anterior, págs. 181 y sigs., vid. la glosa de L. NOGLER, “La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo de la qualificazione dei lavoratori delle piattaforme”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2020, núm. 4, págs. 837 y sigs.

73 Ref. [2021] UKSC 5

la Corte, que “el servicio de transporte”, no solo está “definido y controlado” por la plataforma, sino que ha sido diseñado de manera que esta “proporciona un servicio estandarizado a los pasajeros en el que los conductores se perciben como intercambiables”. Y dentro del cual “la única forma” como estos “pueden aumentar sus ingresos es trabajando más horas y cumpliendo constantemente” las exigencias de rendimiento de la misma.

Las citas han sido seguramente largas, pero entiendo que necesarias para estar en condiciones de expresar cómo, más allá de sus naturales matices, todos los tribunales del máximo nivel que han resuelto en sentido afirmativo las dudas planteadas en torno a la laboralidad del trabajo prestado a través de plataformas digitales de prestación de servicios han empleado una lógica de razonamiento subyacente similar. Esta no se basa en la determinación de la presencia de ciertos indicios o rasgos típicos, como el cumplimiento de una jornada o un horario, la asistencia a un centro de trabajo o la exclusividad, y su aplicación mecánica en base a una lógica subsuntiva. Pero tampoco en la mera intuición de los órganos judiciales o en la simple apreciación de su proximidad con las formas socialmente típicas de trabajo asalariado. Antes bien, como se habrá podido apreciar, en todas las sentencias glosadas el procedimiento seguido ha sido sustancialmente el mismo. Este se basa en dos ideas fundamentales, que constituyen otras tantas premisas de orden metodológico, la cuarta y la quinta dentro de nuestro análisis, para la correcta aplicación del test de laboralidad. La primera y más evidente es la de centrar la atención, antes que en los indicios positivos de laboralidad, en los negativos. Y especialmente en aquellos que la cuestionan de manera radical, como sucede con las libertades tantas veces referidas. La segunda, de más compleja aplicación, apunta a la realización de una valoración de esos indicios contrarios en el marco o la configuración global de las relaciones de las que se trata, es decir en estrecha conexión con los demás elementos presentes dentro de las mismas, con el fin de determinar si, dentro del mismo, la autonomía y capacidad de organización del propio trabajo que en principio expresan son o no plausibles. De hecho, ha sido este análisis de conjunto, dentro del cual cada elemento encuentra su razón de ser y debe ser apreciado en conexión con los demás, lo que ha permitido esclarecer, más allá de las apariencias, cuál es su *función* dentro del vínculo y el papel que cumplen para la satisfacción de los intereses respectivos de las partes. Y en especial del empresario.⁷⁴

74 Las cinco premisas de orden metodológico que se han ido desprendiendo del análisis realizado en

La negación del valor definitorio de esas libertades no obedece, así pues, a una simple desconfianza en su aplicación real, sino a la apreciación de su rol dentro del singular sistema de trabajo diseñado por las plataformas, que no precisa ya de la estandarización y la presencialidad propias de las formas tradicionales de trabajo asalariado, al contar con otros instrumentos, como el reclutamiento de una amplia masa de colaboradores, el abono de micro retribuciones asociadas al estricto tiempo de desempeño o la presencia de intensos mecanismos de control de orden tecnológico, que les garantizan “la disponibilidad de personal suficiente sin necesidad de una organización específica del tiempo de trabajo”, de forma tal que “la aparente libertad del trabajador”, no es “fruto de su autonomía sino de la facilidad organizativa que el sistema productivo garantiza al empresario”.⁷⁵ No existe aquí, en consecuencia, un verdadero interés de este último a la continuidad de las prestaciones, como el requerido con arreglo a los parámetros del modelo fordista, puesto que “la vinculación de un ingente número de personas, todas ellas fungibles”, y su movilización con arreglo a los mecanismos de control indirecto e incluso directo que han sido mencionados, “convierte en irrelevante la negativa del trabajador individual”.⁷⁶ Elementos en principio no compatibles con la existencia de subordinación y, por tanto, de un contrato de trabajo, terminan de esa manera por encajar, sin necesidad de forzamiento alguno, dentro

las páginas precedentes pueden ser sintetizadas del siguiente modo: i) la presencia de la subordinación no puede ser apreciada de forma aislada, sino tomando en consideración todos los elementos que integran el vínculo laboral; ii) para determinar la existencia de subordinación debe atenderse, antes que a la presencia de órdenes y controles, a la posibilidad jurídica de que estos existan; iii) para resolver los casos difíciles de calificar debe empezarse por recopilar y agrupar los indicios que apunten en una y en la otra dirección, con el fin de hacerse una idea inicial de los elementos de juicio que avalan la calificación desde una y otra perspectiva; iv) en tales casos la atención debe centrarse, antes que en los indicios positivos de laboralidad, en los que la niegan, y en especial en aquellos que lo hacen de manera radical; y v) esos indicios negativos deben ser valorados en estrecha conexión con los demás elementos presentes en la relación, con el fin de establecer, a la luz del entero marco de la misma, cuál es la función que cumplen y si la autonomía que en principio expresan es o no plausible en ese contexto.

75 J. GORELLI, “Indicios de laboralidad ...”, cit., pág. 59. Algo que, por cierto, aunque con menos sofisticación, sucede también en los que J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado ...”, cit., pág. 38, describe como “supuestos de trabajo irregular, donde ni siquiera hay un compromiso mínimo de ocupación por parte de la empresa que da trabajo, en términos tales que en la práctica se asimilan al contrato de cero horas, pues no se pacta ninguna garantía mínima de trabajo”. Como apunta el autor, en estos casos igualmente “la libertad de aceptar o rechazar los encargos se encuentra perceptiblemente mediatizada por las posibles medidas reactivas de la empresa”. De hecho, este es el supuesto examinado por la sentencia del Tribunal Supremo citada en *supra* nota 68.

76 Como señalará tempranamente L. NOGLER, “Metodo e casistica ...”, cit., pág. 122, en relación con el funcionamiento del sistema de mensajería *Pony Express*, que anticipa muchas de esas características.

de los esquemas de este, de la mano del análisis integrado y funcional llevado a cabo por la jurisprudencia. Es más, vista la cuestión con perspectiva, puede incluso sostenerse que la configuración de relaciones de trabajo asalariado, bien que con rasgos distintos a los tradicionales, resulta en realidad funcional para el desarrollo de esta clase de actividades. Al punto de no encontrarse en condiciones de funcionar sin ellas. De allí las dificultades con las que se están encontrando las plataformas a la hora de tratar de “redefinir” las formas de vinculación con sus colaboradores con el fin de eludir la aplicación del ordenamiento laboral.

Más allá de las situaciones consideradas, sin embargo, lo verdaderamente importante aquí es que la solución de los que hemos denominado casos difíciles de calificar adquiere una coherencia que la aparta por completo, pese a su extrema dificultad, del mero arbitrio judicial o de la aplicación de incontrolables juicios de oportunidad, para convertirse en una decisión racional y lógica, basada en la aplicación de los presupuestos sustantivos previstos por el ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, las decisiones judiciales que han sido presentadas son expresión de un evidente enriquecimiento metodológico y conceptual de las herramientas de calificación contractual utilizadas desde sus orígenes por nuestra disciplina. Y de la convergencia de los sistemas de Derecho del Trabajo de un importante bloque de países europeos, tanto de la tradición del *Civil Law* como del *Common Law*, en torno a una misma regla operacional, basada en la realización de una aproximación funcional a la aplicación de los elementos constitutivos del contrato de trabajo y el test de laboralidad,⁷⁷ la cual está en condiciones aportar herramientas de gran utilidad para hacer frente con criterios claros y fiables a los nuevos interrogantes que traerán las transformaciones que sin duda experimentará el trabajo en el mundo que vendrá. Como tal, constituye uno de los más inesperados y venturosos hallazgos ocurridos durante la pandemia que, al terminar de escribir estas líneas, empieza afortunadamente a dar señales de agotamiento.

77 Así, L. NOGLER, “La Corte federale ...”, cit., pág. 838, antes de la Sentencia de la Corte Suprema británica, con referencia a “todos los sistemas pertenecientes a la tradición del *Civil Law* eurocontinental” con la excepción de Italia.

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO

La manifiesta desigualdad del contrato de trabajo a tiempo parcial

The manifest inequality of the part time labour contract

ÁLVARO GARCÍA MANRIQUE*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: alvaroegm@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8876-8959>

RESUMEN: En el presente artículo el autor pretende visibilizar lo que, a su criterio, es una situación de desigualdad injustificada desde la ley. Los trabajadores que laboran en jornadas reducidas o a tiempo parcial no gozan a plenitud de muchos derechos que se consideran mínimos, siendo esta una situación que debiera merecer enmienda por parte del Estado. Los temas elegidos por el autor son el descanso vacacional, protección contra el desempleo y el despido arbitrario, relaciones colectivas de trabajo y tiempo de refrigerio.

PALABRAS CLAVE: Contrato de trabajo a tiempo parcial, part time, principio de igualdad, descanso vacacional, despido arbitrario, relaciones colectivas de trabajo.

ABSTRACT: In this article the author intends to make visible what, in his opinion, is a situation of unjustified inequality from the law. Workers who work short hours or part-time do not fully enjoy many benefits that are considered minimal, a situation that should deserve amendment by the State. The topics chosen by the author are work holidays, protection against unemployment and unjustified dismissal, collective labour relations and refreshment time.

KEYWORDS: Part-time labour contract, part-time, principle of equality, work holidays, unjustified dismissal, collective labour relations.

Recibido: 27/01/2023

Aceptado: 27/02/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Consideraciones sobre el contrato de trabajo a tiempo parcial y el principio de igualdad. II. El descanso vacacional de los trabajadores a tiempo parcial. III. El desempleo y protección contra el despido arbitrario en los trabajadores a jornada reducida. IV. El trabajador a jornada reducida y las relaciones colectivas de trabajo. V. El tiempo de refrigerio y el contrato *part time*. VI. Conclusiones. Referencias.

* Actualmente es Consejero en Vinatea y Toyama, Abogados. Ex Intendente Nacional de Prevención y Asesoría de la Sunafil. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Magíster en Administración de Negocios (MBA) por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), con especialidad en Recursos Humanos. Más de 17 años de experiencia profesional en relaciones laborales en instituciones privadas y públicas. Profesor de Derecho Laboral en la UPC y miembro del Comité Consultivo de la Carrera de Administración y Recursos Humanos en la misma Universidad.

I. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Se puede asimilar como atípico aquello que se opone o diferencia de lo típico o común. Si hablamos de tiempo de trabajo, es típico o común, por ejemplo, el trabajo continuado de lunes a viernes, o de lunes a sábado, en ambos casos a razón de tantas horas diarias que no superen el máximo legal de cuarenta y ocho (48) horas semanales. Usualmente las jornadas típicas o comunes comprenden ocho (8) o nueve (9) horas diarias, según el caso. Cualquier otra fórmula que se distinga de este formato no será común, usual o típico.

En esa línea, no es típica la jornada que combina sucesivamente ciclos acumulados de labor y de descanso, y que resulta en muchos días consecutivos de labor (más de 5 o 6) seguidos de muchos días consecutivos de descanso (más de 1 o 2), muy empleadas en sectores como el minero (jornada acumulativa), o aquella otra jornada cuyos días no tienen uniformidad en el número de horas (jornada compensatoria), aunque esta sí tiene más puntos coincidentes con las jornadas comunes.

La mención que indistintamente haremos a lo largo del presente artículo a contrato o trabajador *part time*, a tiempo parcial o a jornada reducida, se refiere al mismo universo.

Para nosotros, el trabajo realizado en una jornada reducida en comparación con el común de los demás trabajadores de una empresa (tiempo parcial o *part time*), supone también una jornada atípica porque también escapa de lo habitual o común. Por tanto, cuando hablamos de jornadas atípicas no solo nos estamos refiriendo a las jornadas acumulativas sino a toda aquella jornada que se aparta de lo usual y ello incluye, qué duda cabe, a las jornadas reducidas en comparación con la generalidad de los trabajadores.

Centrándonos en estas últimas, en estricto sería *part time* toda jornada reducida en comparación con el común del personal¹. Un trabajador que labora cinco (5) horas diarias mientras que el resto del personal cumple ocho (8) lo convierte, en teoría, en un trabajador a tiempo parcial. Decimos “en teoría” por-

1 Pese a no estar ratificado por el Estado peruano, se deja ver desde la normativa internacional (Convenio OIT N° 175, sobre el trabajo a tiempo parcial) que existe libertad para cada Estado de determinar qué se considera *part time* en su respectiva legislación.

que nuestra legislación ha establecido que el contrato a tiempo parcial es aquel en el cual se cumple una jornada menor de cuatro (4) horas diarias, a partir de lo señalado por el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR:

“Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor”.

Convengamos que la redacción de este dispositivo no es la mejor o más terminada pues no precisamente expresa con claridad -a manera de definición- que el contrato a tiempo parcial es aquel en el cual la prestación de servicios no alcanza las cuatro (4) horas diarias. Si se lee bien el artículo en cuestión, simplemente está excluyendo del goce de ciertos beneficios laborales a aquellos trabajadores cuya jornada diaria no alcanza a cubrir el mínimo de cuatro (4) horas diarias cuando este sea un requisito exigido por la normativa de cada beneficio en particular. Si a ello añadimos que se trata de una disposición de carácter reglamentario sin correlato en la norma legal que es la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), pues el cuestionamiento es aún mayor.

Esta indefinición y, si se quiere, falsa articulación entre la norma legal y la reglamentaria, va en el sentido que *“si la LPCL hubiera querido que el contrato a tiempo parcial sea solo el contrato de trabajo con una jornada inferior a 4 horas diarias en promedio, entonces lo hubiera dicho expresamente”* (Arce, 2021, p. 281).

Pero bueno, más allá de lo señalado, hay convención que para la legislación peruana se es trabajador a tiempo parcial si labora menos de cuatro (4) horas diarias, en promedio semanal². No se calcula en función de días trabajados en un mes, o en función de semanas al mes o en un bimestre, o en función de días o semanas en un semestre o en un año, u otra fórmula similar.

2 En su oportunidad, se detectó falta de consenso entre la Corte Suprema y el Ministerio de Trabajo sobre la forma de obtener este promedio. Para la primera, el divisor debe ser el número de días que labora el trabajador *part time*, independientemente del número de días en que la empresa opera (Casación Laboral N° 18749-2016-Lima), mientras que para el segundo, el divisor debe ser el número de días en que la empresa realiza actividades (Informe N° 136-2018-MTPE/2/14.1). Recientemente, el Tribunal de Fiscalización Laboral de la Sunafil, en un precedente de observancia obligatoria, ha acogido la postura de la Corte Suprema (Resolución de Sala Plena N° 003-2023-SUNAFIL/TFL).

Hecha esta aclaración, si por el contrario el trabajador labora cuatro (4) horas diarias o más en promedio semanal, ya se considera un trabajador a tiempo completo, a pesar de que solo supere por minutos o por algunas pocas horas a uno *part time* y, al mismo tiempo, labore menos horas que el resto del personal. Trabajadores de cuatro (4), cinco (5) o seis (6) horas diarias en una empresa que opera ocho (8) horas diarias, son también trabajadores a tiempo completo.

Hasta acá, como conclusión preliminar tenemos que el contrato a jornada reducida es de configuración muy sencilla, verificándose a partir de solo una de las condiciones del contrato de trabajo, cual es, el tiempo de trabajo. No son relevantes las demás condiciones contractuales y específicamente nos queremos referir a la causa de contratación.

En efecto, un aspecto que consideramos importante cuando se estudia el contrato de trabajo a tiempo parcial es que, a diferencia de los contratos de trabajo a plazo fijo, su causalidad no viene preconfigurada desde la norma, o por lo menos no como sucede con aquellos. Recordemos, los contratos a plazo fijo constituyen la excepción a la regla general de la contratación a plazo indefinido y, como tales, solo pueden ser utilizados en los casos que la LPCL taxativamente establece: cuando inicia operaciones una nueva empresa o una que ya viene operando incorpora una nueva línea de negocio (inicio de actividad), cuando la dinámica del mercado posiciona los productos o servicios del empleador y este se ve forzado a atender incrementos coyunturales de demanda y pedidos (necesidades de mercado), cuando se pretende suplir temporalmente a un trabajador ausente (suplencia) y así según lo que rígidamente se establece en los artículos 53 y siguientes de la LPCL. La causa objetiva es determinante y principal habilitante para la utilización válida de los contratos sujetos a modalidad.

Pero, en el caso del contrato de trabajo a tiempo parcial, no se sabe a ciencia cierta si es también una excepción a la contratación a plazo indefinido pues la ley no se pronuncia al respecto. Y sostenemos esto porque la LPCL no predetermina en qué situaciones es posible utilizar válidamente el contrato de trabajo a tiempo parcial, ni tampoco establece prohibiciones para la incorporación de trabajadores bajo un contrato a jornada reducida, como sí sucede con los contratos temporales. Antes bien, en su artículo 4 dispone de modo tajante que pueden celebrarse “*contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna*”.

Esta apertura ofrecida por el contrato a tiempo parcial se da en grado tal que, incluso, es mucho más permisiva que la cláusula abierta contenida en el artículo 82 de la LPCL, aplicable a los contratos sujetos a modalidad innominados, pues en estos también se consagra como obligatoria la temporalidad del objeto de contratación³.

Dicho esto, las combinaciones que pueden generarse con el contrato de trabajo a jornada reducida son amplias, todas válidas:

- a) Se puede contratar a jornada reducida a trabajadores que realizan la actividad principal del empleador.
- b) También se puede utilizar este contrato para personal que realiza las actividades complementarias o especializadas.
- c) En ambos casos, los contratos a tiempo parcial podrán celebrarse a plazo indefinido o a plazo fijo.

Sobre esto último, recordemos que los contratos a plazo indefinido son incausados por propia naturaleza, por lo que un contrato a tiempo parcial indefinido no requiere ningún tipo de justificación (ni de la elección de contrato indefinido ni de la jornada *part time*). En el caso de un contrato a plazo fijo a tiempo parcial sí requerirá que haya causa objetiva pero, únicamente para sustentar la temporalidad del contrato mas no para justificar la jornada reducida. El empleador no debe explicar por qué elige una jornada parcial para una contratación en particular. Desde esa mirada, el contrato *part time* es tan soberanamente incausado como la mismísima regla general (contrato a plazo indefinido).

Ahora bien, en la práctica, la distinción de un contrato indefinido *part time* de uno a plazo fijo también *part time*, no reviste mayor dilema porque los trabajadores a jornada reducida no tienen protección contra el despido arbitrario y, por tanto, aunque estén vinculados a plazo indeterminado podrán ser cesados en cualquier momento sin contingencia. Volveremos sobre este punto más adelante.

Según se ve, no parece tanto una segunda excepción a la contratación a plazo indefinido (la primera es la contratación temporal); antes bien, el contrato *part time* cumple un rol de *comodín* estratégico para esos dos contratos. Opera

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

desde fuera de ellos, a modo de satélite, para articularse según las necesidades existentes, sin restricción.

Precisamente, esta permisividad del contrato de trabajo a tiempo parcial puede conducir a que, para un mismo empleador, un trabajador *part time* realice exactamente las mismas labores que trabajadores que cumplen una jornada a tiempo completo, sin que por ello se desnaturalice aquel, pues esta situación específica no ha sido recogida por la LPCL ni por el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo.

Es más, ¿existe acaso la desnaturalización de los contratos a tiempo parcial? De ser así, las siguientes interrogantes serían: ¿en qué casos se desnaturaliza? y sobre todo ¿cuál sería la consecuencia de la hipotética desnaturalización? ¿se reputaría como un contrato a tiempo completo? Se conocen sentencias y resoluciones administrativas que han declarado la desnaturalización del contrato a tiempo parcial cuando, en la realidad, el trabajador laboraba más horas ordinarias que el máximo establecido para este contrato o cuando realizaba horas extras excesivas⁴.

58

Pero, nuevamente la discusión se reduce a lo meramente numérico a partir de la comprobación de las horas prestadas. Nada con relación a la causa de por qué se ha elegido una jornada reducida para una labor en particular, que es una cuestión que la norma no resuelve; es más creeríamos que ni siquiera plantea el problema.

Aquel enunciado que permite utilizar este contrato “*sin limitación alguna*”, nos da a entender que estamos frente a un contrato también de cláusula abierta, válido para cualquier tipo de actividad realizada por el empleador, visto ello a partir del ejercicio comparativo dentro de la organización interna de la empresa (actividades principales, complementarias y/o especializadas), sean permanentes o temporales, como también de manera externa dado el sector económico al que pertenece el empleador (el contrato a tiempo parcial es transversal a todo tipo de actividad económica: servicios, manufactura, minería, energía, educación, etc., e incluso en el trabajo del hogar). En todos los casos, “*sin limitación alguna*”.

4 Sentencia recaída en el Expediente N° 20001-2018-0-1801-JR-LA-07 (Octava Sala Laboral Permanente de Lima) y sentencia recaída en el Expediente N° 2656-2019-0-1801-JP-LA-03 (Tercer Juzgado de Paz Letrado de Lima), respectivamente. En materia inspectiva, puede citarse la Resolución N° 504-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala y la Resolución de Sala Plena N° 003-2023-SUNAFIL/TFL.

Es pues, la duración de la jornada, el único elemento diferenciador del *part time* con otro contrato y, de hecho, esta es precisamente la cuestión para dilucidar. ¿Es suficiente el número de horas de trabajo para limitar el acceso a beneficios tan importantes como la garantía de remuneración mínima, protección contra el desempleo o el despido arbitrario?

Recordemos que, el artículo 26 de la Constitución Política, consagra como un principio de la relación laboral a la igualdad de oportunidades sin discriminación. Asimismo, en su artículo 103 también se especifica cuándo se puede expedir leyes especiales:

“Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.
(...)”

No asistimos a un régimen laboral especial, debemos aclararlo. Sin embargo, estas particularidades que, a la baja, ofrece el contrato a tiempo parcial, nos presenta un acto de distinción o diferenciación desde el Estado y, como tal, alguna razón justificada debe existir de manera imperativa. De no existir, o existiendo aquella sea irrelevante, se afectará el principio de igualdad (Balbín, p. 621).

Para nosotros, el reducido número de horas de trabajo es un factor que no tiene la entidad suficiente como para justificar la precariedad del contrato de trabajo a tiempo parcial, en primer lugar, porque la productividad -hacia la cual un empleador moderno debe propender- no se sostiene en el mayor tiempo ocupado sino en la optimización de este recurso y, en segundo lugar, se trata de un trabajador en la práctica y, sobre todo, en la norma.

Es insólito que una vinculación que la propia norma dota de laboralidad no goce de reconocimientos [laborales] mínimos. No es equiparable a otro tipo de vinculaciones como las modalidades formativas que, salvo algunos beneficios particulares, no gozan de derechos laborales porque la norma las excluye expresamente del ámbito de protección, dado su carácter esencialmente formativo. Un trabajador a tiempo parcial, por el contrario y valga la redundancia, es un trabajador. *“Mediante la norma reconozco lo laboral de tu relación y, también*

mediante norma, te restrinjo el goce de derechos laborales mínimos". Así de duro y extraño a la vez.

Queremos enfatizar en que nos parecería desacertado limitar la causalidad de la elección de la jornada parcial. La limitación en el acceso a derechos laborales sí es una situación que atenta contra el principio de igualdad y no discriminación.

Para cerrar esta primera parte, debe decirse también que la atipicidad de la jornada reducida tampoco sustenta, desde nuestra óptica, la limitación en el acceso a derechos, pues las jornadas acumulativas y compensatorias, que también son atípicas, no excluye a esos trabajadores de derechos y beneficios laborales. Si se quiere, el tiempo parcial es la única jornada atípica que restringe derechos. Lo anecdótico es que las jornadas acumulativas -atípicas que no restringen derechos- sí exigen causalidad para su implementación⁵.

II. EL DESCANSO VACACIONAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

Sobre el descanso vacacional, el artículo 25 de la Constitución Política establece lo siguiente:

"Artículo 25.- Jornada Ordinaria de trabajo

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio"

Por mucho tiempo, el descanso vacacional fue un derecho negado para los trabajadores a tiempo parcial, so pretexto que la legislación interna -vamos a llamarla así⁶- específicamente el Decreto Legislativo N° 713, establece como requisito para este descanso que el trabajador cumpla una jornada mínima de

5 Conforme a los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 4635-2004-AA/TC y su aclaratoria.

6 No es el término más apropiado porque los tratados internacionales, una vez ratificados por el Estado peruano y en vigor, automáticamente se integran al Derecho nacional conforme al artículo 55 de la Constitución Política.

cuatro (4) horas diarias. Ya la Inspección del Trabajo y el Poder Judicial han aclarado que, por aplicación del Convenio OIT N° 52, de jerarquía superior al citado decreto, los trabajadores a tiempo parcial gozan de vacaciones por un lapso no menor de seis (6) días laborables. Recordemos que el numeral 1 del artículo 2 de este Convenio señala que *“toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos”*.

Para nosotros, ya es un tema ampliamente superado.

Lo que más nos preocupa es otro aspecto de este asunto. Conociendo las debilidades de nuestro sistema de relaciones laborales y, sobre todo, el temperamento de muchos de sus actores, estimamos que se necesita con urgencia el reconocimiento de este derecho por parte de una norma más cercana, más del día a día, para que no haya dudas de su exigibilidad.

Que el reconocimiento del derecho al descanso vacacional a favor de los trabajadores a tiempo parcial, no provenga de una interpretación sistemática de las normas, y menos si una de ellas es una norma internacional que no necesariamente está al alcance del ciudadano común ni de algunos empleadores que, mientras no se diga en norma expresa, no cumplirán. De hecho, pese al criterio ya instalado de las autoridades laborales, hay empleadores que insisten todavía en sostener que los trabajadores *part time* no tienen vacaciones y actúan en consecuencia.

Nótese que el artículo 25 de la Constitución antes transcrito, incluye dentro de su ámbito subjetivo a “los trabajadores” de la manera más amplia posible, sin distinción de jornada la que, por cierto, también está regulada en el mismo dispositivo. Y, por mandato expreso, serán la ley o el convenio los que regulen lo referido al “disfrute” y la “compensación”, pero solo eso.

No pueden -la ley ni el convenio- regular aspectos diferentes como es la titularidad o ámbito subjetivo del derecho a descanso vacacional porque no han recibido ese encargo de la Constitución. A nuestro modo de ver, el “disfrute” viene dirigido únicamente a aspectos tales como duración del descanso, opciones de goce (fraccionamiento, acumulación, adelanto) mientras que “compensación” apunta exclusivamente al pago de los días de vacaciones.

El descanso vacacional tiene doble fundamento. El primero, como medida dirigida a otorgar al trabajador tiempo adecuado para que se recupere del desgaste propio del trabajo, en este caso calculado por periodo anual; y el segundo, como garantía de retorno a su puesto de labores en las mismas condiciones, basado en el principio de continuidad. Tiene como fundamento primario el bienestar y salud de las personas entregadas a un trabajo dependiente. ¿Existe acaso fundamento para negar o recortar este derecho al trabajador a jornada reducida? ¿Es que acaso este trabajador no se desgasta?

Algunos podrán decir que el trabajador *part time* no se desgasta en igual medida o magnitud que un trabajador a tiempo completo pero, incluso si esta métrica se pone a debate, tampoco hay fundamento para negarles *a rajatabla* el derecho a descansar ya que, si se quiere, el desgaste no es el mismo en todos los trabajos y sin embargo todos tienen por igual el derecho vacacional. Por propia naturaleza, el desgaste de un trabajador de oficina no es igual que el de un trabajador que labora en la construcción, ni este es igual al del trabajador de la mina, ni el de todos ellos es igual al del trabajador portuario y así sucesivamente; y sin embargo todos ellos tienen treinta (30) días de vacaciones en su respectivo régimen.

62

El esquema propuesto por la legislación peruana en materia de descanso vacacional no distingue factores tales como intensidad de las tareas, longevidad del trabajador o cualquier otro que pueda conducir a una diferenciación en el número de días de descanso. Todos los trabajadores de un mismo régimen laboral, con prescindencia de su nivel de desgaste, edad o incluso estado físico o de salud, tienen por igual treinta (30) días de vacaciones. Al legislador peruano le es indiferente circunstancias como las nombradas; si se cumple un año de labor y el correspondiente récord vacacional, automáticamente se activa el derecho a descanso anual remunerado por el lapso establecido.

Bajo esa mirada, hasta parece insuficiente (v.gr. injustificado) otorgar a los trabajadores a jornada reducida solo seis (6) días laborables de descanso vacacional, si adoptamos el mínimo estipulado por el Convenio OIT N° 52. Imaginemos el caso de un trabajador *part time* que labora cinco (5) días a la semana al igual que un personal a tiempo completo de la misma empresa y, además, realizan idénticas funciones. Un cálculo meramente empírico nos arrojaría que ese trabajador *part time* debiera gozar algo cercano a la mitad de los días de vacaciones de su compañero; un cálculo más fino quizá concluya de manera

diferente pero, creemos que en ningún caso en una proporción de veintiuno (21) a seis (6) como la que se da actualmente⁷.

Insistimos que, a nuestro modo de ver, se precisa de norma positiva emitida por el Estado peruano que no solo zanje la aparente “duda” sobre las vacaciones del trabajador *part time* -duda que ya no debería haber- sino que también establezca una adecuada cantidad de días de descanso vacacional. No necesariamente serán los treinta (30) días para la jornada a tiempo completo pero sí una cifra más adecuada de la que actualmente -y no de manera pacífica- solo algunos empleadores cumplen.

El literal a) del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 713 -que precisamente exige la jornada mínima de cuatro (4) horas diarias para el goce del descanso vacacional- es a todas luces inconstitucional por excluir de la titularidad de este derecho a los trabajadores a jornada reducida cuando el mandato constitucional no incluyó que regule ese aspecto del derecho.

La situación de las vacaciones de los trabajadores *part time* es tal que se llega a la situación -casi surrealista- de que las personas bajo modalidades formativas (p.ej. prácticas preprofesionales) tienen vacaciones de manera indubitable (norma interna expresa sin acudir a interpretación sistemática de normas internacionales) y por un lapso mayor (15 días naturales o 10 días hábiles, como se prefiera leer) y no así los trabajadores a jornada reducida, pese a que los primeros ni siquiera tienen relación laboral con la empresa que les brinda formación.

III. EL DESEMPLEO Y PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN LOS TRABAJADORES A JORNADA REDUCIDA

El riesgo de quedar desempleado es inherente a la tenencia misma de un trabajo dependiente. Ni siquiera el modelo general de contratación a plazo indefinido garantiza que el trabajador conservará para siempre su empleo pues no ostenta el derecho de propiedad sobre su puesto de trabajo que haga imposible que lo pierda si no es por propia voluntad; también puede perderlo por despido o por situaciones ajenas a las partes de la relación laboral.

7 En este ejemplo de jornada semanal de cinco (5) días, treinta (30) días naturales de vacaciones son aproximadamente veintiún (21) días laborables. Dado que las vacaciones mínimas establecidas por el Convenio OIT N° 52 se cuentan por días laborables, la proporción correcta es 21 a 6 aproximadamente, y no 30 a 6.

Las consecuencias del desempleo se agravan en tanto la situación no revierta y el cesado no logre recolocarse rápidamente en el mercado laboral. Su cobertura y protección, por definición, debieran ser asumidas por los sistemas previsionales y de seguridad social, por tratarse de una contingencia de ocurrencia probable (cualquier persona en relación de dependencia puede quedar desempleada) e incierta (puede ocurrir en cualquier momento y de manera intempestiva), que naturalmente incide en la disminución o, peor aún, cesación de los ingresos de quien lo padece. Algunos definen el desempleo como *“la imposibilidad de trabajar de una persona apta para el trabajo por causas ajenas a su voluntad”* (Rendón, 2008, p. 347).

En la actualidad, por mandato legal el riesgo de desempleo viene coberturado mediante un mecanismo de ahorro forzoso a través de la compensación por tiempo de servicios (CTS), con cargo íntegramente al empleador. Por tanto, salvo coberturas brindadas por seguros de desempleo privados de contratación potestativa y no obligatoria, entonces la CTS es el único mecanismo actual de protección hasta la deseada recolocación o reinserción en el mercado laboral.

64

El caso es que, conforme a las disposiciones que regulan este beneficio (TUO de la Ley de CTS y su Reglamento), los trabajadores a jornada reducida tampoco tienen esta protección. Si tomamos como pauta la propia norma legal, la CTS tiene por objetivo proteger al trabajador de las contingencias *“que origina el cese en el trabajo y de promoción del trabajador y su familia”*. La pregunta se cae de madura ¿es que acaso el trabajador a jornada reducida no tiene el mismo riesgo de desempleo que un trabajador a tiempo completo? La respuesta es un contundente sí.

Por supuesto que comparte ese riesgo, e incluso [el riesgo] es mayor pues la protección brindada por la LPCL en materia de despido arbitrario se extiende exclusivamente a los trabajadores a tiempo completo. El empleador que despidе injustificadamente a un trabajador *part time* no quedará obligado al pago de indemnización por despido arbitrario:

“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. (...)”.

Como se aprecia, el trabajador a tiempo parcial no solo no tiene derecho a CTS como protección contra el desempleo sino que, además, si [el desempleo] se produjo por un despido arbitrario, tampoco tiene derecho a indemnización. Para su despido no se exige ninguno de los requisitos esenciales: i) no se exige preaviso por lo cual podrá tener efectos inmediatos el mismo día de comunicado el despido, ii) es incausado pues no se exige sustento, sin derecho tampoco a reposición; y iii) no se exige que sea escriturado, podrá ser verbal.

Entonces, es incluso “más probable” quedar desempleado siendo *part time* que siendo un trabajador a tiempo completo, precisamente por la ausencia de barreras para materializar el despido. Esto que podría pensarse como enteramente favorable para el empleador que contrata trabajadores a tiempo parcial, ciertamente tiene un correlato que, desde un enfoque de gestión, no lo es tanto. Un trabajador a tiempo parcial o un grupo de ellos, rotará más fácilmente porque tiene más incentivos para buscar un nuevo y mejor empleo que para quedarse en el actual. Los costos de constantes reclutamientos y procesos de selección, así como la curva de aprendizaje, son asumidos por la empresa, restándole competitividad.

Si se quiere, el *part time* es un trabajador en periodo de prueba “vitalicio” porque no alcanza estabilidad ni superados los primeros tres (3) meses de labor. Hasta resulta innecesaria la existencia de este periodo en su contrato de trabajo, bien podría suprimirse o reducirse e igual será vulnerable al despido arbitrario sin consecuencia económica, sea cual sea su tiempo de servicios.

Ahora bien, no son pocos los que sostienen que a los trabajadores a tiempo parcial se les excluyó de protección contra el desempleo (CTS) y el despido arbitrario (indemnización) toda vez que, al solo trabajar una fracción del día útil, están en posibilidad de contar con un segundo empleo de manera simultánea, por lo que la pérdida de uno de los dos trabajos no supone, para ese trabajador en particular, un desamparo total.

No lo consideramos argumento suficiente. Bastará que un trabajador a jornada reducida no tenga ese otro empleo para que se desbarate esta suerte de presunción. Un silogismo jurídico que inicie con una premisa falaz desencadena en una conclusión inexacta y así no es posible legislar de manera adecuada. Además, al ser en la mayoría de los casos el contrato de trabajo uno de adhesión, es muy posible que el trabajador *part time* sea tal porque la oferta de empleo a

la que postuló tenía esa condición y no necesariamente porque eligió y negoció que su modalidad sea a tiempo parcial y poder tener así otro empleo en paralelo. Seguramente los habrá, pero deben ser los menos.

También es cierto que la limitación en el acceso a derechos -incluyendo protección contra el desempleo- para los trabajadores *part time* se estableció como medida de fomento de empleo. No por algo es un contrato que está principalmente regulado en una norma cuya denominación tiene precisamente ese objetivo⁸. Por ejemplo, en vez de que un trabajador a tiempo completo realice frecuentemente horas extras, se contrata un trabajador *part time* para que cubra esas tareas extraordinarias, aunque para él sean ordinarias; y a cambio, un régimen laboral flexible (v.gr. precario), sumamente benévolo para quien lo contrata. Pero más que fomentar empleo en general, promueve la utilización de un contrato en particular, que es precario.

Nótese la paradoja, se pretende fomentar la generación de empleo pero sin protección contra el desempleo.

66

Como hemos adelantado en líneas precedentes, el contrato a tiempo parcial no está condicionado a la existencia de una causa objetiva exclusiva para la elección de la jornada parcial. Es más, pueden realizar, incluso, la actividad principal de la empresa, sin limitación. En un escenario extremo, hipotético y de laboratorio, un empleador bien podría contratar a la totalidad de su personal bajo contrato a tiempo parcial, organizando el trabajo en tantos turnos posibles para lograr los objetivos como si el personal fuera a tiempo completo. Para una posición de ocho (8) horas diarias con beneficios completos y estabilidad laboral se contrata, en su reemplazo, tres trabajadores *part time* que cubran ese mismo lapso en distintos turnos, todos ellos con limitados beneficios y sin estabilidad laboral, a quienes podrá cesar fácilmente.

No estamos diciendo que sea lo más eficiente; de hecho, no creemos que lo sea en absoluto. Pero, desde la legalidad, es un escenario perfectamente viable.

Cierto es también que, en la práctica, el contrato a tiempo parcial suele ser principalmente utilizado para tareas complementarias, operativas menores o para la contratación de jóvenes que puedan combinar sus estudios superiores

8 Reglamente de la Ley de Fomento al Empleo.

con un trabajo remunerado. Sin embargo, reiteramos, por su regulación es un contrato muy dúctil y elástico porque puede cubrir cualquier actividad.

Ya en el fuero interno del empleador, un elemento que analiza es -además de la viabilidad técnica y de rentabilidad de que el puesto se adecue a una jornada parcial- el reducido costo laboral colateral. Sabe ese empleador que el trabajador a tiempo parcial puede realizar cualquier actividad a menor costo y, además, cesarlo sin ninguna carga de justificar el despido ni consecuencia económica.

Nos hace evocar la contratación en el Estado de personal bajo contrato de locación de servicios. Órdenes de servicio, según la terminología empleada en las instituciones públicas para personal sin derecho laboral alguno, aunque en la práctica realizan iguales o similares funciones que los trabajadores estatales bajo régimen privado o bajo régimen de contratación administrativa de servicios (CAS), a los que ni siquiera se asemejan en beneficios y prestaciones. Cumplido el término de la orden de servicio, son cesados también sin ninguna consecuencia. Es inevitable hacer la comparación.

El trabajador bajo contrato a tiempo parcial tiene entidad propia respecto de los otros trabajadores a jornada completa y el hecho que, en muchos casos, puedan realizar labores menores o de complemento respecto de posiciones bajo contrato a tiempo completo, no convierte a aquel en un contrato accesorio respecto de estos últimos, como para siquiera intentar justificar un tratamiento abiertamente diferenciado. Merece por igual contar con la protección y estabilidad laboral que a día de hoy no tiene.

IV. EL TRABAJADOR A JORNADA REDUCIDA Y LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Puede definirse a la libertad sindical como “*el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y estas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes*” (Villavicencio, 2010, p. 87).

La sindicalización, como una de las manifestaciones de la actividad sindical al igual que la negociación colectiva y la huelga, no es sino el derecho de todos los trabajadores de agruparse colectivamente para la defensa de sus intereses, así

como la mejora y reivindicación de sus derechos. Salvo exclusiones taxativamente establecidas en la Constitución Política (jueces, fiscales, policías, fuerzas armadas), todo trabajador es titular del derecho a la libertad sindical y ello incluye a los trabajadores a tiempo parcial.

No está en discusión su derecho de afiliarse a una organización sindical. Puede concretizarse con la afiliación a los sindicatos de trabajadores en general, vistos de la forma más amplia posible, como también a una organización que afilie únicamente a trabajadores *part time*, si así estos lo desean. Debemos recordar que en nuestro sistema de relaciones laborales rige el modelo de pluralidad sindical, pudiendo los trabajadores constituir las organizaciones que estimen convenientes, tanto en número de sindicatos como en perfil de afiliado según el estatuto, al amparo del Convenio OIT N° 87.

En este apartado queremos comentar un aspecto de aplicación más práctica, que consiste en los incentivos que, desde la legislación, tienen -o carecen- los trabajadores a jornada reducida para precisamente afiliarse o constituir esas organizaciones. En rigor, este es un asunto que también es transversal a otros colectivos, tales como los trabajadores en periodo de prueba y los trabajadores contratados a plazo fijo.

Un trabajador que no goza de estabilidad laboral durante toda la vigencia de su contrato como lo es el *part time*, ¿realmente tiene incentivos para afiliarse? Creemos que no. Más bien, tiene desincentivos para hacerlo.

Suele suceder que la sindicalización de un trabajador lo pone a merced de malas prácticas de [malos] empleadores. Quizá lo hostilice, quizá empiece a sembrar antecedentes en su contra para una futura desvinculación, quizá lo despidan rápidamente. En líneas precedentes hemos identificado como una extraña omisión, cuando no insólita, la total desprotección contra el desempleo y, más aún, cuando este es producido por voluntad directa del empleador (despido sin causa).

Miremos un caso análogo para luego regresar a los trabajadores *part time*.

Imaginemos el caso de un trabajador que ingresa a la empresa mediante un contrato de trabajo a plazo fijo a jornada completa, y celebra sucesivas renovaciones. Si desea afiliarse a un sindicato mientras su relación sigue siendo

temporal generará, muy probablemente, que llegado el siguiente vencimiento -o subsiguiente si el empleador quiere dejar menos indicios- no le sea renovado el contrato. Recordemos que, por regla general, la no renovación de un contrato a plazo fijo no exige expresar la causa de esa decisión⁹.

Si, por ejemplo, el trabajador a plazo fijo se afilia al sindicato en el día veinte (20) de su contrato o renovación, y la no renovación se produce el día sesenta (60), ¿cómo podría ese trabajador invocar y demostrar que la no renovación se produjo como represalia directa a su afiliación sindical? Obviamente, un empleador mínimamente asesorado no causalizará por escrito que la no renovación se produce precisamente por haberse afiliado al sindicato. Muy probablemente ni siquiera le remitirá una comunicación escrita pues la LPCL no exige escrituración para esta forma de extinción de la relación laboral. Y si acaso remite una comunicación escrita, lo cual es ya bastante improbable, empleará frases construidas asociadas a un deficiente rendimiento o fórmulas similares, que ni siquiera tendría que sustentar. Ese trabajador -ya ex trabajador- tendría que accionar judicialmente y demostrar que la motivación oculta del empleador fue despedirlo por su afiliación sindical a pesar de los cuarenta (40) días entre uno y otro momento. Si el contrato a plazo fijo no estaba desnaturalizado, la carga probatoria se hará más cuesta arriba cuando judicialice el caso.

Bueno pues, problemática similar la tiene también el trabajador a tiempo parcial, con el añadido que lo acompañará durante toda la vigencia de su contrato. Al menos, el trabajador a plazo fijo de nuestro ejemplo podría esperar a que su relación mute a plazo indefinido (por cumplirse el plazo máximo de su respectivo contrato modal) y afiliarse en ese momento. El trabajador a jornada reducida ni siquiera tiene esta posibilidad; un empleador “prudente” esperará un lapso razonable entre que se afilia al sindicato y la fecha elegida para el despido a fin de romper la presunción de antisindicalidad del cese, como en nuestro ejemplo.

Resaltamos que el trabajador a tiempo parcial no tiene protección contra el despido arbitrario pero sí tiene -debiera tener- contra los despidos discriminatorios o lesivos de derechos constitucionales, sancionados con la nulidad conforme

9 Una excepción está contenida en el artículo 6 de la Ley N° 30709 (Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres) y desarrollada en el artículo 12 de su Reglamento (Decreto Supremo N° 002-2018-TR). Por aplicación de estos dispositivos, la no renovación de contrato a plazo fijo de una trabajadora gestante o en periodo de lactancia tendría que obedecer estrictamente a la extinción de la causa objetiva de contratación y el empleador tendría que demostrarlo.

al artículo 29 de la LPCL. Si, en el mismo ejemplo, un trabajador *part time* se afilia el día treinta (30) de su contrato o renovación y es despedido el día treinta y uno (31), muy probablemente quede evidenciada la motivación antisindical del despido y los jueces ordenen su reposición¹⁰.

Un tema adicional que deseamos abordar, ya asumiendo la sindicalización del trabajador a jornada reducida, viene referido a su convivencia sindical con los trabajadores a jornada completa. Puntualmente al goce parcial y no total de los beneficios que puedan pactarse mediante convenio colectivo, delimitando autónomamente su ámbito de aplicación incluyendo a unos y excluyendo a otros.

La autonomía colectiva es “*el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)*” (Villavicencio, 2009, p. 34.). Como tal, la autonomía colectiva reconoce tres manifestaciones del mismo derecho: autonomía reguladora, autonomía normativa y autotutela. Sobre la segunda, las organizaciones sindicales tienen plena capacidad para participar en la generación de normas jurídicas que regulen las relaciones laborales en un determinado ámbito, respetando la jerarquía propia de las fuentes del Derecho del Trabajo, y en la creación de esas normas tienen plena potestad para delimitar el alcance de los acuerdos.

Así, el artículo 28 del Reglamento del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, recientemente modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, señala lo siguiente:

“Artículo 28.- Alcances de la convención colectiva

En la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que acuerden siempre que las mismas no establezcan diferencias injustificadas entre los/as trabajadores/as del ámbito o sean contrarias al ordenamiento jurídico”.

10 Ahora bien, ¿Cómo se ordena judicialmente la reposición de un trabajador a tiempo parcial? ¿En otro contrato a tiempo parcial? ¿No sería acaso caer en un círculo vicioso, sin desprotección y que convertiría a esa sentencia en inútil? Y si acaso se ordena su reposición pero a un contrato a jornada completa, ¿no es una injerencia indebida en la autonomía de los privados? Este sería otro tema para el análisis.

Ya hemos explicado que las diferencias establecidas para el contrato a tiempo parcial y que determinan su limitación en el acceso a prestaciones esenciales, son injustificadas al no existir razones objetivas que las sustenten. Pero finalmente las normas están vigentes y no han sido, a la fecha, objeto de control concentrado de constitucionalidad o legalidad, según el caso. Están ahí, en el ordenamiento jurídico, irradiando todos sus efectos¹¹.

Dicho esto, nos preguntamos ¿hasta qué punto se podría impugnar con éxito un acuerdo o laudo arbitral que, solucionando un pliego de reclamos, excluye del goce de ciertos beneficios al personal que también está comprendido en su ámbito de aplicación pero que está vinculado a través de un contrato *part time*?

La norma antes transcrita reconoce el derecho de las organizaciones sindicales de delimitar el ámbito de aplicación de los productos negociales, siempre que las diferencias no sean “injustificadas”. Lo irónico es que, para el caso de los trabajadores *part time*, esto es precisamente lo que hace el propio Estado, entonces, ¿cómo podría [el Estado] condenar (v.gr. anular) un acuerdo que sigue el mismo derrotero que la norma estatal? Recuérdesse que, por autonomía colectiva, el convenio colectivo es y actúa como norma jurídica¹².

Un pliego de reclamos aprobado por mayoría en asamblea de afiliados -con mayoría de trabajadores con jornada a tiempo completo- que contenga exclusiones para los afiliados *part time*, y que sea recogido así en el convenio colectivo o laudo, será finalmente la voluntad del sujeto colectivo (sindicato). Y si esta voluntad es beneficiar más al personal a jornada completa será, naturalmente, por causa directa de la duración de la jornada pues sentirán que lo merecen más por el mayor tiempo dedicado al trabajo.

A nuestro modo de ver, mientras exista la desigualdad injustificada desde la norma estatal, los sindicatos tendrán la prerrogativa de excluir, parcial o totalmente, de los beneficios convencionales a los trabajadores bajo contrato a jornada reducida. Es la coartada perfecta. Creemos que esto recién podría cambiar cuando el Estado dé el primer paso y enmiende la situación de este grupo en particular.

11 Salvo en lo referido al descanso vacacional, como ya se ha analizado.

12 Aplica también para los laudos arbitrales, conforme al artículo 70 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

V. EL TIEMPO DE REFRIGERIO Y EL CONTRATO PART TIME

Con relación al derecho de los trabajadores de tomar sus alimentos durante la jornada de trabajo, el artículo 7 del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, establece lo siguiente:

“Artículo 7º.- En el caso de trabajo en horario corrido, el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario. El tiempo dedicado al refrigerio no podrá ser inferior a cuarenta y cinco (45) minutos. El tiempo de refrigerio no forma parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto.”

Por su parte, los artículos 14 y 15, éste último en su parte pertinente, de su Reglamento, señalan literalmente que:

“Artículo 14º.- Horario de refrigerio es el tiempo establecido por la Ley que tiene como finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho, y/o al descanso.”

*“Artículo 15º.- En el caso de las jornadas que se cumplan en horario corrido según el artículo 7 de la Ley, el tiempo de refrigerio no podrá ser inferior a cuarenticinco (45) minutos y deberá coincidir en lo posible con los horarios habituales del desayuno, almuerzo o cena. El empleador establecerá el tiempo de refrigerio dentro del horario de trabajo, no pudiendo otorgarlo, ni antes ni luego del mismo.
(...)”*

De una lectura conjunta de estos dispositivos podemos concluir de manera preliminar que: i) el tiempo de refrigerio es un beneficio de los trabajadores que laboran en horario corrido; y ii) el tiempo de refrigerio debe coincidir con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena. Sobre el concepto de horario corrido, más allá de lo obvio del término, lo concreto es que no existe norma alguna en nuestro ordenamiento que defina qué es “horario corrido” a efectos del tiempo de refrigerio¹³.

13 El Convenio OIT N° 1 sobre las horas de trabajo, ratificado por el Estado peruano, tampoco lo hace.

Por otro lado, si encapsulamos el término “horario corrido” y lo analizamos aisladamente, vemos que tampoco precisa si, para que sea corrido, el horario deba reunir un mínimo de horas, por lo que en principio serían tan corridas las jornadas de ocho (8) horas diarias como una de tres (3) horas diarias. Demás está decir que un empleador se aferrará a pensar que un trabajador que labora solamente tres (3) horas diarias no tiene derecho a tiempo de refrigerio y persistirá en esa idea.

Dicho de otro modo, para muchos empleadores los trabajadores a tiempo parcial no tienen, en ningún caso, derecho al tiempo de refrigerio; con lo cual nos permitimos discrepar.

Desde lo semántico, es horario “corrido” o “ininterrumpido” el horario de trabajo que comprende un único intervalo de tiempo y no el que es establecido en turnos y/o fracciones. En otras palabras, para que un horario sea ininterrumpido no debe tener dos horas de inicio ni dos horas de fin de labores, en un mismo día laborable.

Por esa razón, creemos que necesariamente debe ser leído en conjunto con aquello de la oportunidad de su otorgamiento, con lo cual llegamos a la conclusión de que el término “horario corrido” como requisito para tener derecho al tiempo de refrigerio presupone no solo que las labores sean cumplidas en un horario continuado o ininterrumpido sino que dentro de éste se cruce la oportunidad del goce de desayuno, almuerzo o cena, sobre la base de criterios convencionales o consuetudinarios.

Así, solamente tienen derecho al tiempo de refrigerio quienes cumplen un horario de trabajo tal que, justamente por no interrumpirse, están impedidos de dejar temporalmente sus labores y tomar su refrigerio en el momento en que regularmente las personas desayunan, almuerzan o cenan.

Ahora, no todos los trabajadores a jornada corrida *full time* tienen derecho al tiempo de refrigerio por el solo hecho de cubrir una jornada completa; así como tampoco significa que todos los trabajadores a jornada corrida *part time* tienen negado este derecho. En todos los casos es preciso verificar si alguno de los alimentos principales se cruza en el horario corrido pues solo así se sabrá si debe asignarse o no el derecho en cuestión. A modo de ejemplos:

- Un trabajador que cumple una jornada de cuatro (4) horas diarias entre las 9:00 a.m. y la 1:00 p.m., que se considera jornada completa, no ve cruzar ni el desayuno ni el almuerzo dentro de ese intervalo de tiempo. Para nosotros, este trabajador no tiene derecho al tiempo de refrigerio, a pesar de que a efectos laborales es trabajador a jornada completa.
- Un trabajador *part time* que presta servicios en una jornada de tres (3) horas y treinta (30) minutos diarios, entre las 07:00 p.m. y las 10:30 p.m., ve cruzar el momento en que regularmente las personas cenan por lo que, a nuestro criterio, sí tiene derecho al tiempo de refrigerio muy a pesar de su condición de *part time*.

Como se puede apreciar, sí existen situaciones en las cuales los trabajadores a tiempo parcial tengan derecho al tiempo de refrigerio.

No obstante lo expuesto en este acápite, consideramos importante que la norma que regula este derecho -que tiene un componente sanitario y no meramente laboral- precise aún más sus alcances, puntualmente para el caso de trabajadores a jornada reducida.

VI. CONCLUSIONES

Urge una reforma legislativa del contrato de trabajo a tiempo parcial.

Sabemos que, a finales del año 2019 e inicios del 2020, el Ministerio de Trabajo estuvo elaborando una propuesta de modificación del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, que se vio interrumpida por la pandemia de Covid-19 y que motivó, como se entendería natural, el cambio repentino en la agenda normativa. La Autoridad de Trabajo tuvo que virar sus esfuerzos a la emisión de normas que atiendan las nuevas necesidades que se presentaron en esa coyuntura. En todo caso, sabemos que ese proyecto contenía algunas propuestas de mejora de derechos para los trabajadores *part time*. Esfuerzo muy importante pero, a nuestro modo de ver, insuficiente porque las reformas principales necesitan de una norma de rango legal y no reglamentario.

Recientemente, en el año 2022, mediante Resolución Ministerial N° 092-2022-TR el Ministerio de Trabajo ha prepublicado el denominado “Antepro-

yecto del Código de Trabajo” que recoge dos propuestas importantes de cambio: i) la primera, sobre la definición de contrato a tiempo parcial, en el sentido que sea aquel en el cual la jornada sea inferior a la jornada ordinaria en el centro de labores y ya no únicamente aquel por el cual se labora menos de cuatro (4) horas diarias; y ii) la segunda, el acceso irrestricto a los mismos derechos de los trabajadores que laboran a jornada completa, aunque de manera proporcional. Esta iniciativa va más en línea de lo que se necesita porque, de aprobarse, el Código de Trabajo tendrá rango legal. Necesitará, eso sí, la aprobación por parte del Congreso de la República por cuanto el Poder Ejecutivo no tiene facultades para emitir normas de esa jerarquía, salvo delegación del Congreso que de momento no la hay.

Como fuere, estas dos iniciativas, con sus fortalezas y oportunidades de mejora, nos hacen ver que la problemática está en la agenda del Estado pero se requiere incrementar los esfuerzos e involucrar al Sector Privado en el debate porque creemos en el diálogo. Si las normas impactarán en los actores sociales pues hay que escucharlos, no tenemos ninguna duda. El asunto está sobre la mesa y el Consejo Nacional de Trabajo debería ser el espacio propicio.

REFERENCIAS

- Arce, E. (2021). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Palestra Editores.
- Arce, E. (2008). El “laberinto normativo” del contrato a tiempo parcial. *Revista Derecho & Sociedad* (30).
- Balbín, E. (2010). *Regímenes Especiales en la Legislación Laboral Peruana*. IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- García Granara, F. (2003). El Contrato a Tiempo Parcial en el Anteproyecto de Ley General del Trabajo. *Revista Laborem* (3). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Lp. *Pasión por el Derecho*.
- <https://lpderecho.pe/declaran-desnaturalizacion-contrato-tiempo-parcial-excesivas-horas-extras-expediente-2656-2019-0/>

<https://lpderecho.pe/desnaturaliza-contrato-trabajador-tiempo-parcial-horas-establecido-jornada-expediente-20001-2018/>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018). Informe N° 136-2018-MTPE/2/14.1. de la Dirección General de Trabajo.

Montoya, A. (2020). Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos.

Organización Internacional del Trabajo (1936). Convenio N° 52. Convenio sobre las vacaciones pagadas.

Organización Internacional del Trabajo (1994). Convenio N° 175. Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial.

Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Rendón, J. (2008). Derecho de la Seguridad Social. Editorial Grijley.

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2018). Casación Laboral N° 18749-2016-Lima.

Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 004-97-TR.

Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR.

Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Toyama, J. (2020). El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico- práctico. Gaceta Jurídica.

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC (Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175).

Tribunal de Fiscalización Laboral de la Sunafil (2021). Resolución N° 504-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala.

Tribunal de Fiscalización Laboral de la Sunafil (2023). Resolución de Sala Plena N° 003- 2023-SUNAFIL/TFL.

Villavicencio, A. (2009). El principio de autonomía colectiva. En “Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano – Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez”. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial Grijley.

Villavicencio, A. (2010). La Libertad Sindical en el Peru: Fundamentos, Alcances y Regulación. Programa Laboral de Desarrollo (Plades).

El necesario incremento de la licencia por paternidad como señal de compromiso en la vigencia del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales

The necessary increase in paternity leave as a sign of commitment to the enforcement of the principle of equality and non-discrimination in labor relations

CECILIA CALDERÓN PAREDES*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: cecilia.calderonp@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6835-2457>

RESUMEN: La construcción social del rol asociado a la mujer impacta negativamente en la posibilidad de que ejerza libremente su derecho al trabajo, pues las actividades que se le atribuyen no son valorizadas económicamente en la sociedad. Por ello, es necesario emprender acciones dirigidas a eliminar estos estereotipos de género, lo que proponemos se realice a través del derecho a la conciliación.

El presente artículo reflexiona acerca de las licencias por maternidad y paternidad, como manifestaciones del derecho a la conciliación, concluyendo que se requiere incrementar la duración de la licencia por paternidad para promover la participación igualitaria del hombre y la mujer en el cuidado de los recién nacidos.

PALABRAS CLAVE: Igualdad y no discriminación, igualdad material, derecho a la conciliación, trabajo doméstico, roles de género, licencia por paternidad.

ABSTRACT: The social construction of the role associated with women has a negative impact on the possibility of freely exercising their right to work, since the activities attributed to them have no economic value in Peruvian society. Consequently, actions aimed at eliminating these gender stereotypes needs to be taken, which we propose to do through the right to work-family reconciliation.

In this article we reflect on maternity and paternity leave, as manifestations of the right to work-family reconciliation, concluding that it is necessary to increase the duration of paternity leave to promote the equal participation of men and women in the care of newborns.

* Máster en Derecho de las Transacciones Internacionales por el Centro de Estudios Garrigues y la Universidad Antonio de Nebrija, España. Docente de Pre y Posgrado de la UPC. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la misma casa de estudios.

KEYWORDS: Gender roles, maternity leave, paternity leave, principle of equality and non-discrimination, work-family reconciliation.

Recibido: 04/02/2023

Aceptado: 27/02/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes normativos de la licencia por paternidad. 1. *La regulación de origen nacional.* 2. *La regulación de origen internacional.* III. El derecho a la conciliación en la Legislación Peruana: concepto y manifestaciones. 1. *Protección de la madre trabajadora.* 2. *El derecho a la conciliación en el ordenamiento peruano.* 3. *La relación entre el derecho a la conciliación y los derechos de la mujer.* 4. *Otras manifestaciones del derecho a la conciliación.* IV. El sustento constitucional de la licencia por paternidad y los beneficios asociados a su implementación. V. La necesaria mejora de la licencia por paternidad como mecanismo para formentar la igualdad de género. VI. Conclusiones. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de aprobar medidas dirigidas a proteger a la mujer que trabaja a partir de un criterio de diferenciación biológica acompaña el nacimiento de la propia Organización Internacional del Trabajo (a la que en adelante nos referiremos como la OIT).

En efecto, este organismo internacional fue creado en 1919 y fruto de su primera reunión aprobó el Convenio 3, sobre la protección de la maternidad, lo que demuestra que desde sus orígenes la OIT tuvo un especial interés en velar por que la condición de madre no afectase la posibilidad de que la mujer se integre al mercado de trabajo. El texto de este Convenio dispone que es necesario garantizar una ausencia pagada pre y post natal (de al menos seis semanas cada una), descansos de treinta minutos destinados a permitir la lactancia materna e, inclusive, la protección ante un despido motivado en el embarazo o el parto, en favor de la mujer que trabaja en empresas industriales.

Estos son los orígenes del derecho a la conciliación, destinado a armonizar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de otro tipo de responsabilidades, principalmente familiares.

Con el transcurrir del tiempo, los actores sociales comprobaron que las medidas dirigidas a proteger la maternidad generaban un efecto perverso en el

mercado de trabajo, pues se tendía a estigmatizar a la madre trabajadora por el mayor costo que representaba para las empresas (considerando para ello que las ausencias asociadas a la maternidad son retribuidas). Como respuesta, algunos países apostaron por ir un paso más allá, regulando permisos laborales asociados al nacimiento de un hijo, que aplicaban también en favor de los padres, como un recurso para promover la igualdad. Esta decisión, paulatinamente, fue replicada por diferentes países.

Atestiguamos entonces cómo el derecho a la conciliación ha evolucionado, pues no se enfoca solo en la mujer, sino que incluye al hombre como titular de derechos y obligaciones en el plano familiar. Se produce así un cambio de enfoque en la vía legal, que tiene como consecuencia el tránsito de la igualdad formal a la igualdad material entre hombres y mujeres que trabajan.

Pese a ello, éste no ha sido un camino fácil, pues la igualdad material implica no solo un cambio normativo, sino principalmente un cambio social, siendo un ideal que debe plantearse como objetivo de diferentes acciones, las más importantes, quizás, de carácter educativo.

El presente artículo tiene por finalidad hacer un breve recuento de las bases legales que acompañan el surgimiento de la licencia por paternidad, desarrollando brevemente los derechos en los que ésta se apoya y exponiendo su vinculación con la licencia por maternidad, cuya vigencia se refuerza a través de aquélla.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA LICENCIA POR PATERNIDAD

1. La regulación de origen nacional

La licencia por paternidad fue incorporada a la legislación peruana en el año 2009, tras la publicación de la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada.

En sus inicios, esta norma preveía el reconocimiento de cuatro días hábiles consecutivos como licencia por paternidad, los que distaban enormemente del total de noventa días que para ese entonces otorgaba la licencia por maternidad (45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso post natal). Inclusive, cabe destacar que ésta fue ampliada en el año 2015, cuando se publicó la Ley 30367, que reconoce un total de noventa y ocho días de descanso en favor de las madres.

En el año 2018 se publicó la Ley 30807, cuyo artículo único modificó la Ley 29409 incrementando el tiempo de licencia por paternidad a diez días calendario consecutivos, como regla general. De igual forma, se dispuso que, en situaciones especiales (tales como partos prematuros, partos múltiples, nacimiento con enfermedad congénita terminal o con discapacidad severa y complicaciones graves en la salud de la madre), la licencia por paternidad alcance hasta treinta días calendario.

Esta es la regulación vigente a la fecha en Perú, una que pese a reconocer que la licencia por paternidad tiene por objetivo “(...) *promover y fortalecer el desarrollo de la familia* (...)” (Congreso de la República del Perú, 2009, Ley 29409, Artículo 1), concede al hombre que trabaja de forma dependiente un derecho que equivale a aproximadamente una décima parte de la licencia que se reconoce a la mujer que trabaja -también de forma dependiente-.

2. La regulación de origen internacional

Diversas organizaciones internacionales han aprobado normativa dirigida a la protección de la mujer que trabaja y, en algunos casos, se han referido de forma general a los trabajadores con carga y/o responsabilidades familiares.

Sobre el particular, debe tenerse presente que las normas internacionales resultan de obligatorio cumplimiento en nuestro país tras su ratificación, pasando a formar parte de nuestro derecho interno (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 55).

La OIT, por su parte, aprobó en 1919 el Convenio 3, sobre la protección de la maternidad, el que fue revisado en 1952 y dio lugar al Convenio 103, ninguno de los cuales ha sido ratificado por el Estado peruano.

Algunos años más tarde, la OIT aprobó el Convenio 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), el que fue ratificado por el Estado peruano el 10 de agosto de 1970. Esta norma dispone que los países miembros podrán definir diferentes medidas destinadas a satisfacer las necesidades particulares de personas a quienes, entre otras razones, se les reconociera una necesidad de protección o asistencia especial por tener carga familiar (OIT, 1958, Artículo 5).

Por su parte, en 1979 la Organización de las Naciones Unidas (a la que en adelante nos referiremos como la ONU) aprobó la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, la que fue ratificada por el Estado peruano el 13 de setiembre de 1982.

Este instrumento marca un hito en la regulación internacional, pues introduce la necesidad de que los Estados intervengan para transformar la asociación de roles con el sexo de las personas (ONU, 1979, Artículo 5), disponiendo que los Estados deben:

- (i) Modificar patrones socioculturales de conducta, buscando la eliminación de prejuicios y prácticas basadas en (a) la idea de una inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, y (b) funciones o atribuciones estereotipadas de hombres y mujeres; y,
- (ii) Garantizar que la educación familiar incluya un reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en la educación y el desarrollo de sus hijos.

En el mismo sentido, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* insta a los Estados a implementar medidas dirigidas a eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, con el objetivo de asegurarle los mismos derechos que al hombre, en condiciones de igualdad (ONU, 1979, Artículo 11). Para tales efectos, dispone que los Estados deberán aprobar medidas destinadas a:

- (i) Prohibir el despido por motivo de embarazo, licencia por maternidad o estado civil;
- (ii) Implantar una licencia por maternidad pagada;
- (iii) Alentar la creación de servicios sociales de apoyo en el cuidado de niños que permita a los padres combinar sus obligaciones familiares con las responsabilidades del trabajo; y,
- (iv) Proteger a la mujer durante el embarazo, especialmente en las actividades que pudieran afectarlo.

En 1981, la OIT aprobó el Convenio 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, el que fue ratificado por el Estado peruano el 16 de junio de 1986. Respecto de este instrumento, destaca que incorpore en su texto la esencia de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación*

contra la mujer, a la que cita para aseverar que la obligación de los Estados de lograr plena igualdad entre hombres y mujeres requiere “(...) *modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia* (...)” (OIT, 1981, Preámbulo).

Como se aprecia, en el ámbito internacional especializado en el campo laboral el texto del Convenio 156 se refiere por primera vez a los roles o estereotipos sociales, exponiendo la necesidad de modificar estas creencias a través de la actuación de los Estados. Para ello, propone que éstos adopten medidas para asegurar que “(...) *los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia originada en dichas responsabilidades* (...)” (OIT, 1981, Artículo 7).

Hacia el año 2000, la OIT aprobó el Convenio 183, sobre la protección de la maternidad, el que fue ratificado por el Estado peruano el 9 de mayo del 2016. Este instrumento internacional innova en su ámbito al ampliar el alcance de la protección asociada a la maternidad, incluyendo a las mujeres que participan de la economía informal.

Es importante señalar que, por su parte, en 1989 la ONU aprobó la *Convención sobre los derechos del Niño*, la que fue ratificada por el Estado peruano el 4 de setiembre de 1990. Esta norma, como su título adelanta, no tiene por objeto proteger los derechos de la mujer que trabaja, pero reconoce que “(...) *ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño* (...)”, lo que obliga a que los Estados les presten asistencia a través de la “(...) *creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños* (...)” (ONU, 1989, Artículo 18).

Destaca de esta norma la importancia que otorga a que ambos padres compartan las labores que convencionalmente se han entendido como domésticas y asociadas a la mujer, en su rol de madre y ama de casa. En el mismo sentido, nos parece relevante que aporte una óptica distinta a la materia, pues enfatiza en que la participación de ambos padres en la crianza y desarrollo de los hijos no solo es un derecho-deber de ellos sino que es, a su vez, un derecho de los niños, el que los Estados tienen la obligación de garantizar.

Finalmente, a nivel regional, la Organización de Estados Americanos (a la que en adelante nos referiremos como la OEA) aprobó en 1969 la *Convención*

Americana sobre Derechos Humanos, conocida como *Pacto de San José*, ratificada por el Estado peruano el 12 de julio de 1978. Este instrumento dispone que los Estados deben proteger a la familia y, por ello, adoptar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges (OEA, 1969, Artículo 17).

Algunos años después, la OEA aprobó el *Protocolo de San Salvador*, el que se refiere a derechos económicos, sociales y culturales y fue ratificado por el Estado peruano el 17 de mayo de 1995. Este instrumento dispone que los Estados deben comprometerse a garantizar una adecuada protección del grupo familiar, brindando “(...) *atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto* (...)” (OEA, 1988, Artículo 15 - 3 - a).

A partir de esta recopilación de normas internacionales se aprecia cómo desde finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta los organismos internacionales redireccionan sus esfuerzos para garantizar que las responsabilidades familiares sean un deber asumido por ambos padres. En adelante, las normas internacionales no se limitan a proteger a la mujer reconociendo sus diferencias biológicas y el papel que desempeña en la reproducción, sino que incorporan al hombre como otro sujeto de derechos y obligaciones, cuya participación y rol activo en la vida de los niños debe ser garantizada por los Estados.

III. EL DERECHO A LA CONCILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA: CONCEPTO Y MANIFESTACIONES

1. La protección de la madre trabajadora

Históricamente, los Estados han identificado a la mujer que trabaja como un colectivo que requiere de una especial protección, partiendo de reconocer sus diferencias biológicas: por sus características físicas, la mujer tiene un papel importante en la reproducción, así como en los primeros meses del nuevo ser, asociándose su figura a su cuidado y alimentación.

Estas particularidades han generado que, en base a un criterio de diferenciación biológico, la situación de la maternidad permita hacer distinciones en el tratamiento de mujeres y hombres, con el objetivo de salvaguardar la vigencia de otros bienes jurídicamente protegidos, como los derechos a la salud e integridad de la mujer o la vida, integridad y salud del recién nacido.

Como consecuencia de ello, diversas legislaciones han consagrado como derechos de la mujer que trabaja permisos destinados a que ésta pueda ausentarse del trabajo durante el tiempo del embarazo, el parto y el puerperio (licencia por maternidad), así como por un tiempo prudencial destinado a facilitar la lactancia materna (permiso por lactancia). Se trata de licencias que, por su naturaleza y causa, no podrían corresponder al hombre, por lo que por mucho tiempo no se pensó en garantizarle algún derecho similar.

Ahora bien, el transcurso del tiempo y la experiencia determinaron la necesidad de reconocer otras garantías de protección para la mujer, pues se identificó que con frecuencia podía sufrir tratos discriminatorios basados en su condición de madre, los que impactaban negativamente en el ejercicio de su derecho al trabajo.

En nuestro país, el derecho al trabajo está previsto en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú de 1993 (a la que en adelante nos referiremos como la Constitución) y ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como uno cuyo contenido esencial garantiza dos aspectos, a saber, “(...) *acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, (...) no ser despedido sino por causa justa (...)*” (Tribunal Constitucional, 2012, p. 3).

Conforme a ello, la protección del derecho al trabajo de la mujer implicará prohibir, por ejemplo, que las ofertas de trabajo contengan requisitos discriminatorios que anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato (Congreso de la República del Perú, 1997, Ley 26772, Artículo 1), como sucedería si se permitiese requisitos basados en el sexo, la edad o el estado civil de los postulantes.

En el mismo sentido, la salvaguarda del derecho al trabajo de la mujer implicará garantizar que su sexo o cualquier aspecto relacionado a éste (encontrarse en edad fértil o ser madre) no sea un motivo para decidir la extinción del vínculo laboral, por lo cual se prohíbe que el término de éste se base en motivos discriminatorios como la comprobación del estado de embarazo o el encontrarse en periodo de lactancia materna¹. Y es que la discriminación por razón de sexo

1 El literal e) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR dispone que “(...) *se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir (...)*”, siendo ésta una protección aplicable a toda mujer que trabaje, incluyendo a “(...) *la trabajadora durante el periodo de prueba (...) [y] a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial (...)*”.

puede manifestarse de formas distintas e incluye no solo los tratos peyorativos que se fundan en la pura y simple constatación del sexo; sino también las distinciones basadas en razones o circunstancias vinculadas inequívocamente con el sexo de la persona, como sería el caso del embarazo o la lactancia (Tribunal Constitucional, 2008, p. 15).

Ahora bien, aunque el Tribunal Constitucional no comprende como parte del contenido esencial del derecho al trabajo aspectos que se materializan durante el tiempo que la persona se encuentra en el empleo, la vigencia del principio de igualdad de oportunidades garantiza que a lo largo de la relación laboral la trabajadora no se vea afectada por actos discriminatorios asociados a su condición de mujer, en términos generales, o de mujer en edad fértil o de madre, de forma más específica.

En efecto, este principio previsto en el numeral 1) del artículo 26º de la Constitución, dispone que en toda relación laboral se debe respetar “(...) *el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación* (...)”, el que el Tribunal Constitucional reconoce como una manifestación del derecho a la igualdad ante la ley en el ámbito de las relaciones laborales, asegurando su vigencia tanto para el acceso como para el tratamiento de las personas durante el empleo (Tribunal Constitucional, 2008, p. 12).

No obstante, debemos recordar que dentro de los deberes del Estado asociados al trabajo se ha dispuesto la obligación de proteger especialmente a la madre que trabaja (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 23), de lo que se desprende que las garantías asociadas a las trabajadoras que son madres no se limitan temporalmente a las primeras etapas de la maternidad, sino que se extienden a lo largo de la relación laboral.

Casualmente por ello, el Tribunal Constitucional ha reconocido que este deber protector obliga a que los empleadores no incurran en actos discriminatorios por la condición de madre de una trabajadora al momento de ejercer sus facultades de organización y sanción, las que según indica están condicionadas por aquél (Tribunal Constitucional, 2008, p. 16).

Como consecuencia lógica, los empleadores están impedidos de incurrir en el uso de la maternidad (en general y no solo asociada al embarazo o al parto) como criterio que desfavorezca a la mujer al momento de organizar y/o adminis-

trar las relaciones laborales, lo que podría suceder, por ejemplo, si fuese un factor que determinase su retribución, jerarquía, responsabilidades asignadas o ascenso.

En concordancia con esta obligación, la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, modificó la regulación del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que trabajan, disponiendo los siguientes dos aspectos centrales:

- (i) La obligación de establecer requisitos objetivos para el ascenso de los trabajadores, calificando como un acto de hostilidad equiparable al despido su inobservancia, modificación efectuada respecto del literal b) del artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR; y,
- (ii) La igualdad salarial entre hombres y mujeres que cumplan los mismos requisitos de acceso al empleo y desempeñen las mismas labores, materializando así el principio de “a igual trabajo, igual remuneración”, modificación efectuada respecto del artículo 2° de la Ley 26772.

Si bien estos cambios normativos son relativamente recientes (datan de finales del año 2017), son de gran importancia pues tienen por finalidad garantizar la participación de la mujer en el mercado laboral, buscando compatibilizar el rol que comúnmente se le atribuye (la maternidad y el trabajo doméstico) con los criterios que se utilizan para decidir aspectos tan relevantes en el desarrollo del vínculo laboral como el monto de sus ingresos y su promoción.

2. El derecho a la conciliación en el ordenamiento peruano

Además de lo antes expuesto, la Ley 30709 resulta sumamente relevante, ya que sería el origen legal del derecho a la conciliación en nuestro país, al disponer en su artículo 5° que los empleadores están en la obligación de garantizar “(...) *un trato digno, un clima laboral basado en el respeto y la no discriminación [y, además, el derecho a] la compatibilidad de la vida personal, familiar y laboral (...)*”.

Lamentablemente, a la fecha el derecho a la conciliación no ha sido abordado profusamente ni en la legislación, ni en la doctrina o jurisprudencia nacionales; tal y como lo reconoció en el año 2019 al momento sustentar su voto recaído en el Expediente N° 01272-2017-PA/TC el entonces magistrado del Tribunal Constitucional Eloy Espinosa-Saldaña, voto que se estructura a partir de la relación existente entre los roles de género y el derecho a la conciliación.

Así pues, indica Espinoza Saldaña que el derecho a la conciliación suele ser invisibilizado por los estereotipos asumidos socialmente tanto en los centros de trabajo como en espacios sociales y familiares, por los que “(...) *se presume que los hombres, frente a las mujeres, tienen un mayor uso de su tiempo disponible para el trabajo, lo cual se verifica en la diferente carga laboral, en el tipo de responsabilidades encomendadas, en la concesión de permisos personales o familiares, etc. (...)*” (Tribunal Constitucional, 2019, p. 38).

Ahora bien, desde un punto de vista conceptual, para referirnos al derecho a la conciliación adoptaremos la propuesta de Juan Gorelli, quien define este derecho como aquel que permite armonizar el tiempo dedicado a la actividad laboral con el tiempo destinado a cubrir responsabilidades de carácter familiar o personal (Gorelli, 2022, p. 12).

Aunque, como se ha indicado, no es un derecho reconocido de forma expresa en la Constitución peruana, ello no impide que cuente con sustento en este cuerpo normativo, pues la existencia de derechos constitucionales que se materializan a través de la vigencia de la conciliación de la vida laboral y familiar dota de carácter constitucional a este derecho.

El derecho a la conciliación es, por tanto, una herramienta que permite que tanto la madre como el padre participen activa y equilibradamente de la vida familiar, pues les garantiza la posibilidad de distribuir su tiempo y poder asumir responsabilidades tanto en el ámbito laboral (decidiendo libremente participar del mercado de trabajo) como en el doméstico, el que incluye la realización de labores del hogar (cocinar, limpiar, ordenar, hacer las compras de víveres, entre otros) y eventuales labores de cuidado familiar (el cuidado de niños o de adultos con necesidades de asistencia, ya sea por su condición de salud o su edad).

Sobre el particular, resulta importante señalar que se trata de un derecho cuya titularidad no es exclusiva de la mujer, pues no deriva de una condición biológica, sino que es inherente a todo ser humano que, como tal, tiene derecho a que el Estado vele por la protección de la familia y promueva el ejercicio de la maternidad y paternidad responsables, derechos reconocidos en los artículos 4º y 6º de la Constitución, respectivamente.

3. La relación entre el derecho a la conciliación y los derechos de la mujer

Como ha quedado dicho, el derecho a la conciliación es propio de la esfera de derechos de toda persona; no obstante, esto no quiere decir que conceptualmente no haya nacido a partir de una evaluación de la posición desventajosa de la mujer frente al hombre en el mercado de trabajo.

En efecto, nos encontramos ante un derecho que surge como la respuesta de los Estados tras verificar que, una vez que la mujer decidió incorporarse de forma masiva al mercado de trabajo, en la sociedad no se produjo una redistribución espontánea de las labores domésticas, las que se mantuvieron vinculadas a ella (OIT, 2010, p.7).

Ante esta problemática, los países europeos optaron por elaborar políticas enfocadas en conciliar la esfera doméstica y la laboral de forma más equitativa, para lo cual promovieron dos tipos de medidas: los permisos de ausencia retribuida para el cuidado de hijos recién nacidos y la provisión de servicios de cuidado a cargo de los Estados. Al respecto, conviene destacar que aunque la licencia por maternidad existía previamente en muchos países de dicho continente, lo particular del nuevo enfoque es que, para desdibujar los roles tradicionales de género, se creó la posibilidad de que los hombres también pudieran gozar de licencias similares (OIT, 2010, p.8).

Ahora bien, pese a todos los esfuerzos normativos realizados por los Estados, lo cierto es que frecuentemente las medidas aprobadas para proteger los derechos de las mujeres han generado un efecto adverso conocido como *boomerang* (Molero, 2009, p. 232), por el cual el mercado termina asociando a la mujer en edad fértil -muchas veces, incluso sin ser madre- no solo a un mayor costo de nómina sino también a menor disponibilidad para el trabajo e, inclusive, menor compromiso con éste. Ello se debe, como se ha expresado previamente, al paradigma social que relaciona a la mujer como la encargada de las labores domésticas o responsabilidades familiares.

Se trata sin duda de una atribución de carácter cultural, que responde a la construcción de un estereotipo que se apoya en la distribución de labores con la que se cimentaron las sociedades, cuando la función del hombre era ser el proveedor del hogar y la de la mujer, ser la encargada del espacio familiar. Esta es una distribución que en la actualidad tiene gran vigencia en nuestra región,

pues se sabe que en América Latina y el Caribe los hombres dedican en promedio tres veces menos tiempo que las mujeres al trabajo del hogar y de cuidados no remunerados (ONU Mujeres, 2020 como se cita en Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 7).

No obstante, como venimos señalando, esta situación ha sido abordada por los diferentes Estados buscando promover un nuevo paradigma que prevea una nueva distribución de responsabilidades, promoviendo la participación más equitativa de hombres y mujeres en las obligaciones familiares, buscándose desterrar la identificación de roles de género con determinados ámbitos y tareas.

Con este objetivo, se incorporan en las legislaciones la licencia por paternidad y otro tipo de licencias asociadas al cuidado de personas, las que son derechos no privativos de las mujeres, como sí sucedía con la licencia por maternidad, que respondía a un criterio biológico.

Antes de desarrollar qué formas del derecho a la conciliación han sido previstas en el ordenamiento jurídico nacional, consideramos relevante insistir en el papel del Estado en la consagración y garantía del derecho a la conciliación.

En efecto, no debe perderse de vista que, desde los inicios de este derecho, el rol del Estado ha implicado su propia participación activa, siendo su deber no solo legislar para crear obligaciones respecto de los particulares, sino también proveer directamente y a su costo servicios de cuidado que cubran esta labor de forma complementaria.

En el mismo sentido, en vista de que los roles de género son ideas construidas en el imaginario colectivo que se han consolidado con el transcurrir del tiempo, lograr que los hombres compartan responsabilidades domésticas con las mujeres requerirá no solo una acción legislativa o la implementación y masificación de servicios asistenciales de cuidado, sino principalmente de un cambio cultural, que afecte a la sociedad y sea trabajado en sus diferentes esferas (familiar, laboral, social). Conforme a ello, una transformación de esta naturaleza deberá forjarse, en gran medida, en una reeducación de la población, la que podrá impartirse a través de diferentes medios y valiéndose de los principales actores sociales.

Así, en la esfera del trabajo la posición que tiene el empleador en la relación laboral le facilita la posibilidad de impartir conocimiento entre sus trabajadores y combatir a través de esta actividad los estereotipos de género.

A la fecha, por ejemplo, se ha dispuesto la obligación de capacitar a los trabajadores en materia de prevención y sanción del hostigamiento sexual para que puedan identificar y desterrar de sus conductas situaciones que configuran actos de hostigamiento sexual (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019, Artículo 11), concepto que incluye las “conductas sexistas”, definidas como *“(…) comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro (...)”* (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2019, Artículo 3).

Para cerrar este apartado, queremos destacar que el rol del Estado incluye articular y fomentar la participación de los diferentes actores sociales (familias, empleadores, organizaciones sindicales, sociedad civil) para que, desde sus ámbitos y posibilidades, promuevan acciones dirigidas a lograr la vigencia del derecho a la conciliación (OIT & PNUD, 2009, p. 20). Esto sucedería si, por ejemplo, los empleadores de forma voluntaria ofrecieran implementar una política de horario flexible para los trabajadores con responsabilidades familiares; o si, con ocasión de la negociación colectiva, las organizaciones sindicales propusieran la implementación de medidas de conciliación, como una guardería o el otorgamiento de un mayor número de días de licencia por paternidad.

4. Otras manifestaciones del derecho a la conciliación

Como se ha señalado, las labores de cuidado asociadas al ámbito familiar se refieren no solo al cuidado de niños, sino también al cuidado de adultos con necesidades de asistencia, ya sea por su condición de salud o su edad.

Conforme a ello, en el Perú además de la licencia por maternidad y el permiso de lactancia -asociados al cuidado de los hijos con ocasión de su nacimiento-, existen otros institutos jurídicos dirigidos a garantizar la vigencia del derecho a la conciliación, enfocándose en el tiempo requerido para el cuidado de familiares en forma general, como se detalla a continuación:

- (i) La licencia laboral por adopción, prevista en la Ley 27409, que dispone que todo trabajador que haya solicitado adopción de un niño menor de doce años de edad tiene derecho a una licencia con goce de haber equivalente a treinta días naturales, contados a partir del día

siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del Niño.

- (ii) Licencia por familiar enfermo, prevista en la Ley 30012, que dispone que todo trabajador que tenga un familiar (hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente) o persona bajo su tutela o curatela diagnosticada en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, tiene derecho a una licencia con goce de haber de un máximo de siete días naturales, con el objeto de asistirlo.
- (iii) Licencia para asistencia médica de personas con discapacidad, prevista en la Ley 30119, que dispone que todo trabajador que tenga hijos menores de edad con discapacidad, bajo su tutela a personas menores de edad con discapacidad o sean apoyo de una persona mayor de edad con discapacidad en condición de dependencia, que se encuentren bajo asistencia médica y terapia de rehabilitación, tiene derecho a una licencia con goce de haber de hasta cincuenta y seis horas alternas o consecutivas por año calendario.
- (iv) Licencia para asistencia de personas con Alzheimer y otras demencias, prevista en la Ley 30795, que dispone que todo trabajador que sea familiar directo o cuidador de un paciente con Alzheimer y otras demencias, tiene derecho a solicitar a su empleador una licencia de hasta un día de trabajo remunerado por periodo anual, a fin de atender las necesidades del paciente. De igual forma, tiene derecho a solicitar y recibir facilidades extraordinarias, tales como: ajustes en la jornada, horario y/o turnos de trabajo; cambio de la modalidad presencial de trabajo a la de teletrabajo, total o parcial; otros permisos o licencias acordados.
- (v) Licencia por hijo diagnosticado con cáncer, prevista en la Ley 31041, que dispone que todo trabajador que tenga un hijo menor de dieciocho años que hubiere sido diagnosticado de cáncer por el médico especialista, tiene derecho a solicitar a su empleador una licencia con goce de haber no mayor a un año.

Sobre estas licencias, conviene destacar que, en el caso de la licencia por adopción, la regulación vigente evidencia un marcado sesgo hacia la perpetuación de los roles de género, asimilando el papel de la mujer al cuidado de familiares.

En efecto, el artículo 4º de la Ley 27409 dispone que, cuando los adoptantes sean cónyuges trabajadores de un mismo empleador, la licencia por adopción deberá ser tomada por la trabajadora. Curiosamente, una situación similar se preveía en el artículo 6º del Reglamento de la Ley 30119, que concede una licencia para asistencia médica de personas con discapacidad; no obstante, a la fecha esta distinción no se encuentra vigente, pues fue derogada en el año 2019 por el Decreto Supremo N° 009-2019-TR.

IV. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE LA LICENCIA POR PATERNIDAD Y LOS BENEFICIOS ASOCIADOS A SU IMPLEMENTACIÓN

Como se ha adelantado, históricamente la licencia por maternidad ha recibido una justificación basada en un criterio biológico y se sustenta en la protección de los derechos fundamentales a la salud e integridad física de los involucrados, a saber, (i) en el caso de la madre, cubriendo los peligros a los que se expone en la proximidad del parto y su recuperación física de forma posterior a él; y, (ii) en el caso del niño, se le asegura el cuidado de su madre durante los primeros meses de vida, así como una alimentación en un sistema diseñado para garantizar la participación activa de ésta.

Por su parte, la licencia por paternidad no tiene el mismo sustento, pues el papel que tiene el padre con ocasión del nacimiento de un hijo es de carácter más social; no obstante, esto no quiere decir que no cuente con un sustento constitucional que respalde no solo su existencia, sino también su necesidad.

Así, se trata de una licencia que tiene por objetivo que el padre se involucre tanto a nivel instrumental (en la resolución de tareas) como a nivel emocional con el niño, pues aunque su extensión pueda ser menor que la licencia de maternidad, a partir de esta participación se sentarán las bases de una mayor dedicación a lo largo de todo el proceso de desarrollo del niño, lo que visto a futuro será beneficioso tanto para los niños como para la mujer, la que se verá beneficiada por una mejor distribución o reparto del trabajo no remunerado (Meil, 2011 como se cita en Batthyány et al., 2018).

Conforme a ello, a continuación un breve desarrollo del sustento constitucional del derecho a la licencia por paternidad desde la salvaguarda de los derechos constitucionales de las tres personas involucradas en el nacimiento de un hijo:

- (i) En el caso del padre, el otorgamiento de una licencia por paternidad que le permita participar de forma activa en las primeras semanas de vida de su hijo y ser una figura presente desde esta primera etapa de su desarrollo tiene como principal fundamento el derecho-deber constitucional de todo padre de alimentar, cuidar y dar seguridad a los hijos (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 6).

Este derecho-deber se ubica en el capítulo de derechos sociales y económicos de la persona y debe ser interpretado teniendo en consideración que el artículo 4º de la Constitución impone no solo al Estado sino a la comunidad en general, la obligación de proteger especialmente al niño y a la madre quienes, como se aprecia en los siguientes numerales, se benefician no solo de la existencia de la licencia sino también de la mayor extensión que ésta pueda alcanzar.

De igual forma, que la legislación disponga del otorgamiento de una licencia por paternidad contribuye a la vigencia de su derecho fundamental a la igualdad ante la ley (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, numeral 2 del Artículo 2), pues le permite compartir las primeras semanas de vida de el niño sin que su sexo sea motivo de discriminación respecto de la participación que, por otro lado, se garantiza a la madre.

Inclusive, el reconocimiento de una licencia por paternidad permite la vigencia del derecho del padre a su libre desarrollo, en su vertiente de elección y realización de su personalidad (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, numeral 1 del Artículo 2), la que puede identificarse en el ámbito personal y familiar a partir de las elecciones realizadas respecto de los hijos, entre ellas, la decisión de tenerlos, cómo criarlos y cuál será la interacción y grado de cercanía que se tenga con ellos.

Respecto de los efectos positivos de la participación de los padres en la crianza y cuidado de los hijos, es importante tener presente que ésta cotidianamente les genera mayor bienestar y sentido de vida (Levtov *et al.*, 2015; UNICEF, 2020; como se cita en Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 21), así como una mayor conciencia respecto del cuidado de su propia salud (lo que a su vez incrementa el tiempo y

calidad de vida del padre), siendo menos propensos al abuso de alcohol y drogas y más productivos en el trabajo (Aguayo *et al.*, 2017; UNICEF, 2020; como se cita en Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 21).

- (ii) En el caso de la madre, que la legislación disponga del otorgamiento de una licencia por paternidad contribuye a la vigencia de sus derechos fundamentales a la integridad física y psíquica, así como al libre desarrollo de su personalidad (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, numeral 1 del Artículo 2).

Esto se debe a que contar con el apoyo y compañía del padre, con quien comparte de forma más equitativa responsabilidades de cuidado y crianza de los hijos, le permite recuperarse física y anímicamente después del parto, así como distribuir mejor su tiempo e invertirlo también en ella misma (lo que podrá permitir que la madre estudie, trabaje o realice cualquier otra actividad para su propio disfrute y beneficio), no estando obligada a destinar todo su tiempo y energía exclusivamente a la ejecución de labores en el hogar o al cuidado familiar.

Recordemos además que, por el especial deber de protección que tiene el Estado respecto de la madre (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 4), resulta necesario que vele por su salud y bienestar, así como por la facilitarle condiciones que permitan su desarrollo y realización personal, lo que incluye la posibilidad de elegir si desea trabajar y aportar económicamente a su hogar.

Ahora bien, la participación activa de los padres en la crianza y cuidado de los hijos tiene diversos efectos positivos para la madre siendo el más lógico, desde luego, que reduce la carga de cuidado que comúnmente recaería en ella.

Adicionalmente, diversos estudios asocian la existencia de un padre involucrado a una disminución del nivel de estrés materno y a un incremento de su bienestar; inclusive, las posibilidades de que la madre trabaje en una actividad remunerada aumentan, lo que impactaría positivamente en la economía familiar y social y en su empoderamiento (Barker, 2003 y Allen y Daly, 2007; como se cita en Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 17).

En el mismo sentido, estudios más recientes han identificado que un padre involucrado se asocia a una menor incidencia de depresión posparto en las mujeres y a un mayor uso de servicios de salud materno-infantil (Yargawa y Leonardi-Bee, 2015; como se cita en Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 18), ambas situaciones que benefician la salud de la madre y el hijo.

- (iii) En el caso del niño, que la legislación disponga del otorgamiento de una licencia por paternidad contribuye a la vigencia de sus derechos sociales, como el tener una familia y que sus progenitores puedan ejercer una paternidad y maternidad responsables (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículos 4 y 6, respectivamente).

De igual forma, la participación activa del padre en la crianza y cuidado de los hijos favorecer una mejora de la salud física y mental de ambos padres, lo que a su vez crea un ambiente familiar más saludable y seguro para el menor, garantizándole mejores condiciones para su desarrollo, contribuyendo así a la vigencia de los derechos a la salud y bienestar del niño (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 7 y numeral 2 del Artículo 2, respectivamente).

Al respecto, el impacto favorable de la licencia por paternidad en la salud del niño ha sido verificado a través de estudios, los que destacan su aporte al desarrollo humano en la primera infancia y lo asocian positivamente con el desarrollo cognitivo y socioemocional del niño y con la mejora en la tasa de lactancia materna, la que a su vez favorece a la nutrición y desarrollo de defensas del niño (IPC-IG & UNICEF, 2020, p. 25).

Sumado a ello, estudios recientes revelan que el papel activo del padre en las tareas del hogar tiene consecuencias beneficiosas para la vigencia de la equidad de género en las siguientes generaciones, permitiendo que los hijos varones se involucren con más frecuencia en el trabajo del hogar en su vida adulta y que las hijas mujeres crezcan con mayor sentido de autonomía y empoderamiento (Aguayo *et al.*, 2017; citado por Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 15).

V. LA NECESARIA MEJORA DE LA LICENCIA POR PATERNIDAD COMO MECANISMO PARA FOMENTAR LA IGUALDAD DE GÉNERO

Aunque la igualdad de género es un objetivo que perseguimos como sociedad, la participación de la mujer en el mercado de trabajo evidencia que, como país, nos encontramos lejos de lograrlo.

Efectivamente, mientras que la distribución del trabajo continúe basándose en una marcada división sexual (que reserva a los hombres el quehacer productivo y a las mujeres el reproductivo), la tasa de la actividad laboral remunerada presentará siempre una importante brecha de género, siendo mayoritariamente masculina, como consecuencia de la poca participación de los hombres en las labores domésticas.

Es por ello que la regulación laboral tendrá un rol importante en la estrategia que adopte el Estado para eliminar la desigualdad y, aunque no sea la herramienta que permita lograr los mayores cambios materiales en la sociedad (pues, como se ha dicho, la modificación del ideario colectivo depende en gran medida de la educación), en vista de que el trabajo remunerado es el principal sostén de los hogares, resulta de gran necesidad que se aprueben iniciativas legislativas destinadas a fomentar la vigencia del derecho a la conciliación.

Sobre el particular, aunque el derecho a la conciliación puede desarrollarse a través de distintas acciones y no se relaciona únicamente al nacimiento de un hijo, en la actualidad las licencias por maternidad y paternidad son quizás el símbolo de este derecho y, casualmente por ello, resulta contradictorio que su regulación mantenga tan distante la extensión de ambas, más aun considerando que la ONU ha establecido la importancia del uso de las licencias laborales para lograr la igualdad de género, señalando que cuando éstas se diseñan apuntando a reducir la marcada diferencia existente entre el tiempo que dedican al cuidado los hombres y las mujeres, pueden mejorar los niveles de igualdad (IPC-IG & UNICEF, 2020, p. 28).

Dados los múltiples beneficios que conlleva una participación más activa del hombre en el cuidado y crianza de los hijos, y con el objetivo de marcar el inicio de un programa de conciliación, consideramos necesario que el Gobierno evalúe realizar un incremento del número de días comprendidos en la licencia por paternidad, el que debiera garantizar como mínimo que el padre participe

de todo el periodo previsto legalmente para el postparto -a la fecha, 49 días naturales-.

La elección de este plazo no es arbitraria, sino que coincide con el tiempo que el legislador ha estimado apropiado conceder a la mujer tras el parto. Ciertamente, nos parece una elección objetiva y justa, pues al coincidir con el nacimiento del menor y extenderse a lo largo del tiempo que corresponde a la licencia por maternidad postnatal, la licencia por paternidad permitirá que el padre participe y se involucre en la crianza del niño desde sus primeros días y, además, apoye a la madre no solo en su cuidado sino también en la realización de las actividades que se requieran en el hogar (recordemos que la naturaleza del postparto tiene como parte de sus objetivos que la mujer recupere su salud, lo que podrá lograr de forma más eficiente si cuenta con apoyo en casa).

Para finalizar, queremos resaltar que las acciones tendientes a la igualdad de género suelen tener un impacto positivo que trasciende al objetivo perseguido por cada medida, pues la vigencia de un principio como el que comentamos promueve un ambiente de respeto por las personas.

Así, por ejemplo, según estudios realizados en México, un reparto más equitativo de las tareas domésticas y la labor de cuidado genera una reducción en la tasa de violencia doméstica, la que disminuye cuando se compara hogares en los que se aplica la corresponsabilidad con relación a hogares en los que estas labores se encargan exclusivamente a la mujer (ONU Mujeres, 2020 como se cita en Iniciativa Spotlight & UNFPA, 2021, p. 20).

VI. CONCLUSIONES

1. Aunque el mayor acceso a la educación por parte de las mujeres permita el incremento en su participación en el mercado de trabajo, las relaciones de género actuales aún se manifiestan bajo una gran desigualdad, teniendo como base la existencia de roles asociados a la división del trabajo del hogar y de cuidados no remunerados entre hombres y mujeres.
2. El derecho a la conciliación nace como un instrumento destinado a materializar el derecho a la igualdad de oportunidades para la mujer en el campo del trabajo.

3. El derecho a la conciliación genera grandes desafíos educativos para el Estado, el que deberá encargarse de articular sus actividades a distintos niveles y fomentar la participación de los actores sociales (familias, empleadores, organizaciones sindicales, sociedad civil) para que, desde sus ámbitos y posibilidades, promuevan acciones dirigidas a lograr la vigencia de aquél.
4. Los principales objetivos del Estado al elaborar los programas de conciliación consisten en, (a) proteger el derecho de las mujeres a acceder al mercado de trabajo y a permanecer en él, sin que su situación familiar sea un factor de discriminación; y (b) fomentar el derecho de los hombres a participar activamente en la vida familiar, sin que ello sea un factor de discriminación en su lugar de trabajo.
5. La licencia por paternidad permite la participación e involucramiento del padre en las primeras semanas de vida del recién nacido, lo que sentará las bases de una mayor dedicación a lo largo de todo su proceso de desarrollo, situación que tendrá efectos beneficiosos no solo para el niño sino también para la madre, pues al redistribuirse el trabajo no remunerado, la labor doméstica ya no se asociará de forma exclusiva a la mujer, lo que la acercará a participar del mercado laboral remunerado en igualdad de condiciones con el hombre.

REFERENCIAS

- Batthyány, K., Genta, N., & Perrotta, V. (2018) *Uso de licencias parentales y roles de género en el cuidado*. SNIC Universidad de la República. Recuperado a partir de https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2018/8/snc_gua%20parentales_web.pdf?la=es&vs=624
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*
- Congreso de la República del Perú. (2020). *Ley 31041, Ley de urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente*
- Congreso de la República del Perú. (2018). *Ley 30795, Ley para la prevención y tratamiento de la enfermedad de Alzheimer y otras demencias*.

- Congreso de la República del Perú. (2018). *Ley 30807, Ley que modifica la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada.*
- Congreso de la República del Perú. (2017). *Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres.*
- Congreso de la República del Perú. (2015). *Ley 30367, ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.*
- Congreso de la República del Perú. (2013). *Ley 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la Terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.*
- Congreso de la República del Perú. (2013). *Ley 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.*
- Congreso de la República del Perú. (2009). *Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada.*
- Congreso de la República del Perú. (2001). *Ley 27409, Ley que otorga licencia laboral por adopción.*
- Congreso de la República del Perú. (1997). *Ley 26772, Ley que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato.*
- Centro Internacional de Políticas para el Crecimiento Inclusivo (IPC-IG), & Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2020). *Maternidad y paternidad en el lugar de trabajo en América Latina y el Caribe — políticas para la licencia de maternidad y paternidad y apoyo a la lactancia materna.* Editorial IPC-IG y UNICEF - Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Gorelli Hernández, J. (2022). Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de estudios de Género*, 7(2), 10-43. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6941>

Iniciativa Spotlight, & Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). (2021). *Paternidad activa: la participación de los hombres en la crianza y los cuidados*. Editorial Iniciativa Spotlight.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2019). *Decreto Supremo 014-2019-MIMP del 22 de julio de 2019. Que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*.

Molero Suárez, M. (2009). Maternidad, paternidad y Estado: Los derechos de conciliación como desarrollo del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. *IUS ET VERITAS*, 19(39), 224-243. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12177>

Monterroza Baleta, V. (2020). La legislación sobre licencias de maternidad y paternidad como factor de igualdad entre hombres y mujeres: el caso colombiano. *Precedente. Revista Jurídica*, 17, 69-96. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18046/prec.v17.4381>

Organización de Estados Americanos (OEA), *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*, 17 Noviembre 1988.

Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 22 Noviembre 1969.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2010). *Trabajo decente y corresponsabilidad social en el cuidado: Retos en el camino hacia la igualdad*. Editorial OIT.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), & Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2009) *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Editorial OIT-PNUD.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio N. 183 sobre la protección de la maternidad*, 15 Junio 2000.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio N. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, 23 Junio 1981.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio N. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 25 Junio 1958.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio N. 003 sobre la protección de la maternidad*, 29 Noviembre 1919.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Convención sobre los derechos del niño*, 20 Noviembre 1989.

Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 Diciembre 1979.

Rodriguez Escanciano, S. (2004). La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León. *Revista de investigación económica y social de Castilla y León*. (7). 1-235.

Tribunal Constitucional del Perú. (5 Marzo 2019). STC N° 01272-2017-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01272-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (22 Octubre 2012). STC N° 00263-2012-AA/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00263-2012-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú. (6 Noviembre 2008). STC N° 05652-2007-PA/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05652-2007-AA.pdf>

Igualdad salarial: desarrollos actuales, perspectivas y debates

**Equal pay: current developments,
perspectives and debates**

IVÁN BLUME MOORE*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: iblume@estudiorodrigo.com
<https://orcid.org/0000-0001-7578-0054>

RESUMEN: Este artículo hace un repaso de las principales tendencias y perspectivas actuales sobre la igualdad salarial. Revisa los desarrollos recientes en el ordenamiento jurídico peruano, incluyendo las resoluciones sobre la materia expedidas por el Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL. Asimismo, presenta un panorama sobre los nuevos enfoques e instrumentos que se están impulsando desde ámbitos como la Unión Europea y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para reducir la brecha salarial. En particular, analiza el creciente debate alrededor de las medidas de transparencia salarial.

PALABRAS CLAVES: Igualdad salarial, Ley No. 30709, inspección laboral, Tribunal de Fiscalización Laboral, Organización Internacional del Trabajo - OIT, pago igual por trabajo de igual valor, transparencia salarial

ABSTRACT: This article presents the main trends and perspectives regarding equal pay. To do so, it reviews recent developments in the Peruvian legal system, including the resolutions issued by the Oversight Labor Tribunal (Tribunal de Fiscalización Laboral). Likewise, is an overview of the new approaches and instruments that are being promoted by the European Union, the International Labor Organization (OIT). In particular, it analyzes the growing debate over wage transparency measures.

KEYWORDS: Equal pay, Law No. 30709, labor inspection, Oversight Labor Tribunal, International Labor Organization - ILO, equal pay for work of equal value, salary transparency

Recibido: 02/02/2023

Aceptado: 27/02/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

* Asociado Senior del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Master of Industrial and Labor Relations (MPS), Cornell University. Abogado por la Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho a la no discriminación salarial en Perú: avances y vacíos. III. Resoluciones relevantes del TFL sobre igualdad salarial. IV. Tendencias internacionales: la transparencia salarial. V. Conclusiones. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Los esfuerzos por reducir las brechas en los salarios entre diversos grupos protegidos, en especial entre hombres y mujeres, están siendo incorporados de manera cada vez más frecuente en regulación específica. En el Perú, desde 2017 se cuenta con la Ley No. 30709 que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Su reglamento y guías, sumadas a la jurisprudencia y a las decisiones del nuevo Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, constituyen un importante marco normativo que debe ser conocido y adecuadamente entendido por los empleadores y trabajadores. Al mismo tiempo, es importante que los involucrados en la gestión laboral de las empresas estén al día sobre el estado de los debates no solo nacionales sino globales alrededor de las medidas para lograr una mayor equidad salarial, así como de los instrumentos y recomendaciones que se están promoviendo desde organismos como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este artículo presenta un repaso de las principales tendencias, desafíos y oportunidades para la gestión legal de las relaciones laborales que se desprenden de esos diversos desarrollos y referentes. En primer lugar, presenta un resumen del estado de avance del marco normativo que surge de la citada ley y de la jurisprudencia que se ha desarrollado alrededor de su aplicación. A continuación, examina varias decisiones recientes del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL y subraya los aspectos más relevantes que se deben tener en cuenta por parte de los empleadores. Por último, revisa a partir de documentos de la OIT los debates alrededor de las normativas sobre transparencia salarial que se están impulsando en varios países como instrumento para promover una mayor equidad salarial en el empleo.

II. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN SALARIAL EN PERÚ: AVANCES Y VACÍOS

La Ley No. 30709 representó un hito en la legislación laboral nacional al introducir con claridad mecanismo para implementar en la práctica el principio

de pago igual por trabajo de igual valor. Desde 1959, por medio de la Resolución Legislativa No. 13284, Perú incorporó a su ordenamiento jurídico el Convenio No. 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, el cual había sido adoptado por la Conferencia General de la organización el 6 de junio de 1951. Dicho Convenio abordaba ya la necesidad de un pago igual por trabajo de igual valor, pero hasta antes de la aprobación de la Ley No. 30709 se había avanzado muy poco en la incorporación efectiva de este principio en la legislación peruana, por lo que no había pasado de ser una declaración de buenas intenciones.

En contraste, el reconocimiento del derecho a la no discriminación se ha traducido en una serie de obligaciones muy concretas para los empleadores. En efecto, garantizar este derecho supone adoptar medidas e intervenciones que permitan superar de manera activa las barreras estructurales que históricamente han afectado a determinados grupos o colectivos. Específicamente, con la citada ley se introdujo el concepto de pago igual por trabajo de igual valor (no solo por igual trabajo) que implica adoptar instrumentos de valoración objetiva de los puestos de trabajo. Por objetiva, nos referimos a que se encuentre soportada en criterios claramente establecidos que eviten caer en sesgos frecuentes, como la subvaloración de los trabajos que tradicionalmente han sido considerados “femeninos”.

El marco normativo asociado a esa ley incluye, entre otras:

- El Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo No. 002-2018-TR
- Decreto Supremo No. 005-2018-TR, mediante el cual el Ministerio de Trabajo emitió disposiciones para garantizar el cumplimiento de esta normativa
- Resolución Ministerial No. 243-2018-TR que establece una guía con las pautas referenciales de evaluación de los puestos de trabajo, la definición y el modelo del cuadro de categorías y funciones, y el contenido mínimo referencial de la política salarial
- Guía Metodológica para la Valoración Objetiva, sin Discriminación de Género, de Puestos de Trabajo y Elaboración de Cuadros de Categorías y Funciones, expedida por Resolución Ministerial N° 145-2019-TR.

A partir de lo anterior, se establecen tres obligaciones claras para los empleadores: i) tener una política salarial, ii) comunicar esa política salarial a sus empleados y iii) contar con un cuadro de categorías y funciones. Ante cualquier reclamo o requerimiento, el empleador debe estar en capacidad de demostrar que las diferencias salariales dentro de su organización son consistentes con su política salarial, coherentes con el cuadro de categorías y funciones y suficientemente conocidas por los trabajadores. Debe demostrar además que dicha política no da lugar a discriminación directa o indirecta por razón del sexo de los trabajadores. Esto se aplica también a otras formas de discriminación (por motivos de raza, de religión, etc.) y a discriminaciones atípicas, como una eventual discriminación salarial de un hombre.

Según el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento “todo empleador tiene la facultad de establecer sus políticas remunerativas, fijar los requisitos para la percepción de la remuneración o beneficios de cualquier otra índole y determinar sus montos, sin incurrir en discriminación directa o indirecta por motivo de sexo”. La discriminación directa ocurre cuando existe una diferencia salarial motivada explícitamente por el sexo de los trabajadores. La indirecta es cuando el empleador establece políticas salariales aparentemente neutrales, pero que afectan más a un grupo protegido en particular.

En cuanto al mecanismo objetivo de evaluación de los cargos, la Guía señala que “(...) las organizaciones pueden utilizar la metodología que se adapte a sus necesidades, siempre que ésta posea una evaluación objetiva de los puestos de trabajo y esté sujeta a criterios de categorización que no se basen en el género de los trabajadores”. La metodología más comúnmente usada consiste en evaluaciones que comparan el valor relativo de los puestos de trabajo a partir de valoraciones de aspectos como el grado de responsabilidad o las habilidades, competencias o esfuerzos requeridos.

Este ejercicio de valoración objetiva es especialmente relevante para comparar puestos de trabajo en que predominan mujeres con aquellos que suelen ser mayoritariamente desarrollados por hombres. En palabras de Marie-Thérèse Chicha (2008), autora de una importante guía sobre evaluación no sexista publicada por la OIT, “se sabe que los prejuicios y los estereotipos relativos al trabajo de las mujeres son dos de las principales causas de su infravaloración y su mala remuneración. Por tanto, es preciso determinar desde el primer momento los

empleos de la empresa en que predominan las mujeres, dado que pueden ser objeto de discriminación salarial, y los empleos en que predominan los hombres, a fin de compararlos y evaluar las diferencias de remuneración” (p.19).

La Resolución Ministerial No 145-219-TR proporciona una guía metodológica para realizar este tipo de valoraciones. Sin embargo, el literal 2 del artículo 3 del Reglamento señala que el empleador puede utilizar cualquier metodología de evaluación, siempre que demuestre que no implica discriminación directa o indirecta por motivo de sexo. Es decir, la guía es un referente, no una obligación.

Es importante señalar que no toda desigualdad salarial es necesariamente discriminatoria. La norma admite excepciones en las que trabajadores que realizan labores consideradas de igual valor pueden percibir salarios distintos. El artículo 6 del Reglamento enumera explícitamente varias excepciones, si bien no las desarrolla y deja además abierta la posibilidad a otros criterios de diferenciación que podrían ser considerados aceptables:

“6.1. Por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el lugar de trabajo, entre otros”.

Además de estas excepciones, el Reglamento considera en su artículo 7 una situación excepcional que puede ser considerada como justificación admisible de diferencias salariales y que corresponde a una práctica de recursos humanos conocida en inglés como “red circling”. Ocurre cuando se dan reestructuraciones organizacionales o ajustes dentro de la entidad en las que uno o varios trabajadores pasan a desempeñar una labor de menor valor a la que venían realizando, pero se mantiene su salario. También puede ocurrir por situaciones individuales como incapacidades temporales o permanentes. El Reglamento lo contempla de la siguiente manera:

“El empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o

ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo”.

Adicional al Reglamento y a las guías mencionadas, la Autoridad Inspectiva de Trabajo (SUNAFIL) ha expedido los protocolos y directivas para la fiscalización de las obligaciones en Materia Remunerativa Previstas en la Ley. Sin embargo, las reglas de juego no están completamente claras para los diferentes actores involucrados. Existen vacíos de interpretación, desconocimientos por parte de los trabajadores y empleadores e incluso inconsistencias en la aplicación de las normativas por parte de los inspectores laborales. Es de esperar que las decisiones del Tribunal de Fiscalización Laboral contribuyan a hacer claridad y a subsanar dichos vacíos.

III. RESOLUCIONES RELEVANTES DEL TFL SOBRE IGUALDAD SALARIAL

El Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) es un órgano colegiado con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia con respecto a procedimientos sancionadores laborales. Si bien estaba contemplado desde la Ley 29981 de 2013 que creó la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), el TFL solo empezó a funcionar en enero de 2021 y expidió la primera resolución el 7 de mayo de 2021.

Constituye la última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, cuando se interpone el recurso de revisión. Conforme con el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 004-2017-TR, el Tribunal tiene las siguientes competencias a nivel nacional:

- a) Resolver en última instancia administrativa los procedimientos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión.
- b) Expedir resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia, para el sistema general de Inspección del Trabajo.

- c) Adoptar Acuerdos Plenarios que establezcan criterios y disposiciones generales que permitan uniformizar las resoluciones en las materias de su competencia.
- d) Resolver las quejas por denegatoria del recurso de revisión.
- e) Otras que determinen las leyes y normas reglamentarias.

Cabe señalar que el Sistema de Inspección del Trabajo en general debe seguir los precedentes de observancia obligatoria establecidos por el TFL. Además, este órgano colegiado está facultado para adoptar acuerdos plenarios mediante los cuales se establecen criterios laborales generales con la finalidad de darle uniformidad a las resoluciones administrativas en las materias de su competencia. El empleador puede presentar ante el Tribunal recursos de revisión contra resoluciones administrativas de segunda instancia que sancionen por infracciones tipificadas como muy graves. La resolución de esta instancia con respecto al recurso de revisión agota la vía administrativa.

Las funciones que se le otorgan a esta instancia buscan hacer predecible el proceso de fiscalización laboral y brindar seguridad jurídica a quienes son sujetos de dichos procesos. Varias de las resoluciones expedidas hasta ahora por el TFL constituyen precedentes o establecen criterios generales que deben tenerse en cuenta en la aplicación de la normatividad sobre igualdad salarial.

Por ejemplo, por medio de la Resolución 924-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, se pronunció sobre la obligación de contar con una política salarial y cuadro de categorías y funciones contenida en la Ley 30709 y su Reglamentos. La resolución hace algunas aclaraciones importantes en cuanto la publicación de la política salarial. El Tribunal recuerda la obligación contenida en la Ley y su Reglamento de que la política salarial sea informada mediante reuniones individuales o colectiva o a través de comunicaciones escritas detalladas. Añade una precisión importante respecto a la comunicación por medios digitales. No basta con poner la política en la intranet corporativa ni con enviarla masivamente. El empleador debe evidenciar que adoptó una estrategia activa para difundir la política y debe estar en capacidad de demostrar a quiénes les llegó la información en caso de que la envíe por correo electrónico.

Por otro lado, en la misma resolución, el TFL se refiere a la Guía Metodológica aprobada por la resolución ministerial 243-2018. El Tribunal señala que,

para no incurrir en infracciones administrativas, los empleadores deben seguir la metodología contemplada en la guía en cuanto a la valoración objetiva de puestos de trabajo y la definición de los cuadros de categorías y funciones. De esta manera, el Tribunal estaría haciendo obligatoria una Guía que la misma resolución que la expidió presentaba como una referencia. Además, como ya se mencionó, el Reglamento señala que el empleador puede utilizar cualquier metodología de evaluación, siempre que demuestre que no implica discriminación directa o indirecta

Otras resoluciones del Tribunal se ocupan de las tensiones que pueden surgir entre la necesidad de una política salarial que se adapte a las dinámicas del mercado y a la complejidad de las relaciones laborales y las medidas para impedir la discriminación salarial. En particular, revisan la aplicación de los criterios objetivos que la norma contempla como excepciones admisibles. Recordemos que en el artículo 6 del Reglamento se enumeran entre estos criterios: “la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo y el lugar de trabajo”.

112

En lo que se refiere específicamente a la antigüedad, en la Resolución N° 002-2021-SUNAFIL/TFL el Tribunal estableció un criterio de observancia obligatoria que la considera un factor objetivo para establecer diferencias salariales entre trabajadores que realizan trabajos de igual valor. Estas diferencias se pueden establecer tanto unilateralmente como mediante convenio colectivo. En línea con lo dispuesto por la Casación Laboral No. 6783-2018, el TFL señala que el reconocimiento de la trayectoria laboral de los trabajadores no constituye un acto de discriminación laboral. Recoge, sin embargo, una preocupación que varios estudios han mencionado sobre los sesgos que este criterio puede tener en contra de la remuneración de las mujeres¹: “los pagos de remuneraciones que establezcan distinciones basadas en la antigüedad, pueden ser objeto de análisis de la Inspección del Trabajo, a fin de determinar si dichas distinciones generan alguna situación de discriminación indirecta, especialmente, en el caso de las mujeres, quienes podrían sufrir un número mayor de interrupciones en su récord laboral para atender responsabilidades familiares”.

1 Al respecto, ver por ejemplo Eyraud, Igualdad de Remuneración y Valor del Trabajo en Países Industrializados, 1993; p. 246.

Otra categoría mencionada entre las excepciones admisibles sobre la que se ha pronunciado el TFL es el perfil académico. A través de la Resolución de la Sala Plena No. 006-2022, el TFL analizó la formación académica como causa objetiva propuesta por el empleador para justificar la diferencia salarial entre un grupo de trabajadores y estableció un precedente de observancia obligatoria sobre el principio de primacía de la realidad aplicado a la igualdad salarial. El Tribunal encontró que, tal como lo alegaba el empleador, la trabajadora afectada no contaba con el grado de bachiller ni con título profesional como sí lo tenían los trabajadores de referencia. Consideró, sin embargo, que esto no constituía una diferencia objetiva pues realizaba las mismas labores. Según el Tribunal, “estos trabajadores realizan la misma función (...) sin que el empleador haya tenido el cuidado de evitar utilizar a personal (en este caso, la trabajadora objeto de análisis) con calificaciones insuficientes”.

Esto subraya que no basta con que exista un criterio de diferenciación que la norma considere una excepción aceptable. Es necesario que el empleador demuestre que esa diferencia está sustentada en la realidad, en la política salarial conocida por sus empleados y que es coherente con su cuadro de categorías y funciones. Hay que señalar que, en este caso específico, la resolución del TFL no presenta un análisis de estos documentos a la luz de los hechos descritos.

Mientras que del lado de los empleadores no siempre hay una comprensión adecuada sobre cómo implementar de manera coherente y consistente las medidas que le permiten demostrar que las diferencias salariales dentro de su organización no son discriminatorias, hay varios casos que muestran poco dominio por parte de los inspectores encargados de hacer cumplir este tipo de norma sobre qué se puede considerar discriminación.

En concreto, podemos mencionar tres resoluciones de la TFL que revocan sanciones que se habían impuesto por supuestas violaciones a la igualdad salarial y que demuestran la impericia de las instancias previas de la SUNAFIL para identificar correctamente la existencia o no de causas objetivas de diferenciación salarial entre los trabajadores.

La primera de ellas se refiere a una posible discriminación a los trabajadores sindicalizados que afectaría, además de la igualdad salarial, el respeto a la libertad sindical. La Resolución N°103-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala aborda un caso en que se sancionó a una empresa por otorgar beneficios a trabajadores no

sindicalizados. El TFL señala que los inspectores no valoraron si estos beneficios estaban sustentados en una causa objetiva establecida en la política salarial, por lo que no se podía afirmar si reflejaba un acto discriminatorio antisindical. De esta manera, el Tribunal corrobora que no toda diferencia salarial es discriminación. Lo que permite determinar si ocurrió o no un acto discriminatorio son las causas que explican esa diferencia. Para que no constituya una infracción al derecho a la no discriminación, el empleador debe estar en capacidad de demostrar que corresponde a una excepción admitida por la norma y que está sustentada en su política salarial.

Otro caso similar en que la TFL revocó una sanción por supuesta discriminación laboral se encuentra en la Resolución N° 120-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala. Este se refiere a una empresa del sector salud que otorgó una bonificación focalizada en los profesionales médicos, químicos, dentistas, farmacéuticos y cirujanos que cumplan con una serie de requisitos previamente establecidos en la política salarial. Los trabajadores que no recibieron dicha bonificación consideraron que habían sido discriminados, pero el Tribunal encontró que no cumplían con los requisitos previamente establecidos por la política salarial o no habían iniciado el trámite requerido para ser beneficiarios de ella.

Por último, vale la pena mencionar la Resolución N° 269-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, que reitera explícitamente la validez de criterios objetivos de diferenciación salarial que estén contemplados previamente en la política salarial de la empresa. En resumen, el TFL resaltó que constitucionalmente se admiten diferencias salariales entre trabajadores si se demuestra que se basan en motivos considerados razonables por la Ley, como la antigüedad de los trabajadores, el mérito o la calidad o cantidad de producción. Para ello es necesario que estén debidamente acreditadas “bajo escalas o jerarquías remunerativas concretas, de tal manera que los trabajadores, y en especial la autoridad inspectiva, compruebe su compatibilidad frente al principio de igualdad”. Las instancias inferiores habían determinado que, si bien existen criterios para la diferencia salarial, el empleador no había acreditado que estos eran factores válidos de diferenciación.

En síntesis, las decisiones del TFL subrayan la importancia de poder sustentar las causas objetivas de diferenciación salarial entre los trabajadores. Muestran también que, pese a la mayor seguridad jurídica que se espera que brinde esta

instancia, persisten elementos de incertidumbre en la interpretación del marco legal sobre igualdad salarial.

IV. TENDENCIAS INTERNACIONALES: LA TRANSPARENCIA SALARIAL

No hay que perder de vista que los conceptos y principios que están detrás de las normativas descritas y de su aplicación se inscriben en tendencias, preocupaciones y debates de alcance global. La constatación de la persistencia de brechas entre los salarios de hombres y mujeres, incluso en países desarrollados con altos niveles formales de igualdad en el acceso a las oportunidades ha llevado a redoblar los esfuerzos para encontrar mecanismos efectivos para el cierre de esa brecha.

En ese sentido, la noción de “pago igual por trabajo de igual valor”, que ya aparecía en el Convenio No 100 sobre igualdad de remuneración de la OIT adoptado en 1951, ha ido adquiriendo cada vez mayor relevancia. Como lo explica un documento reciente de esta organización internacional:

“La igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor es una condición necesaria para acabar con las diferencias salariales entre hombres y mujeres. Esto es así debido a que, en las economías modernas, el principal motor de la diferencia salarial entre hombres y mujeres es la propia infravaloración del trabajo de las mujeres y no tanto el hecho de que las mujeres reciban un menor salario que los hombres por el mismo trabajo (Meyersson Milgrom, Petersen y Snartland 2001) (...) Todo esto supone un reto, ya que no es fácil detectar la desigualdad salarial por un trabajo de igual valor. Hace falta una cuidadosa evaluación del trabajo que aplique criterios objetivos y comunes, tales como las competencias pertinentes, la formación, la experiencia laboral relevante y las condiciones de trabajo” (OIT, 2022; 3)

Los efectos de la pandemia le dieron un carácter de urgencia a estas preocupaciones. Los sectores en donde tradicionalmente ha estado concentrado el empleo femenino, como los de servicios personales y cuidado remunerado, que son los que suelen ser infravalorados, fueron también los más afectados por las medidas de distanciamiento social. Es decir, muchas mujeres que recibían bajas remuneraciones, tenían una protección social inadecuada y asumían una carga desproporcionada del cuidado no remunerado se quedaron sin empleo en

proporción mayor que los hombres, lo que supuso un retroceso en la igualdad y puso al descubierto su mayor condición de vulnerabilidad.

Como respuesta, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo hizo en junio de 2021 un “Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente” (OIT, 2021). En este, se reconoce la mayor afectación de las mujeres, “debido entre otras causas a que están sobre-representadas en los sectores más afectados” y puso de presente la necesidad de que la recuperación tuviera una perspectiva de género (p.3).

Es en ese contexto que organismos internacionales como la OIT, ONU-Mujeres, la OECD y la Unión Europea están promoviendo nuevos instrumentos para superar el cierre de brechas (ONU Mujeres 2020; OCDE 2021; Aumayr-Pintar 2021). En particular, están tomando fuerza en estas organizaciones y en varios países la promoción de la transparencia salarial como una herramienta para reducir las diferencias en las remuneraciones entre hombres y mujeres. Dentro de este término se engloban distintas medidas y estrategias que van desde la publicación periódica de las remuneraciones por parte de las empresas hasta ejercicios de auditorías salariales.

El supuesto sobre el que se promueven estas medidas es que estas permiten “revelar el sesgo o la discriminación de género en las prácticas salariales, con la idea de que el hecho de revelar tal sesgo o discriminación puede llevar a otras acciones que hagan frente y resuelvan las posibles brechas salariales de género” (OIT, 2022; p.5). Es decir, se concibe como parte de un proceso que debería conducir a la empresa a adoptar medidas concretas para alcanzar una mayor equidad en los salarios, ya sea por su propia iniciativa o como parte de negociaciones con los trabajadores.

El año pasado la Unión Europea adoptó una directiva sobre transparencia salarial para todos sus países miembros (Consejo de la UE, 2022). En otros países por fuera de la UE, como Canadá, Chile, Islandia y Estados Unidos, se han adoptado estos mecanismos o se está discutido su adopción (OIT, 2022). Si bien cada país incorpora diversos enfoques, la transparencia salarial suele incluir las siguientes herramientas:

- **Informes de transparencia salarial.** Periódicamente, el empleador debe presentar un informe sobre los salarios y las diferencias retributivas existentes entre hombres y mujeres. La presentación suele tener que hacerse ante los representantes de los trabajadores y/o ante una agencia del gobierno. La obligación suele variar en función del tamaño de las empresas.
- **Auditorías de igualdad salarial.** Va más allá de la comunicación de la información y requiere que el empleador evalúe las razones de las diferencias salariales identificadas. Se utiliza en varios casos como base para establecer diálogos con los representantes de los trabajadores y/o los sindicatos para establecer acciones conjuntas de superación de las brechas salariales.
- **Derecho de los empleados a solicitar información sobre la retribución.** Dependiendo de las legislaciones, este derecho se puede ejercer directamente de manera individual o por medio de un representante de los trabajadores. Entra en tensión con el derecho de otros trabajadores a la reserva y privacidad sobre su información personal, por lo que algunos países requieren de una autorización previa de los trabajadores sobre los que se pide revelar el salario.
- Adicionalmente, en algunos países se han desarrollado herramientas y aplicaciones digitales para facilitar la organización, publicación y evaluación de las diferencias salariales.

La OIT, en alianza con otras organizaciones, realizó en 2021 una evaluación preliminar del impacto de estos mecanismos y de la percepción de los involucrados. En general, las conclusiones consideran que la legislación sobre transparencia salarial es una herramienta potencialmente útil, pero también reconocen que no existe una única solución para todos los países (OIT, 2022; 56-57).

Aunque como lo admite el mismo estudio es aún muy temprano para tener suficientes elementos de valoración sobre la efectividad de la transparencia salarial, el documento presenta una síntesis de los principales argumentos que se dan en favor y en contra de la igualdad salarial que nos parecen son de interés y relevancia para nuestro medio.

Los argumentos a favor incluyen el cumplimiento del principio económico general de la reducción de las asimetrías de información como forma de

alcanzar una mayor eficiencia en la asignación de los precios y los recursos: “La transparencia salarial supone una mejora directa de la información disponible en el mercado laboral, por lo que redundará positivamente en la capacidad de todos los agentes para fundamentar sus elecciones y tomar decisiones” (p. 6). En términos de su impacto en la reducción de la brecha salarial entre hombre y mujeres, citan un estudio de 2014 de la Comisión Europea que estima un impacto acumulado de las diferentes medidas de transparencia salarial de entre 1,65 por ciento y el 4,33 por ciento (Comisión Europea, 2014).

En cuanto a los argumentos en contra, se refieren sobre todo a las dificultades prácticas de la implementación de las medidas y a las tensiones con el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales. Los informes y auditorías salariales significan cargas administrativas para las empresas, sin que haya necesariamente una percepción clara del beneficio. Por el contrario, pueden suponer riesgos de sanciones o insatisfacciones de los empleados, por lo que son altas las posibilidades de evasión e incumplimiento. Al mismo tiempo, hay preocupaciones por el efecto en la confidencialidad de la información sobre las remuneraciones que suele estar protegida por el derecho a la protección de datos personales. Si bien en algunos países las disposiciones obligan a que no se revelen los datos individuales de los salarios, sino agregados por categorías y géneros, no es fácil garantizar en un universo relativamente pequeño como una empresa que la información no permita deducir las remuneraciones personales.

Al respecto, vale la pena recordar que en Perú el tratamiento de este tipo de datos está regulado por la Ley No. 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP). Es además un derecho constitucional consagrado en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución, el cual señala que “(...) los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Como regla general, el tratamiento de datos personales requiere del consentimiento previo, libre, expreso, inequívoco e informado del titular de los datos. El consentimiento relativo a datos sensibles, por ejemplo, la información relativa a los ingresos económicos de una persona, debe ser obtenido por escrito. La información de las boletas de pago contiene información sobre el salario de los trabajadores y, por tanto, ostenta una especial protección, por lo que revelarlos sin consentimiento puede vulnerar la esfera más íntima de la persona. Además de la vulneración de derechos, no

es claro el efecto que esto pueda tener en las relaciones interpersonales entre los trabajadores y en el clima laboral.

Adicional a las anteriores dificultades, hay dudas sobre la efectividad de estas medidas para alcanzar el objetivo que se proponen. Algunos enfoques teóricos consideran que la transparencia salarial no necesariamente redundaría en mejores retribuciones para las mujeres. Por ejemplo, Cullen (2021) plantea un modelo que predice una menor capacidad de negociación individual de los salarios por efecto de la transparencia, lo que llevaría a menores diferencia, pero también a una reducción de los salarios promedio. Es decir, la brecha entre hombres y mujeres se cerraría, pero vía menores salarios para todos. Esto, sin embargo, contrasta con lo encontrado en estudios empíricos como los de Böhmeim y Gust (2021), quienes muestran una reducción de las brechas de género en las grandes empresas posterior a la adopción de medidas de transparencia salarial, sin efecto estadísticamente significativo en los salarios masculinos.

En síntesis, si bien aún no se tiene información suficiente para evaluar la utilidad de las medidas de transparencia salarial, la atención y los debates que está suscitando señalan una tendencia que no se puede desconocer y frente a la que se debe estar preparado, reconociendo sus potenciales riesgos y beneficios para la gestión de las relaciones laborales.

V. CONCLUSIONES

1. El marco normativo que surge a partir de la Ley No. 30709 que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres va más allá de disposiciones generales sobre igualdad salarial y supone la puesta en práctica del principio de pago igual por trabajo de igual valor.
2. Además de la adopción de las medidas contempladas en la mencionada Ley y su correspondiente Reglamento, es importante que los empleadores comprendan e incorporen de manera coherente a su política salarial conceptos como el derecho a la no discriminación, el pago igual por trabajo de igual valor y las causas objetivas de las diferencias salariales.
3. Si bien las Autoridades Laborales han expedido diversas guías y protocolos, las reglas de juego no están completamente claras para los

diferentes actores involucrados. Existen vacíos de interpretación, desconocimientos por parte de los trabajadores y empleadores e incluso inconsistencias en la aplicación de las normativas por parte de los inspectores laborales.

4. Se espera que las decisiones del nuevo Tribunal de Fiscalización Laboral contribuyan a hacer claridad y a cubrir dichos vacíos. Esta instancia empezó a funcionar en 2021 y ya ha expedido resoluciones sobre esta materia que constituyen precedentes o establecen criterios generales para la aplicación de la normatividad sobre igualdad salarial. Varias de esas resoluciones subrayan la importancia de poder sustentar las causas objetivas de diferenciación salarial entre los trabajadores. Muestran también que, pese a la mayor seguridad jurídica que se espera de esta instancia, persisten elementos de incertidumbre en la interpretación del marco legal sobre igualdad salarial.
5. Finalmente, no hay que perder de vista que los conceptos y principios que están detrás de las normativas descritas y de su aplicación se inscriben en tendencias, preocupaciones y debates de alcance global. En ese sentido, es importante identificar desde ya los potenciales riesgos y oportunidades de las medidas de transparencia salarial que están siendo promovidas por organizaciones como la OIT, ONU-Mujeres, la OECD y la Unión Europea.

REFERENCIAS

- Aumayr-Pintar, Christine (2021). “Gender Pay Transparency: Advancing the Cause through a Truly European Proposal”. Blog de Eurofound, 18 de junio.
- Balta Varillas, José (1995). ¿Qué es Discriminación en el Empleo? En Revista Jurídica del Perú No. 1, Año XL. Enero-marzo de 1995. Editorial Normas Legales.
- Baker, Michael y Gunderson, Morley (2002). “Allowable exceptions and Pay equity” (Informe inédito solicitado por el Pay Equity Task Force). Citado en: Pay Equity Task Force Final Report (2004). p. 358.

- Böheim, René, y Sarah Gust (2021). “The Austrian Pay Transparency Law and the Gender Wage Gap”, documento de trabajo CESifo núm. 8960.
- Casación Laboral No. 6783-2018-Expedida por la Corte Suprema de Justicia
- Comisión Europea (2014) “Impact Assessment on Costs and Benefits of Measures to Enhance the Transparency of Pay”, documento de trabajo de los servicios de la Comisión.
- Consejo de la UE (2022) “El Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo provisional para cerrar la brecha salarial entre hombres y mujeres” Comunicado de prensa- 15 de diciembre de 2022
- Cullen, Zoe B. 2021. “Equilibrium Effects of Pay Transparency”, documento de trabajo de la Oficina Nacional de Investigación Económica núm. 28903.
- Chicha, Marie-Thérèse (2008) “Promoción de la igualdad por medio de la evaluación no sexista de los empleos: guía detallada”. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Eyraud, François (1993) “Igualdad de Remuneración y Valor del Trabajo en Países Industrializados”.
- Gunderson, Morley (1994). “Comparable Worth and Gender Discrimination: An international Perspective” International Labour Office.
- Meyersson Milgrom, Eva M., Trond Petersen y Vemund Snartland (2001). “Equal Pay for Equal Work? Evidence from Sweden and a Comparison with Norway and the U.S” *Revista Escandinava de Economía* 103 (4): 559–583.
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). 2021. Herramientas de transparencia salarial para cerrar la brecha salarial de género.
- OIT (1951), *Convenio sobre igualdad de remuneración*, (núm. 100). www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C100
- OIT (2021) *Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente*. Adoptada por La Conferencia General de la Organización In-

ternacional del Trabajo. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_806097.pdf

OIT (2022) *Legislación sobre transparencia salarial: Implicaciones para las organizaciones de empleadores y trabajadores*. Ginebra

ONU Mujeres (2020). “Todo lo que debe saber sobre promover la igualdad salarial”, Comunicado de prensa, 14 de septiembre de 2020.

Pay Equity Task Force Final Report (2004). “Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right. Ottawa (Canadá): Departamento of Justica Canadá.

Oelz, Martin; Olney, Shauna y Tomei, Manuela (2013). “Igualdad salarial: Guía introductoria”. Ginebra (Suiza): Oficina Internacional del Trabajo-OIT.

Tribunal de Fiscalización Laboral (2021), Resolución de la Sala Plena No. 006-2022

Resolución N° 002-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Resolución N° 120-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Resolución N° 269-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Resolución N°103-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

Tribunal de Fiscalización Laboral (2022), Resolución 924-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

El acceso al empleo de las personas con discapacidad con motivo del estado de pandemia

Access to employment for people with disabilities due to the state of pandemic

KARLA GIAMNINA CÁNOVA TALLEDO*

Universidad de Lima

(Lima, Perú)

Contacto: karla.canova@laborasac.com

<https://orcid.org/0000-0002-3951-8216>

ANDREA JIMENA NORONHA RAMOS**

Pontificia Universidad Católica del Perú

(Lima, Perú)

Contacto: andrea.noronha@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6410-3135>

CARLA ANDREA QUIROZ SERRATO***

Universidad de Lima

(Lima, Perú)

Contacto: carlaqs98@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0886-6760>

123

-
- * Abogada por la Universidad de Lima. Magister en Occupational Safety and Health por la Universidad de Torino – Italia. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla-España. Directora del Programa de Seguridad, Salud y Bienestar de la Escuela de Post Grado de UPC. Actualmente se desempeña como docente en la Universidad de Lima. Ex directora de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS) y de la Sociedad Peruana de Salud ocupacional (SOPESO). Codirectora de la Secretaría Administrativa Permanente de la Asociación Latinoamérica de Salud Ocupacional –ALSO 2021-2023. Código Orcid: 0000-0002-3951-8216
- ** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del Grupo de Estudios de la Organización Social y el Empleo (GEOSE). Ha realizado prácticas preprofesionales en el área laboral de diversas empresas del sector privado dedicadas a la consultoría jurídica y pertenecientes al sector financiero.
- *** Egresada de la carrera de Derecho por la Universidad de Lima. Asistente legal en Labora & Asociados SAC. Ha sido directora de la Comisión de Eventos de la revista de Derecho Athina de la Universidad de Lima. Reconocida como Lideresa Juvenil de la Municipalidad de Lima. Colaboradora en la construcción de Agenda Joven en representación de las Juventudes de Lima Metropolitana. Representó al Perú como promotora de la Red Internacional de Promotores ODS.

RESUMEN: La situación de las personas con discapacidad en estado de emergencia sanitaria ha sido de especial atención por el Estado considerando el nivel de afectación frente al mercado de trabajo. Por ello, resulta importante conocer sobre las disposiciones legales dictadas en este contexto, así como las políticas y acciones concretas adoptadas que procuran el respeto por los derechos de este grupo vulnerable, específicamente en lo relativo al acceso al empleo y las condiciones de los puestos y entornos de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Trabajadores, discapacidad, trabajo, limitaciones, seguridad y salud, políticas, pandemia.

SUMMARY: The situation of people with disabilities in a state of health emergency has received special attention from the state, considering the level of impact on the labor market. For this reason, it is important to know about the legal provisions issued in this context, as well as the policies and concrete actions adopted that seek respect for the rights of this vulnerable group, specifically with regard to access to employment and the conditions of the positions and work environments.

KEYWORDS: Workers, disability, work, limitations, safety and health, policies, pandemic.

Recibido: 03/02/2023

Aceptado: 27/02/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: Introducción. I. Marco Normativo. 1. *Normativa Internacional*. 2. *Normativa Nacional*. II. Limitaciones para la contratación de personas con discapacidad. III. Limitaciones emergentes tras la pandemia. IV. Combatiendo las limitaciones. V. Estadística. VI. Reflexiones Finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Entre los tantos problemas que hemos tenido que enfrentar en estos últimos tiempos con motivo del estado de pandemia, ha sido el relacionado a las limitaciones del acceso al empleo especialmente de los grupos vulnerables, más aún, cuando muchas medidas adoptadas para mitigar el impacto del COVID19 atendían a la realización del trabajo remoto, lo que como consecuencia trajo que muchos sectores se vean afectados y se reduzca el empleo de una manera significativa afectando especialmente a las personas con discapacidad.

En esta línea, respecto de la situación de las personas con discapacidad se detectó un mayor índice de exclusión y discriminación, limitaciones para la formación y educación en el uso de tecnología que permitiera su participación en el mercado de trabajo y, consecuentemente dificultades importantes de acceso al empleo o lo que es peor, la contratación en empleos precarios.

A la fecha, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), mantiene como información que en nuestro país el 5,2% de la población, esto es, 1 millón 575 mil personas presenta algún tipo de discapacidad. De este total, el 52,1% son mujeres que equivale a 820 mil 731 personas y 47,9% son hombres (754 mil 671)¹. Es importante anotar que, durante la pandemia, diversos estudios, identificaron que las mujeres fueron gravemente impactadas, considerando la aparición de riesgos emergentes y múltiples limitaciones para acceder al trabajo formal por lo que tuvieron la imperiosa necesidad de migrar al mercado informal con la finalidad de conseguir recursos para la sostenibilidad familiar.

Por lo anterior, resulta necesario conocer sobre las disposiciones legales y medidas dictadas para las personas con discapacidad y evaluar realmente si fueron eficientes para velar por los derechos de este grupo vulnerable, considerando que el Estado peruano, debe respetar lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que hace referencia al nivel de vida adecuado y a la protección social, asimismo, refuerza la importancia de que los Estados redoblen las medidas y acciones para asegurar un acceso en condiciones de igualdad a los programas de protección social y para que las personas puedan gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

I. MARCO NORMATIVO

1. Normativa internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada en diciembre de 1948, es el documento que marca la pauta para el desarrollo de los diversos derechos que la persona posee, es así que, en dicho documento, se contempló en varios de sus artículos el derecho a la igualdad desde diversos ámbitos incluyendo la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades, la no discriminación, incluso la igualdad salarial.

De forma posterior, el 27 de junio de 1983 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo, el mismo que fue ratificado por Perú y lo obliga como Estado miembro a tomar acción respecto de las políticas públicas para el

1 Obtenido en: <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-peru-1-millon-575-mil-personas-presentan-alg/>

fomento del empleo de personas con discapacidad, basándose así en el principio de igualdad de oportunidades y de trato para dicho grupo de trabajadores.

Si bien contábamos con instrumentos que intentaban desarrollar cada vez más los derechos y la protección especial de las personas con discapacidad, no fue hasta el 01 de diciembre de 2006 que se adoptó el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad, el mismo que un año después fue ratificado por Perú y desarrollaba de forma amplia la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, buscando garantizar el goce pleno de los mismos. De esa forma, en dicho convenio se pueden encontrar diversas referencias al derecho al acceso al empleo de las personas con discapacidad, su derecho a contar con los ajustes razonables y que se desarrollen políticas públicas que permitan que se inserten en el mercado laboral.

En esa misma línea, la Agenda 2030 adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”), ha establecido como octavo objetivo el trabajo decente y crecimiento económico. Al respecto, el trabajo decente implica proteger los derechos laborales y promover un ambiente de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios (Organización Internacional del Trabajo, 2017). Es así como, aun cuando no existe referencia expresa a las personas con discapacidad, se entiende que, al ser un grupo vulnerable a abusos laborales, discriminación, trato desigual, así como los migrantes, cuentan con una especial protección y requieren del desarrollo de políticas públicas e instrumentos normativos que permitan que tal protección sea verdaderamente efectiva.

2. Normativa nacional

En el plano nacional, la Constitución Política del Perú de 1993 ha reconocido en su artículo 22 al trabajo como un derecho y un deber para la realización de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, quienes a pesar de las diversas limitaciones que puedan tener, tienen derecho a contar con un trabajo decente con condiciones adecuadas según sus necesidades.

Por ello, a la fecha contamos con la Resolución Ministerial No. 030-2021-MIMP la cual contiene la Política Nacional en Discapacidad para el Desarrollo (en adelante, “la Política”) y detalla como problema público una “discriminación

estructural hacia las personas con discapacidad”. Sobre el particular, dicha política ha desarrollado ciertos lineamientos y objetivos estratégicos de cara a poder establecer de forma clara el nivel de intervención de la Política, para ello, se ha propuesto los siguientes objetivos: (i) Fortalecer la participación política y social de personas con discapacidad, (ii) Reducir los niveles de pobreza monetaria en las personas con discapacidad, (iii) Asegurar el acceso y cobertura de servicios integrales de salud para las personas con discapacidad, (iv) Garantizar servicios educativos que permitan alcanzar niveles de aprendizaje adecuados a las personas con discapacidad, (v) Promover actitudes sociales favorables hacia las personas con discapacidad, (vi) Asegurar condiciones de accesibilidad en el entorno para las personas con discapacidad y (vii) Fortalecer la gestión pública en materia de discapacidad.

De esa forma, resulta relevante cuestionarnos si es que dentro de esos objetivos prioritarios se han establecido lineamientos que nos permitan que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo en igualdad de condiciones y que cuenten con condiciones seguras de trabajo, lo cual se encuentra reflejado en la mejora de la empleabilidad e incremento de competencias laborales de este grupo de personas a través de certificaciones, tales como las brindadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asimismo, otro de los lineamientos incluidos dentro del segundo objetivo prioritario de la Política, incluye buscar condiciones que promuevan la inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral; sin embargo, en dicho aspecto no hemos podido identificar un servicio en concreto que se haya propuesto por parte de la Política, por el contrario, actualmente contamos con herramientas como la cuota de discapacidad que buscan promover la inclusión de personas con discapacidad en el mercado laboral pero la misma no ha sido efectiva desde su creación, ello se refleja en el hecho de que para el año 2021 de un total de 824 empresas, solo 88 de ellas cumplían con la cuota de discapacidad (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, 2022), esto es un aproximado del 10% de las empresas fiscalizadas por Sunafil, resultando evidente que las actuales herramientas no resultan siendo efectivas y que tampoco se han propuesto nuevos métodos para la inclusión en el mercado laboral de las personas con discapacidad.

En esa misma línea, durante la pandemia generada por la COVID-19 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1460 que establece disposiciones de prevención y protección para las personas con discapacidad ante la emergencia

sanitaria ocasionada por el COVID-19, que tenía como finalidad garantizar los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos, el derecho al trabajo. Dicha normativa buscó promover la aplicación del trabajo remoto para personas con discapacidad cuyas labores sean compatibles con dicha modalidad previo acuerdo con su empleador tanto en el sector público como el privado, lo cual resulta beneficioso para dicho grupo de trabajadores, salvo en los casos en las que las actividades realizadas por los mismos no eran compatibles con el trabajo remoto y pasaban a una licencia con goce de haber compensable de acuerdo a lo establecido en la norma, generando así una gran cantidad de horas por compensar que en muchos casos aún no terminan de ser compensadas.

Asimismo, meses antes de la declaratoria de pandemia, se publicó, el Decreto Supremo 001-2020-TR, que aprueba los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el Sector Público, el cual tenía como finalidad establecer lineamientos claros para el otorgamiento de los ajustes razonables en el lugar de trabajo de servidores públicos con discapacidad. Si bien esta norma se enfoca en el sector público, es importante que se haya establecido un procedimiento claro de identificación de servidores públicos con discapacidad y con plazos para el otorgamiento de los ajustes razonables, dado que, la celeridad en este tipo de procedimientos debe ser prioritaria para que estos ajustes se otorguen de forma oportuna. Asimismo, rescatamos el hecho de que como disposición complementaria transitoria se establezca el teletrabajo como ajuste razonable, aun cuando para la fecha de publicación de dicha norma la regulación del teletrabajo no había sido modificada y era más compleja de aplicar, señalando indicios de que nos estábamos por trasladar de forma casi forzosa a una realidad cada vez más digital y al más grande cambio en las formas de trabajar.

En lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo, encontramos la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (PNSST) al 2030, aprobada mediante Decreto Supremo No. 0018-2021-TR la cual ha identificado como problema público el desarrollo limitado de la seguridad y salud en el trabajo, el mismo que se debe a: (i) débil institucionalidad del Estado frente a la SST, (ii) débil gestión de la SST en la empresa y (iii) entorno desfavorable para el trabajador. Es así que, teniendo en cuenta la complejidad del problema público identificado y sus principales causas, es que la PNSST ha establecido cinco obje-

tivos prioritarios de cara al 2030, los mismos que son detallados a continuación: (i) Garantizar la gestión y capacidad institucional articulada en materia de SST, (ii) Construir una cultura de prevención de riesgos en el entorno laboral, (iii) Incrementar el aseguramiento de las y los trabajadores frente a riesgos laborales, (iv) Mejorar las condiciones de seguridad y salud en el entorno laboral de las y los trabajadores y (v) Incrementar los niveles de cumplimiento de la normativa de SST en el sector público y privado.

Si bien el cuarto objetivo prioritario de la PNSST incluye dentro de los diversos tipos de trabajadores a las personas con discapacidad, lo cierto es que aun cuando se ha identificado la necesidad de trabajar en políticas públicas direccionadas a este tipo de grupo vulnerable, la PNSST no ha contemplado ningún lineamiento específico para el cumplimiento de tal objetivo. Ello a excepción del segundo objetivo prioritario relativo a la prevención de riesgos que cuenta con un lineamiento claro sobre la elaboración y adaptación de normas desde la perspectiva de la discapacidad, los demás objetivos prioritarios no cuentan con ningún lineamiento que haga referencia a las personas con discapacidad cuando este tipo de personas no solo necesitan conocer los riesgos que implican la realización de sus labores, por el contrario, como primer paso es necesario trabajar en políticas públicas que permitan el efectivo acceso al empleo de las personas con discapacidad y la implementación de ajustes razonables para que puedan realizar sus labores de forma adecuada y segura, siendo así verdaderamente incluidos dentro del mundo laboral y consiguiendo el trabajo decente en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible.

Por su parte, la Ley de Seguridad de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley No. 29783 (en adelante, “LSST”), en su artículo 64 establece el deber del empleador en garantizar la protección de trabajadores con discapacidad, con principal énfasis al momento de identificar peligros y riesgos debido a que, al contar con alguna discapacidad, se encuentran expuestos a una diversidad de riesgos incluso mayores al de un trabajador regular, más aún, en un tiempo de emergencia sanitaria.

Al respecto, a juicio propio, si bien resaltamos los esfuerzos del legislador por incluir de forma expresa estos deberes relacionados a los ajustes razonables aun cuando el trabajador con discapacidad labore desde su domicilio, ello no es más que una aclaración de lo establecido tanto por la Ley de Seguridad y

Salud en el Trabajo, la misma que independientemente de la modalidad en la que se presten los servicios del trabajador y de su condición, siempre deberá ser el empleador quien garantice la seguridad del mismo y de que cuente con un ambiente adecuado para la realización de sus labores, aun cuando durante los años 2020 al 2022 se haya aplicado el trabajo remoto sin disposiciones claras para este grupo de trabajadores.

La Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley No. 29973, establece que toda persona con discapacidad tiene derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás y sobre todo, bajo condiciones de trabajo justas, seguras y saludables. Es por ello, que los ajustes razonables para los lugares de trabajo en donde personas con discapacidad se desempeñen no solo deben ser aplicados bajo una modalidad de trabajo presencial, sino también bajo las modalidades a distancia, en las que debe ser el empleador quien asuma bajo su propia cuenta y riesgo el costo de los ajustes razonables en los espacios de teletrabajo de este grupo de personas.

Cabe anotar, que la nueva Ley de Teletrabajo, Ley No. 31572, pendiente de reglamentación, ha hecho referencia a la entrega de equipos en función a la implementación de los ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan realizar las labores asignadas por su empleador, pero, además de ello, ha establecido la posibilidad de que de forma preferente, este grupo de trabajadores pueda solicitar la realización de sus labores bajo dicha modalidad a distancia, siempre y cuando las mismas sean compatibles con el teletrabajo, permitiendo que estas personas no tengan la necesidad de trasladarse al centro de trabajo. Si bien resulta un avance el hecho de que las personas con discapacidad puedan solicitar el cambio de modalidad presencial a teletrabajo, aún queda mucho por hacer, pues el DS 001-2020-TR que regula lo relativo a los “ajustes razonables” únicamente alcanza al sector público.

Ahora bien, durante la redacción del artículo se publicó mediante Resolución Ministerial No. 347-2022-TR, el proyecto de reglamento del teletrabajo, el cual dispone en el Art. 15 el deber del empleador de verificar que el teletrabajador cuente con las condiciones y/o herramientas necesarias para poder realizar sus funciones de forma adecuada, de lo cual, se puede entender que en caso el teletrabajador con discapacidad no cuente con tales condiciones, las mismas deberán ser implementadas a costo del empleador.

Asimismo, en el artículo 33 del referido proyecto de reglamento establece la necesidad de crear políticas públicas de teletrabajo en favor de la población vulnerable, dentro de los cuales se encuentran las personas con discapacidad para quienes el teletrabajo significa la eliminación de barreras en el acceso al empleo y de trabajar en condiciones más seguras desde el domicilio donde incluso -muchos de ellos- ya cuentan con el equipamiento necesario para realizar diversas actividades, sin necesidad de exponerse a riesgos externos al momento de trasladarse a un centro de trabajo.

A manera de resumen, presentamos el siguiente cuadro con la normativa internacional y nacional sobre las personas con discapacidad relacionadas al tema materia de análisis en el presente artículo:

CUADRO 1
MARCO NORMATIVO RELACIONADO AL TRATAMIENTO
DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Normativa internacional	- Declaración universal de derechos humanos (adoptado el 10 de diciembre 1948 y ratificado el 9 de diciembre de 1959) - Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad. (adoptado el 13 de diciembre de 2006 y ratificado 31 de octubre de 2007) - Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo. (adoptado el 20 de junio 1983 y ratificado el 16 de junio de 1986) - Agenda 2030 de la ONU. (25 de septiembre de 2015)
Normativa nacional	- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993) - Política Nacional en Discapacidad para el Desarrollo, aprobada por Resolución Ministerial No. 030-2021-MIMP. (30 de enero de 2021) - Decreto Legislativo que establece disposiciones de prevención y protección para las personas con discapacidad ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, Decreto Legislativo No. 1460. (23 de abril de 2020) - Decreto Supremo que aprueba los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, aplicables en el Sector Público, Decreto Supremo 001-2020-TR (4 de enero de 2020). - Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 0018-2021-TR (19 de julio de 2021) - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley No. 29783. (20 de agosto de 2011) - Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 005-2012-TR (25 de abril de 2012) - Ley general de la persona con discapacidad, Ley No. 29973. (24 de diciembre de 2012) - Nueva Ley de Teletrabajo, Ley No. 31572 (11 de septiembre de 2022)

Fuente: Elaboración propia

Como podemos observar, el Estado peruano cuenta con un marco normativo suficiente para lograr el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, entre los que se encuentran el acceso al empleo. Sin embargo, es importante, las limitaciones que han surgido para el ejercicio de los derechos en forma plena.

II. LIMITACIONES PARA LA CONTRATACION DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En las últimas décadas, la comprensión sobre la discapacidad ha transitado desde una perspectiva física o médica hacia otra que considera el contexto o entorno físico, social y político de una persona. En esta línea, es necesario precisar entonces como se define a las personas con discapacidad, por cuanto la Organización Mundial de la Salud (OMS) precisa que el término discapacidad “es un término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones para la participación” (*Hablemos De Discapacidad*, 2021); de ello se deduce que discapacidad se da cuando una persona cuenta con algún tipo de limitación físico, mental o intelectual, el cual repercute negativamente impidiendo que la persona goce plenamente de su desarrollo e inserción en sociedad, ya que se ve agravado por barreras que lo pone en desigualdad de la colectividad.

A la fecha, no hemos logrado que exista un trato igual y sin discriminación para este grupo vulnerable, ya que existe una diferencia en cuanto a tener las mismas oportunidades, como ocurre en el acceso al empleo. La limitación más presente, son los prejuicios que se siguen teniendo sobre la capacidad de estas personas, ya que son muchos quienes piensan que las personas con discapacidad no pueden asumir un papel productivo; además se debe tener en cuenta que no se tiene un marco normativo eficiente especialmente en lo referido al trabajo a distancia, por eso el paradigma de la autonomía personal de estas personas aún tiene barreras y obstáculos que este mismo entorno social les impone, también una carencia en cuanto a las políticas públicas de formación y educación, entre otros.

Cabe recalcar que la complejidad de los procesos de selección para acceder al empleo en estas personas muchas veces pone en evidencia los estigmas que las organizaciones tienen para con esta población, ya que las evaluaciones de selección no cuentan con una base objetiva y ello genera, que estos procedimientos

solo se manifiesten negativamente y las percepciones de los empleadores sean manifiestamente ideas de exclusión.

El uso incorrecto de la tecnología también repercute en la exclusión de esta población, ya que muchas veces en los distintos medios y redes sociales se encuentra información tergiversada y sin sustento referido a estas personas, lo que perpetua la idea de los estereotipos que aún se tienen lo cual conlleva a un trato discriminatorio que impacta considerablemente y limita el acceso al empleo. Por ello, líneas abajo procederemos a realizar un análisis respecto a cuáles son las principales limitaciones que han nacido tras la pandemia y a las que esta población vulnerable se expone.

III. LIMITACIONES EMERGENTES TRAS LA PANDEMIA

Con el fenómeno de la pandemia, hemos visto como en pocos meses se ha revolucionado la forma estructural de trabajar implementándose el teletrabajo. Si bien, ello ha demostrado que la productividad puede ser la misma que desarrollándose en una oficina, también es un medio que permite reducir gastos de desplazamiento del trabajador y numerosas otras barreras de accesibilidad.

Ahora bien, este aspecto se ha acentuado fuertemente con la ayuda de las nuevas tecnologías en la que nos desarrollamos, incluso más para las personas con discapacidades ya que según datos estadísticos un 64% de ellos puede trabajar gracias al beneficio de la tecnología y de esa forma pueden hacer valer su talento y así, entregar el cien por cien de su capacidad laboral. (Arranz, s.f.). Sin embargo, pese a contar con esta maravillosa alternativa, todavía existen muchas “razones” que están basadas prácticamente en estereotipos, los cuales perjudican la contratación e inserción laboral de esta población.

Entre estos prejuicios, los empleadores basan su idea en que contratando a estas personas con discapacidad, estos solo generarán baja productividad a comparación de otros empleados que no tienen discapacidades, o consideran que pueden ausentarse mucho más al trabajo por razones de salud, lo que conlleva a que las empresas piensen más de dos veces si esta contratación les dará más beneficios que perjuicios, siendo que las personas con discapacidad se vean fuertemente afectados bajo una estructura que los excluye socialmente, lo que los hace formar parte de un grupo vulnerable.

Entre otras limitaciones, se tipifica que existe una falta de motivación tanto de la empresa para su contratación como de la persona, lo que conlleva a que la búsqueda del empleo sea un proceso incluso más engorroso limitando la inserción a la vida laboral, recalcar que el nivel de cualificación profesional puede limitar también la contratación si esta es deficiente o no está a la altura de la demanda del puesto laboral; sobre esto, debe considerarse que muchas veces las personas con discapacidad se encuentran en una gran desventaja en cuanto a oportunidades para un puesto laboral. (Hera & Pérez Torres, s.f.)

Asimismo, hay que considerar que las propias empresas desconocen como implementar mejores espacios para recibir a las personas con discapacidad ya que les hace falta más información o alcances para realizar los “ajustes razonables” que permitan que este grupo de trabajadores se desenvuelva en un puesto y entorno de trabajo seguro y saludable. Cabe anotar, que si bien, contamos con una nueva ley que regula el teletrabajo, Ley N° 31572, la regulación específica y técnica sobre ajustes razonables resulta siendo incipiente, por lo que esperamos que el reglamento brinde mayores precisiones que contribuyan para que los empleadores logren el objetivo relacionado a la prevención de riesgos laborales y fomentar espacios de trabajo seguros. En esta línea, contrario a lo que aún se piensa, una persona con discapacidad no significa que sea limitado, esta idea perjudica a la sociedad, ya que existen personas cuyas competencias son desaprovechadas, y, por ende, es justamente esto lo que se debe cambiar y priorizar para que la situación de esta población vulnerable sea completamente diferente y más bien, participen de forma activa en la sociedad y con ello, en la economía del país.

El artículo 19 de la mencionada ley comunica que, conforme a los equipos para los teletrabajadores con discapacidad, éstos deben basarse en el artículo 50 de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad que a la letra establece:

“50.2 Los ajustes razonables en el proceso de selección comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista. En el lugar de empleo de las personas con discapacidad, los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo; así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad”

De lo transcrito, podemos inferir, que nuestro marco regulatorio describe aspectos muy puntuales que requieren de mayor precisión para un real cumplimiento. Asimismo, no podemos dejar de mencionar que como política pública, existe una plataforma virtual que atiende a esta población vulnerable (<https://discapacidad.trabajo.gob.pe/>) creado por la Dirección de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad, del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, el cual tiene como finalidad brindar una orientación para la postulación a un empleo, inscripción a cursos de capacitación, los ajustes razonables; todo esto para cumplir con parámetros establecidos conforme al convenio sobre los derechos para las personas con discapacidad en el que se vela por el bienestar de la persona, el que hace énfasis que respecto a los ajustes razonables deben darse en función de las necesidades individuales.

CUADRO 2
LIMITACIONES IDENTIFICADAS

Ausentismo Laboral	Difícil adaptación al nuevo entorno
Prejuicios y estereotipos	Complejidad de los procesos de selección
Falta de motivación	Cualificación profesional deficiente

Fuente: Elaboración propia

IV. COMBATIENDO LAS LIMITACIONES

De lo abordado en el presenta artículo, resulta relevante conocer las acciones concretas adoptadas por el Estado peruano, con la finalidad de mejorar la situación de las personas con discapacidad y el acceso al empleo. Por un lado, a través de la Resolución Ministerial N° 981- 2016/MINSA el cual es una norma técnica de salud para la evaluación, calificación y certificación de la persona con discapacidad el cual dispone que el Ministerio de salud emita disposiciones normativas respecto a las personas con discapacidad y su respectiva certificación, así cuenta con un formato de certificado de discapacidad.

La inscripción en el Registro Nacional, según la Ley 27050 Ley general de la persona con discapacidad pone en conocimiento que la inscripción en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad, a cargo del CONADIS, es de carácter gratuito. Este certificado de discapacidad, el cual es una acreditación que certifica la condición de las personas con discapacidad y es otorgado por médicos certificadores registrados de las Instituciones Prestadoras de Servicios

de Salud-IPRESS, públicas, privadas y mixtas a nivel nacional, generando una serie de beneficios como ser un pase libre en el transporte público a las personas con discapacidad severa, ofreciendo también un derecho preferencial en determinados servicios de atención, etc.

De la misma manera, se dispone que las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5% de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de 50 trabajadores en una proporción no inferior al 3%, esto según lo estipulado en la Ley 29973, Ley general de la persona con discapacidad, el cual establece la cuota de empleo mencionada, además esta ley tiene por finalidad establecer la normativa suficiente para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Bajo la misma línea, el Decreto Supremo 002-2014-MIMP, Reglamento de la Ley N° 29973, desarrolla los alcances de la norma en relación con el rol del Estado, los recursos y la promoción de derechos.

Otras acciones estatales que resultan relevantes destacar, para el tema materia de análisis, es la creación de la guía básica de ajustes razonables realizado por la dirección de promoción laboral para personas con discapacidad y el instituto Nacional de Rehabilitación “ADRIANA REBAZA FLORES”² el cual brinda lineamientos y conceptos en torno a los ajustes razonables y los aspectos legales de estos.

Asimismo, el Ministerio de Trabajo y promoción del Empleo ha desarrollado documentos técnicos como la Guía de orientación sobre análisis de puestos, tareas y habilidades para la inserción laboral de personas con discapacidad, el cual otorga una serie de directrices para esta población; en el que se puede identificar algunos criterios técnicos para la contratación de ellos por medio de ciertas metodologías que tengan como finalidad el análisis de puestos. Por otro lado, este Ministerio también se ha encargado de desarrollar el Portal Empleos Perú, que otorga la oportunidad de capacitarse de forma virtual sobre el uso de herramientas tecnológicas y el desarrollo de habilidades blandas; sin embargo, el mismo no ha sido enfocado únicamente para personas con discapacidad, sino que si bien puede ayudar a este grupo vulnerable, en concreto se encuentra dirigido para el público en general, no existiendo ni antes ni después de la pan-

2 Obtenido en: <https://discapacidad.trabajo.gob.pe/wp-content/uploads/2021/09/Guia-de-ajustes-Razonables-MTPE-y-INR-.pdf>

demia, políticas públicas claras y focalizadas para la promoción del empleo de personas con discapacidad conforme a lo establecido en la Agenda 2030.

Al respecto, dentro de dichas políticas públicas se ha establecido como prioridad del Estado capacitar a las personas con discapacidad en competencias y habilidades para realizar labores de puestos teletrabajables, como, por ejemplo, los call center. Sobre el particular, Balbinder y Maciel (2009), señalan que el 42.85% de puestos ofrecidos para personas con discapacidad son para realizar dicha actividad telefónica, detectando incluso que, las personas ciegas tienen buen trato con los clientes al momento de realizar dicha labor al ser muy orales y comprensivos, superando así la productividad de las personas sin discapacidad en un 40%. Ello en un contexto donde las modalidades a distancia para trabajar no eran tan comunes como en la actualidad tras la pandemia por la COVID-19, por lo que, actualmente debe existir una mayor cantidad de posiciones que son compatibles con el teletrabajo y que se pueden adaptar a los diversos niveles educativos de las personas con discapacidad, incluso, con las diversas carreras universitarias o técnicas que hayan podido estudiar este tipo de personas, debiendo existir una mayor oferta de empleos para el adecuado cumplimiento de la cuota de discapacidad.

Siendo esto así, resulta necesario que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo despliegue sus esfuerzos en crear incentivos para que estas personas se puedan desempeñar en su profesión bajo condiciones seguras, y ello se puede mejorar, realizando capacitaciones focalizadas y enviando a través de la Casilla Electrónica de SUNAFIL información sobre los ajustes razonables según los diversos tipos de discapacidad, debido a que, muchas veces los empleadores suelen pensar en dichos ajustes razonables como un costo excesivo y adicional al momento de contratar a una persona con discapacidad, cayendo nuevamente en estereotipos por falta de información.

V. ESTADISTICA

De lo expuesto hasta aquí, resulta relevante presentar el estado de algunas de las medidas dictadas en los distintos marcos normativos. Así tenemos que, a efectos de la certificación y registro de las personas con algún tipo de discapacidad del total de la población con algún tipo de discapacidad, esto es, 1 millón 575 mil personas, solo el 7,0% cuenta con certificado que acredite esta condición.

Según la institución que otorgó dicho documento encontramos que el 52,8% fue mediante un hospital del Ministerio de Salud, el 33,0% hospital de EsSalud, el 2,9% hospital de las fuerzas policiales, el 2,6% hospital de las Fuerzas Armadas³. Lo anterior refleja que, pese a la existencia del marco normativo, las medidas no alcanzan a la totalidad de personas con discapacidad, toda vez que el número de personas certificadas resulta incipiente y, por ello, no acceden a los beneficios integrales que el Estado ofrece.

Ahora bien, respecto a ese 7,0% potencialmente insertado en el mercado de trabajo formal, resulta importante conocer las acciones concretas de parte de la Superintendencia de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), por lo que encontramos que los sectores con mayor número de órdenes de inspección en materia de personas con discapacidad son: construcción civil, comercio al por mayor y menor, servicios y finalmente industria manufacturera, lo que nos permite conocer los sectores en los que principalmente se emplean las personas con discapacidad y que requieren de la intervención de la fiscalización en respecto de los derechos que se les reconoce.

Según la CEPAL, en un informe reciente titulado “Personas con discapacidad ante la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe: situación y orientaciones”, se indica que el vínculo de las personas con discapacidad de la región con el mercado laboral es tenue, y que, cuando estas personas participan en el mercado laboral, lo hacen sobre todo en el sector de los servicios y en el empleo informal. Por tanto, es previsible que esta población se vea especialmente afectada por el escenario desfavorable del mercado laboral durante la crisis y el período de recuperación (CEPAL, 2020a)

3 Obtenido en: <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-peru-1-millon-575-mil-personas-presentan-alg/>

CUADRO 3
CANTIDAD DE ÓRDENES DE INSPECCIÓN CERRADAS DEL 2019 AL 2021,
EN MATERIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDADES, POR SECTOR ECONÓMICO

SECTOR ECONÓMICO	AÑO DE CIERRE DE LA ORDEN			TOTAL
	2019	2020	2021	
Administración pública	9	4	11	24
Agricultura	9	2	0	11
Comercio al por mayor y menor	15	9	30	54
Construcción	44	33	8	85
Enseñanza	18	1	10	29
Explotación de minas y canteras	2	1	0	3
Hoteles y restaurantes	7	4	1	12
Industrias manufactureras	17	12	17	46
Intermediación financiera	14	2	14	30
Pesca	1	3	0	4
Servicios (Inmobiliarias, empresariales y alquileres)	10	20	17	47
Servicios sociales y de salud	5	2	1	8
Suministro de electricidad, gas y agua	6	1	4	11
Transportes y almacenamiento	15	12	8	35
Otros	6	5	8	19
Total	178	111	129	418

Fuente: SIIT, actualizado al 29/12/2022

VI. REFLEXIONES FINALES

De todo lo presentado en el presente artículo nos lleva a inferir que la situación de las personas con discapacidad en el Perú mantiene una regulación suficiente para enfrentar el problema público referido a la “Discriminación estructural”, sin embargo, requiere de una priorización en lo referido a las políticas públicas que complementan a las disposiciones legales para que realmente puedan ser eficientes. Cambiar años de un sistema esquemático y su funcionalidad con las personas con discapacidad y el desarrollo de estos en la sociedad no es una cosa sencilla, puede lograrse de a poco bajo la implementación de un proceso normativo que intervenga en todas las aristas posibles en beneficio de este grupo social, resultando en una reforma impulsada por el Estado, quienes tendrán la

difícil tarea de salvaguardar los derechos de estas personas que como indicamos líneas arriba son quienes más vulnerables son el aspecto laboral.

El estado de emergencia sanitaria ha conllevado a que tengamos que enfrentar nuevos retos y por ello, el rediseño de los marcos normativos, políticas nacionales, estructuras, entre otros deben llevarnos a mejorar la situación de este grupo de personas con discapacidad que permitan realmente que se respeten su derechos como el de no discriminación, igual de trato, protección social, y específicamente lo referido al acceso al empleo, el que además debe respetar el derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo.

Cabe anotar, que mantener estándares de no discriminación y trato igualitario también conlleva a un trabajo conjunto del Estado y de los empleadores, quienes -además- deberán involucrarse en los temas referidos a la seguridad y salud en el trabajo en aras de generar trabajos dignos, seguros y saludables. Para ello, se requiere la identificación de los puestos laborales y con ello, capacitar correctamente a todos los colaboradores para adecuar las condiciones que conlleven a la inclusión de las personas con discapacidad en su fuerza laboral, así como a eliminar los estigmas que imperan en algunos sectores respecto de la contratación de este grupo de personas. Resulta también relevante, la intervención de los servicios de seguridad y salud en el trabajo como responsables técnicos de los sistemas de gestión de seguridad y salud pueden diseñar los puestos de trabajo y mejorar los entornos con la finalidad que estos grupos puedan desenvolverse de una manera más productiva y segura.

Debemos reconocer, comprender y valorar la importancia de la contratación de las personas con discapacidad en las diferentes organizaciones, con ello, se generaría un cambio de conciencia en nuestra sociedad, por cuanto se tendría mucho más en cuenta la diversidad en la contratación puesto que las diferencias humanas son de enorme valía. Asimismo, la perspectiva respecto a la discapacidad se centra más en un tema de responsabilidad social y cumplimiento de los derechos humanos; por ende, es necesario promover las diferencias individuales, porque de esa forma se puede generar espacios para que todos los colaboradores se integren de manera activa y de forma conjunta, puedan desarrollar proyectos que resulten innovadores.

Finalmente, la participación del Estado resulta relevante, desde desarrollar políticas que permitan superar la discriminación estructural, que si bien, es un

tema complejo, conlleva a que este grupo de personas vulnerables accedan a servicios de calidad, desde educativos, salud, entre otros, lo que consecuentemente facilitará su acceso a un empleo digno.

REFERENCIAS

- Arranz, E. (2018). Un 64% de las personas con discapacidad puede trabajar gracias a las nuevas tecnologías. En: Fundación Adecco. Recuperado el 20 de enero de 2023 de: <https://fundacionadecco.org/notas-de-prensa/64-las-personas-discapacidad-puede-trabajar-gracias-las-nuevas-tecnologias/>
- Balbinder, M., & Maciel, P. (2009). Teletrabajo para la inclusión laboral de personas con discapacidad. En: Empleo y personas con discapacidad del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 17 de enero de 2023 de: <https://discapacidad.trabajo.gob.pe/cuota-de-empleo/informes-de-la-sunafil/208-237>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2021). Personas con discapacidad y sus derechos frente a la pandemia de COVID-19: que nadie se quede atrás. En: CEPAL. Recuperado el 18 de enero de 2023 de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46600/1/S2000791_es.pdf
- Gobierno de México.(2021). Hablemos de Discapacidad. En: Gobierno de México. Recuperado el 20 de enero de 2023 de: <https://www.gob.mx/issste/articulos/hablemos-de-discapacidad?idiom=es>
- Hera, C. M., & Pérez Torres, V. (2011). Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional. En: Medicina y seguridad del trabajo. Recuperado el 15 de enero de 2023 de: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2011000500013
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2021). Política Nacional en Discapacidad para el Desarrollo. En: Plataforma digital única del Estado Peruano. Recuperado el 25 de enero de 2023 de: <https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/1605367-030-2021-mimp>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2021). Proceso de adaptación al trabajo de las personas con discapacidad durante la emergencia nacional sanitaria por Covid-19. (2021). En: CONADIS. Recuperado el 17 de

enero de 2023 de: https://conadisperu.gob.pe/observatorio/wp-content/uploads/2021/12/Estudio-Adaptacion-Teletrabajo_VF2.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2017). Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (PNSST) al 2030. En: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 15 de enero de 2023 de: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2057480/PDS%20Poli%CC%81tica%20Nacional%20de%20Seguridad%20y%20Salud%20en%20el%20Trabajo%20al%202030%20-%20Texto%20de%20la%20Poli%CC%81tica.pdf?v=1628007266>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2022). Empresas que cumplen con la cuota de empleo. En: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 17 de enero de 2023 de: <https://discapacidad.trabajo.gob.pe/cuota-de-empleo/informes-de-la-sunafil/>

Organización Internacional del Trabajo. (2017). Trabajo decente y la agenda 2030 de desarrollo sostenible. En: Departamento de Comunicación e Información Pública de la OIT. Recuperado el 18 de enero de 2023 de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf

Sonobrio-Rongel, P., Lazano-Martínez, M., & Muñoz-Rodríguez, L. (2022). Limitantes para la vinculación laboral de personas con discapacidad física en organizaciones de servicio público: El caso de aspirantes para laborar en el sistema integrado de transporte público de una ciudad capital. En: *Revistas Universidad Nacional de Colombia*. Recuperado el 17 de enero de 2023 de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/innovar/article/view/101191>

Evolución de la igualdad salarial desde la jurisprudencia y la normativa, en el Perú

Wage equality and its evolution from jurisprudence and legislation in Peru

KARLA ZUTA PALACIOS*

Universidad Nacional de Trujillo
(Lima, Perú)

Contacto: kzuta@bvu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6831-3842>

RESUMEN: En la actualidad, apreciamos evidentes esfuerzos para consolidar el derecho la igualdad salarial, desde el aspecto jurisprudencial, administrativo y a través de la emisión de diferentes leyes que nos permitan superar los distintos fenómenos sociales que han limitados históricamente el acceso a este derecho.

En este artículo revisamos los principales aspectos de este derecho y proponemos mecanismos para su adecuada implementación en el centro de trabajo.

ABSTRACT: Nowadays, we can see several efforts to ensure wage equality, which becomes from jurisprudence, public administration and legislation; all of them are trying to overcome different social phenomena which historically had been limiting the access to this right.

Through the hereby article, we make a review of the main standards that regulate this right and we propose some mechanisms or procedures for a proper implementation on working relationships.

PALABRAS CLAVE: Salario, igualdad, relaciones laborales, trabajo, remuneración, brecha de género.

KEYWORDS: Wage, equity, working relationships, labour, salary, gender pay gap.

Recibido: 07/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

* Abogada asociada en Benites, Vargas & Ugaz Abogados. Egresada de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Nacional de Trujillo. Con especialidad en Gestión de Recursos Humanos por Centrum Católica y EADA Business School of Management y estudios de especialización en Derecho Social Avanzado por la Universidad de Salamanca y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: I. Discriminación y trato desigual. II. Aspectos generales sobre la remuneración o salario. III. Situación actual de la desigualdad salarial en materia de género. IV. Trato igual y remuneración equitativa en el Perú. V. Criterios establecidos por el Tribunal de Fiscalización Laboral. 1. *Resolución N° 269-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala*. 2. *Resolución de Sala Plena N° 006-2022-SUNAFIL/TFL*. VI. Acciones a implementar desde el empleador. VII. Controversias judiciales e inspecciones sobre igualdad salarial. VIII. Conclusiones. Referencias.

En los últimos años, hemos podido observar esfuerzos constantes, desde distintas instituciones, por lograr la implementación efectiva del derecho a la igualdad, como uno de los fines máximos y más nobles de nuestra sociedad.

El primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en 1948, manifiesta que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos. Por su parte, en el año 1998, fue publicada la Declaración de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la cual encontramos el manifiesto compromiso por la eliminación de la discriminación en el empleo, entendida como uno de los principales atentados contra el derecho a la igualdad en el trabajo.

La igualdad salarial por un trabajo de igual valor es una de las principales consignas actuales, dirigida, precisamente, a la consolidación de este principio y uno de sus principales enfoques radica en reducir la diferencia existente entre hombres y mujeres. Y es que, de acuerdo a lo informado por la OIT, hacia el 2021, en todas las regiones, las mujeres perciben menores salarios que los hombres, generando una brecha salarial de género que se estima en un 20 % a nivel mundial¹.

Sin embargo, esta tendencia no es nueva, sino que se remonta a nuestra evolución social, en que la históricamente, las mujeres han tenido menos facilidades para su educación y menos oportunidades de acceso al empleo. Sin embargo, como mencionamos al inicio de estas líneas, en los últimos años, se han desplegado esfuerzos de matices distintos, no solo para reducir la brecha

1 Esa información fue brindada en la convocatoria realizada por la OIT, a la celebración del Día Internacional de la Igualdad Salarial del año 2021. Puede revisarse esta invitación que contiene una amplia reflexión sobre el tema, en [https://www.un.org/es/observances/equal-pay-day#:~:text=Las%20mujeres%20del%20sector%20sanitario,\(OIT%20FOMS%202022\)](https://www.un.org/es/observances/equal-pay-day#:~:text=Las%20mujeres%20del%20sector%20sanitario,(OIT%20FOMS%202022)).

salarial de género, sino para disminuir cualquier situación de desigualdad salarial que carezca de justificación.

I. DISCRIMINACIÓN Y TRATO DESIGUAL

La igualdad es un principio y un derecho que procura colocar a las personas situadas en idéntica condición en una situación de equivalencia. Esto implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones (García, 2003, p. 169).

Resulta especialmente importante distinguir a la discriminación del trato desigual. Ambas conductas atentan en forma directa contra el derecho a la igualdad, sin embargo, su impacto, control y consecuencias legales serán distintos. Así, determinar la existencia de discriminación a un trabajador o trabajadora presupone su pertenencia a uno de los grupos sociales identificados en el artículo 2° de la Constitución; es decir, grupos de distinto origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole que determine algún tipo de sesgo o segregación basados en alguna característica particular. El mandato de no discriminación exige, según nos explica Blancas (2007, p. 139), que se no excluya o impida a los miembros de los sectores mencionados, de gozar de las mismas oportunidades y del mismo trato que se dispensa a otros sectores de la sociedad, siendo esta la exigencia mínima necesaria para avanzar hacia una noción sustantiva de la igualdad.

Esta premisa constitucional está directamente ligada al contenido del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, institución que ha proclamado que la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por motivo de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o los requisitos del trabajo que deban desempeñar.

Iván Blume (2010, p. 27) señala, suscribiendo a Sáez, que la existencia de los motivos constitucionales o legalmente vedados es una de las particularidades que presenta el derecho fundamental a la no discriminación, el cual se encuentra ausente en el principio de igualdad. Nos explica también que el concepto de

discriminación tiene un fin eminentemente protector, en la medida que busca restringir y sancionar la aplicación de actos discriminatorios en perjuicio de los colectivos sociales segregados, situación que no se presenta en el contenido del derecho fundamental de la igualdad.

Entonces, resulta ahora necesario comprender qué es lo que abarca el derecho al trato igual. Según nos explica Neves Mujica (1997, p. 115), el derecho a la igualdad, en su sentido formal, requiere una verificación de hecho que permitirá comparar a los individuos y, a partir de ello, determinar si su situación es semejante o no y después reclamar un trato correspondiente a lo comprobado. Es así como afirma que el trato no puede ser desigual para los iguales, ni igual para los desiguales.

El Tribunal Constitucional también ha dilucidado respecto al alcance del derecho a la igualdad consagrado en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución y nos detalla la dimensión material de este derecho.

Así, a través de la sentencia recaída en el Exp. 606-2004-AA/TC, nos explica que, en su dimensión material, el derecho a la igualdad supone no solo una exigencia negativa, es decir, la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales. Agrega que, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual.

El supremo intérprete concluye que, por tanto, el problema radica en determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá analizarse en cada caso concreto conforme al test de razonabilidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional también ha indicado, en el Expediente N° 1875-2004-AA/TC, que el principio de igualdad no está reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto éste se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. Precisa que el tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan co existencialmente.

Así, este órgano nos orienta sobre ámbito del principio de igualdad, advirtiéndole la posibilidad de una diferenciación objetiva válida, la cual deberá estar basada en criterios que, en la actualidad, son desarrollados y aplicados por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, no todo trato desigual va a implicar la existencia de trato discriminatorio, sino la discriminación será verificable a partir de indicadores que evidencien la intención de un acto que afecte a un grupo social que es objeto de discriminación, en la persona de uno o más de un individuo.

Podemos delimitar también que el derecho a la igualdad en el derecho del trabajo, tiene dos dimensiones:

- Dimensión formal.- Exige al legislador y a la administración pública que la ley sea aplicada de manera igual ante supuestos iguales.
- Dimensión material.- Procura que, en la práctica, el trabajador tenga el derecho a que su empleador no le brinde un trato diferenciado al que reciben sus compañeros de trabajo, en tanto se encuentren en situaciones objetivamente iguales.

Bajo estas premisas, abordaremos ahora cómo es que el derecho a la igualdad se ve protegido en el ámbito de la remuneración y cuáles son, desde distintos pronunciamientos judiciales y administrativos, los elementos que deben tenerse en cuenta para garantizar la igualdad salarial en la relación de trabajo. Finalmente, reflexionaremos respecto a si estas propuestas están cumpliendo con el objetivo de garantizar la equidad salarial en nuestro país.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA REMUNERACIÓN O SALARIO

La remuneración o el salario constituye, junto con el servicio realizado por el trabajador, el objeto del contrato de trabajo. El empleador genera una retribución económica denominada remuneración, que debe haber sido pactada en forma previa y que se entregará a cambio de la prestación realizada por el trabajador. Lo más común es que la suma a pagar por concepto de remuneración, sea establecida en el contrato de trabajo como consecuencia de la negociación previamente realizada entre las partes de la relación de trabajo. Sin embargo, Martín Valverde (2011, p. 610) precisa que el medio por el que puede fijarse la cuantía del salario es triple: la norma estatal, el convenio colectivo y el contrato

individual. Nosotros nos animamos a añadir una cuarta situación, que sería la generada por un mandato judicial.

Entonces, el valor de la remuneración será fijado bajo las siguientes situaciones:

- **Norma estatal.-** Esto ocurre, principalmente, en el sector público. Los cargos definidos y aprobados por cada entidad están contenidos en el cuadro para asignación de personal (CAP), a través del cual se regula la cantidad y la calidad de los cargos de cada institución. La carrera administrativa está organizada por grupos ocupacionales y niveles, correspondiéndole a cada nivel una remuneración que establece normativamente el organismo competente.
- **Convenio colectivo.-** A través de la convención colectiva, las partes negociadoras pueden definir aspectos relativos a la remuneración de los trabajadores sindicalizados e -incluso- de los no sindicalizados, si así lo acuerdan. Para tal efecto, debe tenerse siempre presente que, de acuerdo al artículo 43º del Decreto Supremo Nro 003-2010-TR - Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el convenio no podrá contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador. Por tanto, a través de la negociación solo podrá pactarse una mejor remuneración para los trabajadores beneficiados.
- **Contrato individual.-** Es el producto de la negociación individual entre las partes. Idealmente, la suma acordada se encuentra en el rango de la banda salarial previamente establecida por el empleador.
- **Mandato judicial.-** Ocurre cuando, tras una demanda sobre nivelación de remuneraciones, el Poder Judicial dispone la modificación del salario de un trabajador. En algunas ocasiones, esta modificación también puede ocurrir ante un requerimiento de parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

Observamos que la contraprestación por el trabajo realizado es la obligación elemental del empleador en el contrato de trabajo. Sin embargo, esta obligación no se limita únicamente al pago de dicha retribución, sino que abarca criterios más amplios y trascendentes que deben ser tomados en cuenta, entre los cuales destaca la igualdad salarial.

En el año 1986, la Organización Internacional del Trabajo ha indicado que, en los casos en que el Estado no esté en condiciones de garantizar la aplicación del principio de igualdad de la remuneración, está obligado a promover su aplicación y eso viene ocurriendo a partir de diversas normas y criterios que han sido emitidas en los últimos años.

Martín Valverde (2011, p. 626), precisa que el Estatuto de Trabajadores de España, permite apreciar las siguientes características en cuestiones remunerativas: i) alcanza a pactos individuales y sindicales, ii) impide la discriminación por cualquier causa, iii) impone la igualdad salarial ante un trabajo de igual valor, sin impedir las diferencias justificadas por razones objetivas, iv) se aplica a todos los elementos del salario y a conceptos extrasalariales. Esta sería una situación deseable en nuestro país, en tanto se pueda apreciar con claridad cuáles serían las pautas normativas indispensables para garantizar la igualdad salarial.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA DESIGUALDAD SALARIAL EN MATERIA DE GÉNERO

Si bien, existen dificultades para acceder a información sobre los niveles reales de desigualdad salarial, la OIT suele realizar encuestas que le han permitido obtener conclusiones en relación con la distribución de los salarios en la población, advirtiendo que los países con los niveles más bajos de desigualdad salarial se encuentran en el grupo de altos ingresos, mientras que los países con los niveles más altos de desigualdad salarial se encuentran en los grupos de ingresos bajos y medios.

En nuestro país, la brecha salarial o desigualdad salarial de género entre los años 2019 y 2021 (últimas cifras reportadas por el INEI) se resume de la siguiente forma:

Año	Ingresos promedio	Hombre	Mujer	Percepción de mujeres respecto al ingreso masculino
2019	1443.10	1616.10	1199.40	74.2%
2020	1268.80	1373.20	1103.40	80.4%
2021	1327.20	1484.10	1100.20	74.1%

Respecto al año 2022, el INEI ha emitido el informe *Perú: “Brechas de Género, 2022: Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres”*, a través del cual ha

reportado que uno de los fenómenos que sintetiza la desigualdad en el mercado laboral es el hecho de que las mujeres ganan menos que los varones y que, al año 2022 las mujeres perciben el equivalente al 72,6% del ingreso laboral masculino.

Estas cifras hacen evidente que la crisis sanitaria del año 2020 ha tenido un impacto aún más significativo en el desempeño de los indicadores laborales de las mujeres, pues, de acuerdo al informe *Panorama Laboral 2020*, elaborado por la OIT se evidenció además que, debido a la pandemia, el proceso de incorporación de las mujeres en el mercado laboral sufrió un retroceso y la reducción en la tasa de participación ha sido más notable entre las mujeres, de -10,4% frente a los hombres, de -7,4%.

El Informe Mundial Sobre Salarios de la OIT (2023, p. 66-94), a escala mundial, precisa que las mujeres continúan teniendo menos posibilidades que los hombres de participar en el mercado de trabajo y que, en el caso de Perú, la brecha salarial no ha mejorado respecto al año 2019, mientras que solo la mitad de países del mundo ha presentado una ligera mejora, aun cuando los efectos de la última pandemia ya vienen siendo paliados.

150

Así, aunque la brecha salarial de género no es el enfoque específico de nuestra disertación, sí nos permite contar con un indicador que nos ayuda a supervisar el progreso hacia la igualdad de género a escala nacional o internacional. En base a ello, podemos medir el avance normativo, y conforme al tema que nos ocupa, nos otorga también la oportunidad de observar la contribución jurisprudencial en el tratamiento de la desigualdad salarial.

En esta línea, se observa la necesidad de generar mecanismos de regulación que permitan el acceso a un salario en igualdad, superando, tanto asuntos de género, como cualquier otro factor que interfiera con la determinación de remuneraciones equitativas.

IV. TRATO IGUAL Y REMUNERACIÓN EQUITATIVA EN EL PERÚ

En base a lo señalado por el Tribunal Constitucional, respecto a la aplicación material del derecho a la igualdad, observamos que, para generar un correcto trato salarial a los trabajadores, es necesario determinar cuáles serían las premisas objetivas que permitan ejecutar idóneamente el ejercicio de su derecho a la igualdad.

En nuestro país, las nociones primarias o alcances sobre la identificación de criterios para generar remuneraciones equitativas, se han remitido solo a los alcances generales contenidos en la Constitución Política del Estado y a los Convenios de la OIT. Con el paso de los años y el inicio de demandas judiciales por parte de un número cada vez más creciente de trabajadores, la regulación en materia de igualdad salarial, encontró pautas más concretas a través de jurisprudencia emitida, principalmente, por el Poder Judicial.

Bajo este contexto, la Corte Suprema, expidió en el año 2007, una sentencia con carácter de observancia obligatoria, a través de la casación N° 208-2005-PAS-CO. En la mencionada resolución se realizó una primera referencia clara que remitía a factores objetivos y subjetivos de diferenciación válida entre trabajadores y estableció los criterios ideales y mínimos aplicables para determinar si existe igualdad objetiva entre dos personas comparadas. Dichos criterios son los siguientes:

- i. **Procedencia de los trabajadores.-** Esta pauta fue señalada debido al carácter especial de la demanda que generó la sentencia, pues se trataba de un trabajador que solicitaba percibir el mismo sueldo que otro a quien consideraba su par, debido a que sus puestos tenían la misma nomenclatura. Luego de revisar el historial laboral de los dos trabajadores, la Corte verificó que ambos procedían de empresas de origen distintas, con una línea de carrera distinta, perfiles distintos y un historial de negociación colectiva distinto. Por este motivo, se señaló la importancia de identificar la procedencia de los trabajadores en comparación, pues ello permitiría identificar otros factores históricos.
- ii. **La categoría o nivel ocupacional al que pertenecen ambos trabajadores.-** Los trabajadores no deben solo obedecer a una misma nomenclatura de categoría, sino que dentro de ésta, deben estar calificados en un nivel similar. De lo contrario, difícilmente se podrá establecer que estén comprendidos en un mismo nivel salarial. Es importante destacar que, si un trabajador considera que no está correctamente calificado, deberá iniciar su pedido por una adecuada categorización y luego, de ello podrá discutirse su comparación salarial objetiva con otro trabajador que sea considerado como similar. Como observaremos más adelante, en este punto será sustancial que

los empleadores cuenten con una adecuada identificación de las categorías y puestos, así como de las bandas salariales correspondientes, de tal forma que sea más sencillo acreditar el real posicionamiento interno de los trabajadores que son objeto de comparación.

- iii. **La antigüedad laboral en la empresa.-** Este concepto busca valorar a la experiencia específica como un factor que, potencialmente podría definir un distinto nivel de aporte por parte del trabajador. Debe entenderse que la antigüedad es distinta a la experiencia general que puede tener una persona. Ambas pueden aportar en mayor o menor medida a los intereses del empleador, dependiendo de los requerimientos de cada puesto. En el caso de la antigüedad, se valora no solo las habilidades, sino, principalmente, el grado de conocimiento que tiene el trabajador respecto a su empleador, sus procedimientos, su cultura, sus objetivos y de las personas que conforman la organización.
- iv. **Las labores realizadas por cada trabajador.-** Este elemento es el más importante de todos, pues permite distinguir con claridad si estamos ante trabajadores que realizan tareas objetivamente iguales y el mismo grado de aporte a los objetivos de su empleador. El desempeño de las labores es el vínculo más directo a la valoración del puesto y, por tanto, la más clara evidencia de cuál es la remuneración equitativa relacionada con la prestación que ha sido objeto del contrato de trabajo.
- v. **Una adecuada diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben ambos trabajadores.-** Cuando hicimos un breve repaso de la remuneración, señalamos que ésta obedece a la contraprestación por el servicio o labor prestada por el trabajador y que puede ser fijada, ya sea de manera individual o a través de convenios colectivos. Sin embargo, ocurre muchas veces que las percepciones de un trabajador pueden estar compuestas por ingresos de distinta fuente. Así, por ejemplo, un trabajador sindicalizado podría percibir conceptos que son acordados por convenio colectivo, o podría haber contado con bonificaciones especiales basadas en peculiaridades muy específicas de su desempeño y que luego pasaron a formar parte de su sueldo básico, como consecuencia una negociación individual o colectiva.

Por ello, es muy importante tener en cuenta la evolución histórica de los conceptos percibidos por los trabajadores en comparación y, de ser necesario, desgregar sus remuneraciones hasta tener una amplia claridad de la composición objetiva de la percepción de ambos.

Este importante aporte basado en criterios específicos objetivos, ha constituido un norte para los empleadores, respecto a la correcta implementación de políticas internas sobre las remuneraciones y el impacto que ello tiene la gestión de las relaciones laborales en todos sus niveles. Además, esta sentencia se ha convertido también en un horizonte para la jurisprudencia posterior y vigente hasta el día de hoy, que resalta la importancia de realizar un análisis comparativo metódico ante las demandas sobre trato desigual, a partir de pautas concretas que permitirían analizar casuísticamente si nos encontramos o no ante una situación de trato desigual injustificado.

De esta manera, la sentencia desarrollada ha constituido también un punto de partida para la legislación vigente hoy en día y partir de los mismos criterios se han emitido pronunciamientos desde la Autoridad Administrativa de Trabajo y que se rigen, principalmente, por el contenido de la Ley No. 30709, que prohíbe discriminación remunerativa entre varones y mujeres, la cual fue emitida, inicialmente, con la finalidad materializar el principio de igual remuneración por igual trabajo entre hombres y mujeres.

Esto último ocurrió como consecuencia de un análisis reflexivo sobre cifras como las compartimos algunas líneas atrás. Así, en un panorama caracterizado por fenómenos sociales que van más allá de la brecha de género, se identificó la urgencia de una regulación que contribuya con el reconocimiento del esfuerzo laboral y que formulara el acceso al empleo de una manera más objetiva.

Entre los fenómenos -aún existentes- en nuestro panorama socio laboral, tenemos, por ejemplo, al techo de cristal, que consiste en la dificultad (reflejada en bajos índices) que tienen las mujeres para acceder a puestos poder, sea en compañías privadas, en la administración pública, en política, entre otros escenarios. Como una suerte de contraposición a dicho fenómeno, está ahora, cada vez más notorio, el acantilado de cristal, que implica que, una persona que – usualmente- se enfrenta al techo de cristal, tiene mayores posibilidades de ser asignada a liderar “misiones” o proyectos que conllevan un desafío especial, el cual suele implicar una crisis y una alta probabilidad de fracaso. Es decir,

quien asigna estas posiciones suele tener expectativa en el fracaso de la persona que recibe esta promoción, quien, de no fracasar en dicho intento, al menos se enfrentará a un laberinto de liderazgo, lo cual implica el sorteo de dificultades de especial complejidad en el cumplimiento de sus objetivos.

A partir de la Ley No. 30709 (Ley), se buscó inicialmente, la reducción de la brecha de género manifestada los fenómenos detallados, en las diferencias sociales y en el acceso al empleo. Sin embargo, conforme se emitieron sus disposiciones reglamentarias, podemos apreciar que la norma ha trascendido aún más, pues no solo previene sesgos de género, sino que impacta en toda conducta subjetiva que pudiera afectar a distintos grupos o personas y su derecho a la equidad salarial. Así, bajo sus disposiciones, se estipuló la obligación de los empleadores consistenten en elaborar un documento que permita identificar las funciones y categorías de los trabajadores de la empresa, así como su línea interna de reporte.

La Ley, incorporó, además, la prohibición expresa de despedir o no renovar contratos de trabajo a plazo fijo a trabajadoras embarazadas por motivos vinculados con dicha condición o en caso las trabajadoras estén en periodo de lactancia. La Ley agrega que la reducción de la remuneración y categoría y el incumplimiento de los requisitos objetivos para la promoción o ascenso del personal son acciones equiparables a actos de hostilidad. Esta Ley fue reforzada con la emisión del Decreto Supremo No. 002-2018-TR (Reglamento), que delega en la SUNAFIL la potestad de expedir las directivas y protocolos necesarios para la fiscalización de los derechos y principios que protege.

El Reglamento amplía los detalles relativos a la obligación de los empleadores de agrupar los puestos de trabajo en cuadros de categorías y funciones bajo la aplicación de criterios objetivos, teniendo en cuenta las tareas que se realizan, así como las aptitudes y responsabilidades que demanda el puesto. Con el Reglamento, se incorporó además, por primera vez, las pautas necesarias para una idónea valoración de los puestos de trabajo, sin que ello suponga alguna situación de discriminación directa o indirecta por motivo de sexo. Además, destaca que, excepcionalmente, los trabajadores que pertenecen a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos, tales como: la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra ca-

lificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el lugar de trabajo, entre otros.

Apreciamos que sobresalen elementos similares a los determinados por la Corte Suprema y esto nos genera una forma de unificación de criterios que permitan consolidar la igualdad de trato salarial hacia los trabajadores. Bajo estas pautas generales, fueron luego emitidas, la Resolución Ministerial No 243-2018-TR, que aprueba la Guía para la Igualdad Salarial y la Resolución de Superintendencia 168-2019- SUNAFIL, mediante la cual se aprueba el Protocolo para la Fiscalización de las Obligaciones en Materia Remunerativa. Estos documentos están centrados en destacar la importancia de que todo empleador cuente con un esquema ordenado de sus categorías y funciones y también con una Política Salarial que permita que los trabajadores conozcan las oportunidades en las que podrán acceder a promociones o ascensos, a mejoras salariales y sus oportunidades de evaluación con tal fin. Además, los empleadores deben contar con bandas salariales que sustenten los sueldos mínimos y máximos que se perciben en cada categoría. De esta forma, se han ido consolidando, desde el aspecto normativo, los elementos concretos que nos permiten analizar de forma objetiva, si estamos ante situaciones de una adecuada aplicación del principio-derecho a la igualdad, desde el ámbito salarial.

De esta manera, como expresamos al principio, queda en evidencia la importancia que se viene otorgando al derecho a la igualdad, en este caso, desde la perspectiva de la igualdad salarial. Observamos, además, que estas normas ya no solo están orientadas a la necesaria reducción de la brecha de género, sino que han ampliado su alcance a todo nivel, de tal forma que su aporte se ha ampliado a evitar cualquier supuesto de discriminación basado en actos que vulneren el derecho a la igualdad salarial de todo trabajador que sea parte de un grupo que requiera una atención especial.

Con dicho fin, la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) fiscaliza desde el año 2019 que los empleadores cumplan con el pago de remuneraciones equitativas y que los trabajadores tengan conocimiento de diversos elementos propios de su evolución salarial y de su línea de carrera, tales como su posición en el cuadro categorías, sus posibilidades y requisitos para obtener un aumento en su remuneración y los criterios de la valoración del puesto que ocupa. Estos

aspectos permitirán, no solo un nivel de conocimiento distinto, sino que generará que los empleadores otorguen una adecuada valoración de los puestos de trabajo.

Bajo estas premisas, se consolida lo señalado por Carlos Blancas (2007, p. 143), quien sustenta que el derecho a la igualdad se configura más bien como una “técnica de control” dirigida a constatar la razonabilidad de las diferencias que introduzca el legislador o los órganos de aplicación de las normas. Las últimas regulaciones denotan, sin duda alguna, un gran avance.

V. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL

Como efecto de dicho control, la AAT, a través de la SUNAFIL, viene realizando distintas campañas de inducción e inspección de oficio y por denuncia sobre esta materia.

En consecuencia, ha emitido diversos pronunciamientos que consideramos destacables y orientativos, tales como:

156

1. Resolución N° 269-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala

A través de esta resolución, el Tribunal de la SUNAFIL (TFL), ha citado el Exp. N° 02974-2010-PA/TC, a fin de destacar que la aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables. Agrega, que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es entendido como discriminatorio; es decir, siempre y cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario –cita también– cuando esa desigualdad de trato no sea razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, ante a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

Bajo esta línea, el TFL destaca lo manifestado por Ivan Blume, en el sentido que la regla general consiste en que la ley prohíbe pagar una remuneración menor que la que percibe una persona cuando ambos realizan trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad y son ejecutados en el mismo establecimiento bajo similares condiciones, salvo que la diferencia se base en la

antigüedad del mérito o la calidad o cantidad de producción o cualquier factor objetivo distinto².

Teniendo en cuenta estos presupuestos, el TFL ha destacado que, por ejemplo, la antigüedad en el puesto de trabajo es una causal válida para el otorgamiento de mejoras en la planilla de pagos, dado que sustenta de manera objetiva y razonable la remuneración del trabajador acorde a su perfil personalísimo. Puntualiza que esta conducta de diferenciación, de parte del empleador, debe encontrarse debidamente sustentada bajo escalas o jerarquías remunerativas concretas, de tal manera que los trabajadores, y en especial la autoridad inspectiva, puedan comprobar su compatibilidad frente al principio de igualdad. Es decir, no solo se limita a enunciar el principio, sino que también resalta la importancia de que los empleadores cuenten con los instrumentos designados por la AAT, como la documentación válida que permita verificar la real existencia de las diferencias objetivas y su impacto en los salarios de los trabajadores.

2. Resolución de Sala Plena N° 006-2022-SUNAFIL/TFL

A través de esta resolución, el TFL resalta la situación de una trabajadora que percibía una remuneración menor que la de sus colegas de trabajo, quienes realizaban funciones iguales. En este caso, se identificó que la trabajadora contaba con grados profesionales menores que sus compañeros (no tenía título profesional, a diferencia de los demás); sin embargo, el empleador no demostró cómo es que esta diferencia afectaba directamente a las funciones que realizaban. Resulta interesante, cómo el TFL calificó esta situación, pues indica que, si el empleador conservó a una persona en su planilla, pese a tener un perfil no calificado, debió asumir la misma remuneración que los demás trabajadores, debido a que realizaba las mismas funciones, pese a tener calificaciones insuficientes, atribuyendo las consecuencias únicamente al empleador.

El TFL precisa que una diferencia que podría ser entedida como objetiva, como lo es la formación profesional, podría perder valor o eficacia si confluyen elementos distintos, como ha ocurrido en este caso en el que, pese a que el empleador conocía esta situación, ha ofrecido los servicios de la trabajadora, a una

2 En la Resolución N° 269-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, el Tribunal de Fiscalización cita a Ivan Blume y su texto Mejoras salariales y principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores.

empresa cliente, para la ejecución de servicios cuyo costo ya estaba previamente pactado por la suma que reclamó la trabajadora.

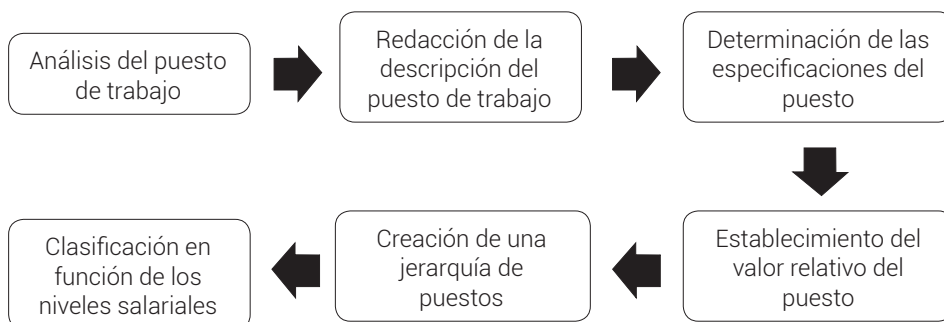
En buena cuenta, el TFL establece algunas pautas adicionales, a través de las cuales puede apreciarse que no bastará con invocar la existencia de diferencias al azar a fin de justificar un trato salarial desigual, sino que siempre será importante fundamentar cómo es que esto afecta al servicio concreto que presta el trabajador. En esta línea, se rescata nuevamente la importancia de que el empleador cuente con documentos internos que permitan identificar categorías, puestos, funciones, responsabilidades, habilidades requeridas y, en la medida de lo posible, una valoración de puestos.

VI. ACCIONES A IMPLEMENTAR, DESDE EL EMPLEADOR

Los criterios revisados, plantean la importancia de que los empleadores implementen distintas acciones dirigidas a tener un panorama claro y verificable sobre la política de remuneraciones y la estructura de sus puestos de trabajo. De esta manera, no solo existirá previsibilidad, inclusive en los indicadores y privisiones de gastos en planilla, sino que podrán estar mejor preparados ante reclamos en materia de igualdad salarial.

En forma general, y desde la gestión de las políticas de compensación, una política salarial equitativa, debe tenerse cuenta tanto la equidad interna, como la equidad externa. La primera, se da cuando existe una adecuada la relación entre la prestación y la contraprestación, de tal forma que esta última sea equivalente a la de otros empleados cuyos puestos de trabajo exijan de ellos tanto como los suyos. La equidad externa consiste en el “comparativo” que realiza el empleador en relación con otras empresas del mercado, a fin de ofrecer remuneraciones atractivas a sus trabajadores, que permitan una fidelización y una motivación para la constante mejora.

Como observamos, en el ámbito de la igualdad salarial objetiva bajo análisis, estamos ante la necesidad de la adecuada atención de la equidad interna, la cual, según plantea Gómez-Mejía (2018, p. 399-404) debe realizarse bajo el siguiente procedimiento:



Nos detendremos un momento en el establecimiento del valor relativo de puesto, conocido también como la valoración de puestos. Esta acción debe llevarse a cabo por personas especialistas, que pueden ser internas o externa a la organización, pero siempre en coordinación con quienes están a cargo del cumplimiento de los objetivos del negocio y de la gestión de recursos humanos de la empresa.

A través de distintos procedimientos de evaluación, se asignará una escala de valor que debe estar alineada, recomendablemente, con criterios relativos a las acciones que debe realizar el trabajador, el grado de responsabilidad que asume por sus acciones (frente a los objetivos de la empresa), y su capacidad para tomar decisiones y el impacto de las mismas. Estos criterios estarán alineados con habilidades y características que requiera cada puesto y permitirán definir, con bases medibles, el rango de valor referencial que puede tener cada puesto dentro de la organización. Los factores más importantes, recibirán un puntaje alienado con lo que se desea del puesto. La suma de las distintas puntuaciones permitirá asignar un valor numérico al puesto.

Para lograr esto, pueden aplicarse diversas metodologías, presentes en el mercado de compensaciones, que permitirán un análisis aún más acertado.

El procedimiento propuesto permitirá trasladar a la práctica los criterios normativos, jurisdiccionales y administrativos que hemos analizado y, en consecuencia, ayudará a que los empleadores puedan situar a sus trabajadores en una banda salarial que permita el cumplimiento objetivo del principio de igualdad salarial y, a la vez, contribuirá con la equidad interna de la empresa.

De esta manera, será más viable identificar la ampliamente mencionada diferenciación objetiva entre los trabajadores, pues contaremos con factores

medibles de valorización de puestos, entre los cuales figura la antigüedad, las funciones, la experiencia, entre otros y que podrán ser expuestos ante los eventuales requerimientos de las autoridades administrativas y judiciales.

Vemos pues, que esta práctica es más que el solo cumplimiento normativo, pues su implementación y ejecución a conciencia y con necesario criterio técnico permitirá, no solo evitar multas administrativas, sino también -y lo más importante- aportará a una mejor gestión de las remuneraciones y promociones internas, la cual ofrece las siguientes ventajas:

- Predictibilidad de los costos laborales por planilla, conforme a los puestos ocupados y sus bandas salariales.
- Mejor identificación de personal estratégico y con mayor contribución al objetivo del negocio.
- Justa valoración de lo que aporta cada trabajador desde sus funciones y el impacto de las mismas.
- Definición de políticas de retención de personal.
- Mejora en las tasas de rotación y atracción del talento.
- Reducción de probabilidad de demandas o denuncias por discriminación salarial.

Por lo tanto, si bien la implementación de una política salarial es una obligación de todo empleador, también puede ser vista como una excelente oportunidad de mejora en la gestión de sus relaciones laborales, inclusive, más allá de las remuneraciones en sí.

VII. CONTROVERSIAS JUDICIALES E INSPECCIONES SOBRE IGUALDAD SALARIAL

Como hemos señalado previamente, la igualdad está basada en la comparación objetiva entre dos supuestos de hecho. En este caso, para verificar si el principio se está aplicando correctamente, será necesario realizar una comparación objetiva entre dos o más trabajadores debidamente identificados. De esta manera, ambas partes involucradas podrán demostrar su posición:

- El trabajador que denuncia un trato desigual injustificado, tendrá un factor de referencia, que en este caso es otro trabajador, respecto

a quien se considera en desventaja salarial. Al ocurrir ello, podrá solicitar de manera expresa, el cese de la vulneración de su derecho a la igualdad y que se ordene la nivelación con el mismo sueldo que el trabajador con quien se compara.

- El empleador podrá evidenciar cuáles son los motivos por los cuales los trabajadores comparados no perciben la misma contraprestación. Al estar identificado el factor de comparación (trabajador cuyo sueldo se pretende), estará en condiciones de explicar y de demostrar los motivos objetivos por los cuales se ha generado la diferencia. De esta manera ejercerá su derecho de defensa. Si no consigue demostrar lo anterior, deberá realizar la nivelación solicitada. En este caso podría presumirse, incluso, una situación de trato discriminatorio.

De esta manera se concretará lo que Malca Guaylupo (2017, p. 292) explica en relación al cumplimiento de la carga de la prueba, el cual se consolida cuando existe una identificación entre el objeto de la prueba y el objeto de la alegación, y se logra demostrar un hecho en el proceso, el cual debe haber sido previamente afirmado (o debidamente planteado), sea el actor en la demanda, o bien el demandado en la contestación.

VIII. CONCLUSIONES

En la actualidad existe un amplio desafío dirigido a garantizar la igualdad salarial, tanto desde la brecha de género, como desde distintas situaciones que necesitan ser atendidas desde criterios de valoración objetiva.

Las distintas regulaciones normativas y jurisprudenciales a nivel de trato remunerativo que hemos analizado, nos permiten observar que, en efecto, existe un legítimo interés de parte del Estado, por avanzar en la consolidación del principio de igualdad en el ámbito laboral.

Esto ocurre a través de distintas obligaciones, tanto desde el aspecto de una correcta gestión de las prácticas de recursos humanos y de la implementación de procedimientos y políticas salariales con un adecuado enfoque técnico. Todo ello permitirá que los empleadores acrediten, tanto a nivel judicial como administrativo, el adecuado cumplimiento de las normativas sobre igualdad salarial.

La implementación de los procedimientos y prácticas propuestos debe trascender a la sola prevención de inspecciones o juicios y sus resultados. Es importante asimilar una cultura dirigida a reducir brechas para mejorar el trato igualitario a los trabajadores; con ello, no solo se cumplirá el fin social del principio de igualdad, sino que también se logrará la mejora en el trabajo y la producción de la empresa, pues se contará con trabajadores motivados y debidamente compensados.

En este proceso, no debe perderse de vista el compromiso social de reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres, como uno de los puntos más importantes de la desigualdad de género existente a nivel mundial. Cabe recordar que, en adición a la brecha salarial, actualmente también existe una preocupante brecha de acceso al empleo o de acceso a condiciones laborales y a puestos de alta jerarquía.

La implementación de metodologías de clasificación y valoración de puestos, similares a la expuesta en el presente documento, permite apreciar en forma clara cuáles son los factores objetivos, no solo para la diferenciación salarial, sino también para identificar cuáles son las condiciones o características ideales de un trabajador a ser contratado o promovido. Esta práctica contribuirá no solo a eliminar sesgos subjetivos, sino que consolidará una mayor y mejor productividad.

REFERENCIAS

- Blancas, Carlos (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación de Trabajo*. Fondo Editorial PUCP.
- Blume, Iván (2010). *Igualdad Salarial entre mujeres y hombres en el Perú*. Editorial El Búho.
- García, Víctor (2003). *Derechos Fundamentales*. Editorial Adrus.
- Gómez-Mejía, Luis, Balkin, David y Cardy, Robert (2018). *Gestión de Recursos Humanos*. Pearson Prentice Hall.
- Espinoza, Juan (1990). *Derecho de las Personas*. Editorial Rodhas.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022). *Informe Perú: Brechas de Género, 2022: Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres*. Recuperado en

https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1879/libro.pdf el 23 de enero de 2023.

Malca, Víctor (2017). *Litigación & Proceso*. Jurista Editores.

Martin Valverde, Antonio y otros (2011). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.

Neves, Javier (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ara Editores.

Oficina Internacional del Trabajo (1986). *Igualdad de Remuneración*.

Organización Internacional de Trabajo (2017). Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017 - La desigualdad salarial en el lugar de trabajo. Recuperado en https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_541632/lang-es/index.htm el 23 de enero de 2023.

Organización Internacional de Trabajo (2017). Informe Mundial sobre Salarios 2022/2023 – El impacto de la la inflación y el COVID-19 en los salarios y el poder adquisitivo. Recuperado en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_862569.pdf el 23 de enero de 2023.

Palacios Zuloaga, Patricia (2006). *La No Discriminación*. Universidad de Chile.

Palomeque, Carlos (1989). *La Función Histórica del Derecho del Trabajo*. En Trabajo y Constitución. 39-50.

La importancia de los espacios de cuidado y la corresponsabilidad entre géneros en el ámbito laboral

The importance of care spaces and co-responsibility between genders in the workplace

SERGIO QUIÑONES INFANTE*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: sergio.quinones@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9681-5084>

RESUMEN: El objeto del presente artículo es analizar y sustentar la importancia crucial que tienen los espacios de cuidado, de manera particular, y la corresponsabilidad entre géneros, de manera más amplia, para alcanzar una efectiva igualdad de oportunidades por razón de género en el mercado de trabajo.

En ese sentido, buscamos que nuestros argumentos sirvan para fomentar que en el ámbito laboral del sector privado se acuerden e implementen medidas que permitan ampliar la actual oferta de espacios de cuidado en favor de los hijos e hijas menores de edad de las y los trabajadores, así como medidas que -en general- promuevan la corresponsabilidad entre géneros y la redistribución de la carga de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.

En definitiva, esperamos contribuir a que el Estado peruano cumpla la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible al 2030: empleo pleno, productivo y decente para todas las mujeres y hombres, incluidos jóvenes y personas con discapacidad, así como igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

PALABRAS CLAVE: Género, igualdad de oportunidades, espacios de cuidado, corresponsabilidad, cargas familiares, desarrollo sostenible.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze and support the crucial importance of care spaces, in particular, and co-responsibility between genders, more broadly, to achieve effective equal opportunities based on gender in the labor market.

In this sense, we seek that our arguments serve to promote the agreement and implementation of measures in the private sector labor sphere that allow expanding the current offer of care spaces in favor of the minor sons and daughters of the workers, as well as measures that -in general- promote co-responsibility between genders and the redistribution of the burden of family responsibilities between men and women.

* Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor asociado de la Facultad y de la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Consultor externo de la OIT, ex Director General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del MTPE y miembro de la SPDTSS.

In short, we hope to contribute to the Peruvian State meeting goal 8.5 of the Sustainable Development Goals by 2030: full, productive and decent employment for all women and men, including young people and people with disabilities, as well as equal pay for work of equal value.

KEYWORDS: Gender, equal opportunities, care spaces, co-responsibility, family responsibilities, sustainable development.

Recibido: 27/01/2023

Aceptado: 24/02/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Marco jurídico internacional y nacional. III. ¿Por qué es importante ampliar los espacios de cuidado y fomentar la corresponsabilidad entre géneros? IV. Potenciales beneficios cuantitativos y cualitativos. V. Experiencias previas y comparadas. VI. Conclusiones. Referencias.

I. ANTECEDENTES

Según la Organización Internacional del Trabajo – OIT (2018), entre mujeres y hombres persisten importantes y profundas brechas en el mercado de trabajo. Por ejemplo, la tasa mundial de participación femenina en el mercado laboral para el 2018 fue de 26,5 puntos porcentuales más baja que la de los hombres.

Mas aun, las mujeres no solo tienen menos probabilidades de participar en el mercado de trabajo, sino que las que sí lo hacen tienen menos probabilidades de encontrar un empleo; para el mismo año de referencia, la tasa global de desempleo femenino alcanzó el 6% y superó a la masculina aproximadamente por 1 punto porcentual.

Otro aspecto de crucial relevancia que destaca el estudio de la OIT es que, si bien la pobreza laboral es generalizada entre las mujeres y los hombres, se observa que las mujeres ganaban, en promedio, 20% menos que los hombres. Esto se debe a su presencia mayoritaria en sectores y empleos de bajos ingresos, pero también a la persistencia específica de una brecha salarial por razón de género. En ese sentido, se hace énfasis en que *“las exigencias abrumadoramente desiguales que pesan sobre las mujeres respecto de las responsabilidades domésticas y de atención continúan manifestándose como desigualdades en el mercado laboral”* (OIT, 2018:13).

La situación en el Perú no difiere mucho del panorama global antes referido. Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, para el año 2019 el 61,6% del total de mujeres en edad de trabajar, se encontraron trabajando, frente al 78,3% de los hombres; es decir, la brecha en la tasa de ocupación por sexo fue 16,7 puntos porcentuales para el 2019 a favor de los hombres.

En lo que respecta a la tasa de subempleo, tenemos que para el año 2019 el 54,7% del total de mujeres que conformaron la PEA ocupada se encontraron subempleadas, frente al 33,6% de los hombres. Así, se aprecia que la tasa de subempleo femenina superó a la masculina en 21,1 puntos porcentuales para el 2019.

Por último, un tercer indicador de suma relevancia es el relativo a la brecha de ingresos por razón de género, la cual ascendió aproximadamente a 26% en el año 2019 en perjuicio de las mujeres. Dicho porcentaje resulta de la diferencia entre el ingreso laboral promedio mensual de los hombres (S/ 1,616) y el de las mujeres (S/ 1,199), según los datos de la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza 2019, elaborada por el INEI.

En definitiva, la evidencia -global y nacional- sugiere que alcanzar condiciones de igualdad en el empleo y reducir las brechas entre géneros en el mercado de trabajo requiere que los Estados y los actores sociales adopten medidas integrales que tengan como objetivo fomentar empleos femeninos de calidad, combatir estereotipos de género, y redistribuir la carga desproporcionada de responsabilidades familiares y de cuidado que asumen las mujeres en la actualidad (OIT, 2018).

II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL

En primer lugar, corresponde aludir al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en cuyo artículo 26 se señala que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, a la par que se garantiza protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 garantiza el respeto de los derechos y libertades sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole (artículo 1).

En el ámbito específico del género, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) de 1979 define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1).

Es importante advertir que la CEDAW obliga a los Estados parte a adoptar medidas para vencer la discriminación basada en el sexo en todas las esferas de la vida, en especial, a través la adopción de medidas positivas diseñadas para poner fin a la discriminación.

168

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado peruano el 4 de noviembre de 1990, establece en su artículo 3 el compromiso de los Estados parte de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, adoptar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas para tal fin.

El mismo artículo de la citada Convención establece el deber de los Estados parte de asegurar que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Complementariamente, la Convención establece en su artículo 18.3 que los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Cabe agregar que el objetivo de lograr la igualdad por razón de género en el empleo ha sido articulado en torno a cuatro convenios fundamentales de la OIT: (i) el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); (ii) el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); (iii) el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156); y (iv) el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

El Perú ha ratificado el Convenio núm. 100 en el año 1960, el Convenio núm. 111 en el año 1970, el Convenio núm. 156 en el año 1986, y el Convenio núm. 183, más recientemente, el 9 de mayo de 2016.

Adicionalmente, debemos destacar el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (Convenio núm. 156), ratificado por el Estado peruano el 16 de junio de 1986.

En virtud de dicho instrumento internacional, el Perú deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

A nivel de nuestro ordenamiento interno, la Constitución Política del Perú de 1993 consagra el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (numeral 2 del artículo 2).

Por otro lado, el artículo 23 de la Constitución Política del Perú señala que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan; agregando que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo. Asimismo, reconoce que en toda relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (numeral 1 del artículo 26).

Legislativamente, el punto de referencia obligado es la Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, cuyo objeto es establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de

sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

Concretamente, resulta pertinente señalar que el literal f) del artículo 6 de la citada Ley N° 28983 dispone expresamente que el Estado debe garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor; incluyendo entre los derechos laborales la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.

III. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE AMPLIAR LOS ESPACIOS DE CUIDADO Y FOMENTAR LA CORRESPONSABILIDAD ENTRE GÉNEROS?

En todas las organizaciones sociales humanas que se han conocido y estudiado ha existido y existe un tipo de jerarquía de importancia crucial y que resulta transversal al tiempo y espacio. Se trata de la jerarquía del género: *“en todas partes la gente se ha dividido en hombres y mujeres. Y casi en todas partes los hombres han obtenido la mejor tajada, al menos desde la revolución agrícola”* (Harari, 2017:165).

Esta jerarquía del género masculino históricamente arraigada constituye una “desigualdad de partida” que, en el ámbito específico del empleo, afecta profunda y sustancialmente al género femenino y, en consecuencia, demanda la actuación del Estado para hacer efectivo el derecho humano y principio constitucional a la igualdad de oportunidades.

Desde la perspectiva del sistema productivo vigente, el origen de esta “desigualdad de partida” estaría en la división sexual del trabajo y el modelo de patriarcado que la ampara.

En efecto, Poveda sostiene que *“el desarrollo del proyecto de la modernidad vinculó los derechos de ciudadanía casi exclusivamente a la relación salarial; al mismo tiempo, la idea de feminidad propagada por esa misma modernidad instalaba*

a las mujeres en el papel doméstico, canalizándolas hacia un estatuto de ciudadana subordinada y protegida en tanto que madre y esposa” (2006: 95).

En definitiva, la división sexual del trabajo hace referencia a dicho reparto social de tareas según el género. Esto resulta de suma importancia, pues ese reparto de actividades ha sido sistemáticamente acompañado por una valoración diferencial y jerarquizada entre los géneros, originando fuertes y marcadas repercusiones en las condiciones de vida de hombres y mujeres.

La referida jerarquización entre los géneros (subordinando el femenino al masculino) se refuerza y retroalimenta con el modelo todavía subsistente de patriarcado.

En suma, la división sexual del trabajo y el modelo de patriarcado han cimentado históricamente un “escenario de desigualdad” que afecta y condiciona sustancialmente la incorporación del género femenino al mercado de trabajo.

Efectivamente, según lo evidencia la literatura especializada, la segregación ocupacional y la precariedad de condiciones son características esenciales del empleo femenino.

Como bien explica Gómez, la segregación ocupacional tiene dos manifestaciones: la horizontal, en atención a la cual mujeres y hombres se distribuyen de manera diferente entre los distintos tipos de ocupaciones del mismo nivel; y la vertical, que supone una distribución desigual de mujeres y hombres en la jerarquía ocupacional.

En ambos casos, se trata de trabajos ideológicamente asociados con los que las mujeres realizan en el ámbito doméstico y continúan considerándose, en buena medida, una prolongación de este: la confección textil, la enseñanza y la enfermería son fiel reflejo de ello.

Los trabajos se definen socialmente como masculinos o femeninos y la construcción ideológica de espacios y características diferenciales contribuye al mantenimiento de esa estructura diferencial (Gómez, 2001).

Con relación a la precariedad de las condiciones laborales de las mujeres, la temporalidad y el trabajo a tiempo parcial son características que destacan en

el empleo de la población femenina, donde lo que se ofrece en el mercado de trabajo resulta escaso, inestable y precario.

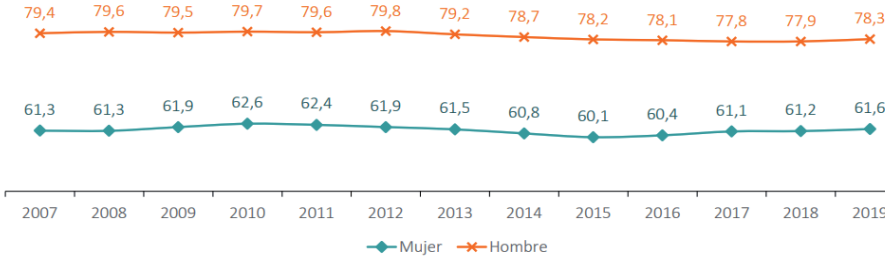
Siguiendo a Ballesteros (2010), la situación de las mujeres en el mercado de trabajo podría resumirse de la siguiente manera: su acceso al empleo es sistemáticamente menor que el de los hombres; ocupan los empleos de peor calidad, caracterizados por altas tasas de temporalidad y tiempo parcial (involuntario), menos remunerados que los hombres por trabajos de igual valor; interrumpen con mayor frecuencia sus carreras para asumir labores reproductivas; tienen mayores dificultades para acceder a puestos de dirección; y, tienen tasas de desempleo mayores.

Ahora bien, cabe destacar que las referencias a las desigualdades que afectan a las mujeres en el mercado de trabajo no se limitan solo a la literatura especializada previamente citada, sino que se encuentran ampliamente corroboradas con datos estadísticos evidenciados a nivel mundial y, ciertamente, a nivel nacional también.

Efectivamente, como fue mencionado en el apartado previo de antecedentes, según datos del INEI, para el año 2019 la brecha en la tasa de ocupación por sexo fue 16,7 puntos porcentuales a favor de los hombres (ver Gráfico N° 1).

Gráfico N° 1

PERÚ: TASA DE OCUPACIÓN SEGÚN SEXO, 2007-2019
(Porcentaje)

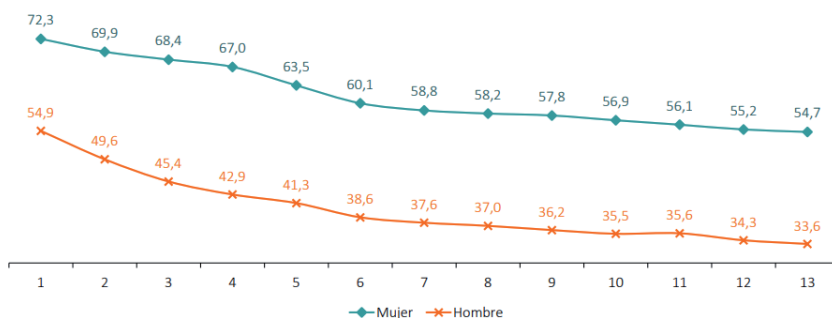


Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2007-2019.
Elaboración: MTPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Por su parte, el 54,7% del total de mujeres que conformaron la PEA ocupada se encontraron subempleadas, frente al 33,6% de los hombres (ver Gráfico N° 2).

Gráfico N° 2

PERÚ: TASA DE SUBEMPLEO, SEGÚN SEXO, 2007-2019
(Porcentaje)



Nota: El subempleo esta conformado por el subempleo por horas e ingreso. El Subempleo por horas, se refiere a la PEA ocupada con menos de 35 horas semanales, que desea trabajar horas adicionales y tiene disponibilidad para hacerlo. El subempleo por ingresos, se refiere a la PEA ocupada que no es subempleada por horas y cuyo ingreso es inferior al Ingreso Mínimo Referencial (canasta mínima de consumo familiar / promedio de perceptores de ingresos laborales por hogar).

Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2007-2019.

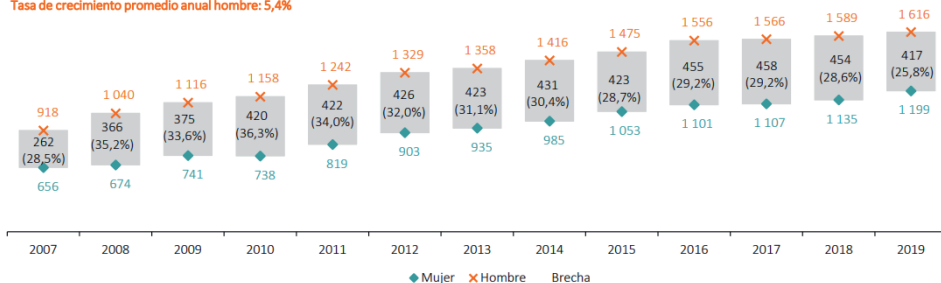
Elaboración: MTPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Mientras que la brecha de ingresos por razón de género ascendió aproximadamente a 26% en el año 2019 en perjuicio de las mujeres (ver Gráfico N° 3)

Gráfico N° 3

PERÚ : INGRESO LABORAL PROMEDIO MENSUAL DE LA PEA OCUPADA, SEGÚN SEXO, 2007-2019
(Soles y porcentaje)

Tasa de crecimiento promedio anual mujer: 5,9%
Tasa de crecimiento promedio anual hombre: 5,4%



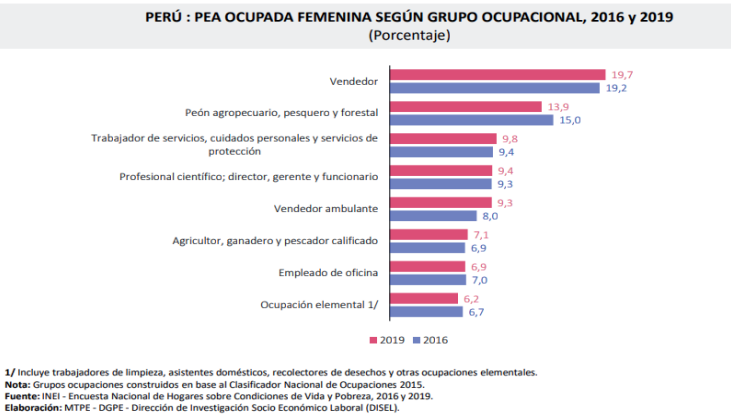
Nota: Para el cálculo de los ingresos se excluye a los Trabajadores Familiares No Remunerados y a la PEA ocupada sin ingresos. Se consideran los ingresos totales por trabajo de la ocupación principal y secundaria del trabajador.

Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2007-2019.

Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

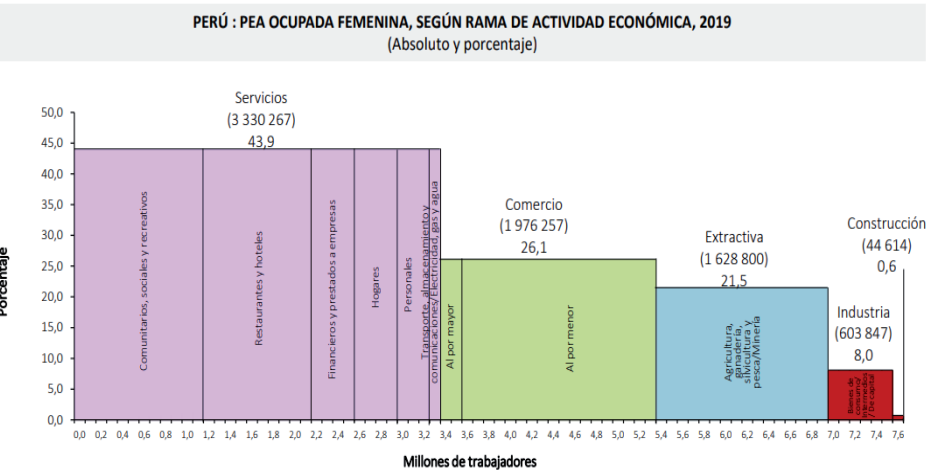
En lo que respecta a la segregación ocupacional horizontal, se aprecia también (ver Gráfico N° 4) que los principales grupos ocupacionales en los que se desempeñaron las mujeres fueron: vendedoras (19,7%), peones agropecuarios, pesqueros y forestales (13,9%) y trabajadoras de servicios, cuidados y servicios de protección (9,8%).

Gráfico N° 4



Por otro lado, la principal rama de actividad económica que absorbió a las trabajadoras fue la de servicios (43,9%), seguida por el comercio (26,1%), todas ellas actividades caracterizadas por tener bajo nivel de productividad (ver Gráfico N° 5).

Gráfico N° 5



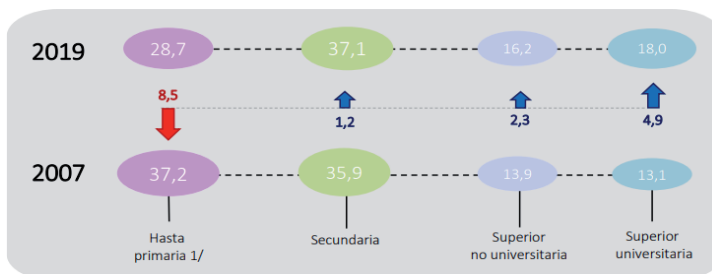
Nota: Clasificación de ramas de actividad basada en el CIIU Rev. 4.
Cifras referenciales en las ramas de actividad económica de minería, industria de bienes intermedios e industria de bienes de capital.
Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2019.
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Finalmente, destaca que el nivel educativo alcanzado predominante de las mujeres ocupadas para el 2019 fue la educación secundaria (37,1%), aunque se observa también que, respecto al año 2007, aumentó la participación de mujeres

ocupadas con educación superior universitaria y superior no universitaria en 4,9 y 2,3 puntos porcentuales, respectivamente (ver Gráfico N° 6).

Gráfico N° 6

PERÚ : PEA OCUPADA FEMENINA, SEGÚN NIVEL EDUCATIVO ALCANZADO, 2007 Y 2019
(Porcentaje)

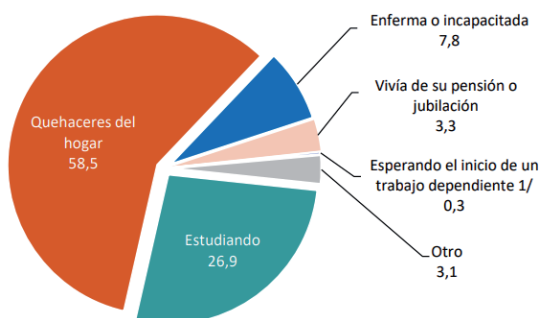


1/ Incluye sin nivel educativo. A partir del año 2017, primaria también incluye a básico especial.
Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2007 y 2019.
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Asimismo, conforme se aprecia en el Gráfico N° 7, observamos que para el 2019 las mujeres inactivas laboralmente lo eran principalmente porque estaban realizando quehaceres del hogar (58,5%) o estudiando (26,9%).

Gráfico N° 7

PERÚ: PEI FEMENINA, SEGÚN PRINCIPALES RAZONES DE INACTIVIDAD LABORAL, 2019
(Porcentaje)



Nota: No se incluye el gráfico a las mujeres inactivas que no especificó sus razones (0,1%).
1/ Cifra referencial a los que esperan el inicio de un trabajo dependiente.
Fuente: INEI - Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2019.
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

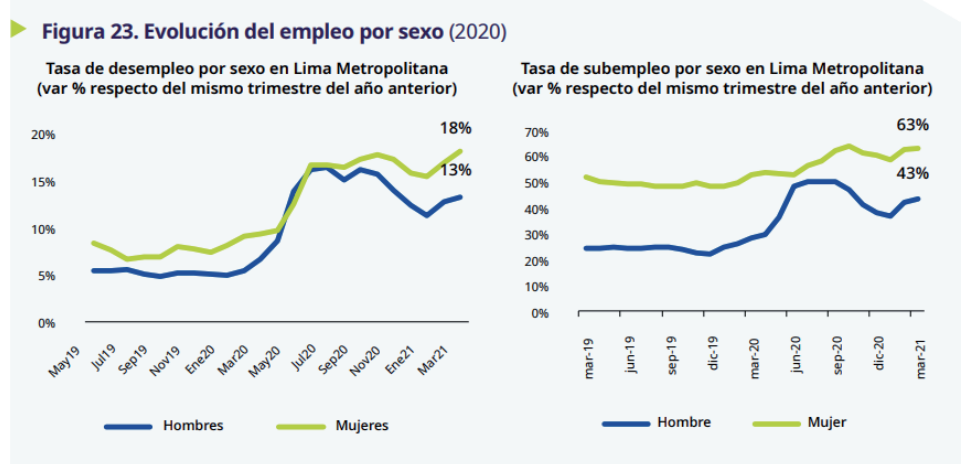
No podemos concluir las referencias a la información estadística que evidencia el problema público que la presente propuesta normativa busca abordar, sin

mentonar el impacto que la pandemia por el Covid-19 generó en el mercado laboral peruano.

Sobre el particular, Lavado (2022) nos recuerda que en el marco de un mercado laboral como es el peruano, caracterizado por la informalidad y otras brechas estructurales, las medidas de aislamiento obligatorio y paralización de actividades económicas no esenciales generaron que el empleo a escala nacional cayera en un 13,0%.

Mas aun, debido a dicha coyuntura, la creación de trabajos decentes se paralizó y se ampliaron las brechas, sobre todo aquellas que afectan más a las mujeres (ver Gráfico 8). De este modo, si antes de la pandemia las mujeres ya tenían una tasa de desempleo más alta que la de los varones; superadas las medidas restrictivas y reactivada la economía, se aprecia que la tasa de desempleo de las mujeres se mantiene más elevada que la de los hombres en 5 puntos porcentuales, y que cerca del 63% de las mujeres ocupadas están subempleadas (Lavado, 2022).

Gráfico N° 8



Fuente: INEI, 2019b; 2020c; 2021c.
Elaboración propia.

En suma, si bien es cierto que hemos superado la etapa en la que la desigualdad de las mujeres en el mercado de trabajo era de origen legislativo, no es menos cierto que persisten obstáculos de tipo cultural y social que se traducen en brechas duraderas que afectan sustancialmente a las mujeres. De allí que el objetivo fundamental de las políticas de igualdad de oportunidades en el mer-

cado de trabajo deba dirigirse a la superación de este tipo de obstáculos con el fin de convertir la igualdad reconocida legalmente, en una situación real y efectivamente igualitaria para mujeres y hombres.

Precisamente, como se mencionó anteriormente, la finalidad de la presente investigación es coadyuvar a alcanzar una efectiva igualdad de oportunidades por razón de género en el mercado de trabajo, facilitando el cuidado de los hijos e hijas menores de edad, fomentando la redistribución de la carga de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, y combatiendo estereotipos de género respecto a la presencia mayoritaria de las mujeres en sectores y empleos de bajos ingresos; contribuyendo así a que el Estado peruano logre cumplir la meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible al 2030: lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

IV. POTENCIALES BENEFICIOS CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS

Según estimaciones y proyecciones de población efectuadas por el INEI al 30 de junio de 2019¹, el Perú tenía una población de 9 millones 652 mil niñas, niños y adolescentes. De ellos, el 50,5% (4 millones 878 mil) son hombres y el 49,5% (4 millones 774 mil) mujeres.

En relación con la asistencia a la escuela, en el semestre de estudio la tasa neta asistencia escolar a educación inicial de las niñas y niños de 3 a 5 años de edad alcanzó al 89,2% de dicha población. Por área de residencia, la asistencia a este nivel educativo en el área urbana fue del 88,9% y en el área rural del 90,1%.

Por su parte, la tasa neta de asistencia a educación primaria de la población de 6 a 11 años de edad fue de 94,8%. Según área de residencia, la asistencia a este nivel educativo fue mayor en el área rural (96,3%) que en el área urbana (94,2%).

Finalmente, también durante el primer semestre del año 2019, la tasa neta de asistencia escolar a educación secundaria de la población de 12 a 16 años de

1 INEI. Nota de Prensa N° 207: https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/np207_2019.pdf

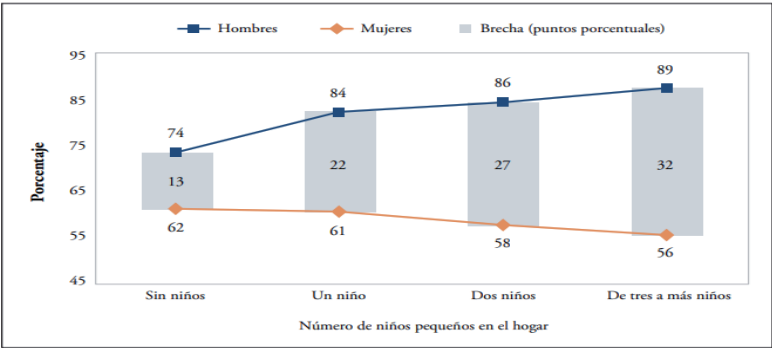
edad fue del 87,2%. Por área de residencia, fue mayor en el área urbana (89,1%) que en la rural (82,5%).

Ahora bien, según Jaramillo y Ñopo (2020) la presencia de niños menores de 6 años dentro del hogar exagera las diferencias en tasas de ocupación, en parte porque una mayor proporción de hombres trabaja, pero también porque una menor proporción de mujeres está en el mercado laboral.

Así, tener un niño o niña en el hogar amplía la brecha de empleo entre hombres y mujeres en 10 puntos porcentuales; y cada hijo adicional, en 5 puntos porcentuales (ver Gráfico N° 9). Según los autores, esto correspondería a los patrones culturales patriarcales, que asignan a las mujeres roles en el cuidado de los pequeños y demás tareas domésticas, y cuyo impacto es su exclusión relativa del mercado de trabajo.

Gráfico N° 9

Perú: tasa de ocupación por número de hijos pequeños en el hogar, según sexo, 2018 (porcentaje)



Fuente: INEI-ENAH0, 2018.

Nota: Se considera residentes habituales en el hogar a los niños menores de 6 años.

Lo anterior cobra suma relevancia si se considera que cerca del 84% de los hogares biparentales tiene presencia de niños pequeños menores de 6 años o personas dependientes de cuidado (enfermedad, discapacidad o adultos mayores inactivos laboralmente). En los hogares monoparentales con jefatura femenina esta cifra es de un 81%; y con jefatura masculina, de un 61%. De modo particular, los autores advierten que este tipo de hogar monoparental, con jefatura femenina y dependientes (menores de edad u otras personas que

requieren cuidado especial), parece requerir particular apoyo para promover la autonomía económica de la mujer.

En resumen, Jaramillo y Ñopo (2020) concluyen que una barrera fuerte para el trabajo femenino son las responsabilidades domésticas, que responden a roles asignados culturalmente para hombres y mujeres, según los cuales ellas son confinadas al ámbito de las labores domésticas y el cuidado del hogar. Por lo tanto, un programa que apoye en el cuidado de los pequeños podría contribuir a aliviar las cargas que recaen de manera desproporcionada sobre las madres.

De manera similar el estudio de Lavado (2017), evidencia el impacto del factor tiempo por el cuidado de niñas y niños pequeños, en el desarrollo del capital humano y las bajas remuneraciones.

Concretamente, se identifica la brecha existente entre los ingresos recibidos por mujeres sin hijos y mujeres con hijos. Las mujeres con hijos pueden ganar hasta 16% menos al mes que aquellas mujeres que no tienen hijos. Es decir, existen unas penalizaciones salariales por maternidad, especialmente cuando se tienen niños menores de 5 años y se disponen de menos horas para la formación o para el mercado laboral, dado que en casa son ellas quienes realizan la mayor parte de los trabajos domésticos.

En el estudio en cuestión se examinó el uso del tiempo de las mujeres con los datos de la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo – ENUT y se encontró que las mujeres que no participan del mercado laboral (inactividad), destinan entre 43 y 66 horas semanales a trabajos domésticos no remunerados. La primera cifra corresponde a las mujeres sin hijos y la segunda a las mujeres con hijos, para las cuales el tiempo promedio de trabajo doméstico es mayor que el tiempo de una jornada laboral legal.

Por su parte, al considerar a las mujeres en condición de ocupadas se encontró que, a pesar de participar del mercado laboral, también destinan tiempo a trabajos domésticos no remunerados. En cuanto a las mujeres sin hijos, destinan 26 horas semanales a trabajos domésticos y de cuidado, cifra que aumenta a 47 horas al tratarse de mujeres con hijos. Este doble trabajo se observa al medir la carga global de trabajo, pues los resultados obtenidos de la ENUT indican que las mujeres sin hijos tienen una carga global de trabajo de 61 horas semanales,

mientras que las mujeres con hijos tienen una carga global de hasta 80 horas semanales (Lavado, 2017).

Frente a ello, Boyd y Rentería (2018) consideran que un hallazgo de suma importancia en su investigación es que las mujeres con hijos usuarias del Programa Nacional “Cuna Más” muestran una tasa de ocupación notablemente superior al resto de grupos de madres con hijos de 6 a 36 meses (79%, con respecto al 59% promedio nacional).

De hecho, los autores mencionados encuentran evidencia de que -en términos generales- el Programa Nacional “Cuna Más” tiene un impacto positivo sobre los resultados laborales de las mujeres con al menos un hijo de 6 a 36 meses y que forman parte de la PEA ocupada, quienes aumentan en un 14% su probabilidad de estar ocupadas en el mercado laboral, mejoran sus niveles remunerativos e incrementan su posibilidad de trabajar en el sector formal.

Finalmente, a los beneficios que la literatura especializada ya evidencia, se suma el hecho de que la implementación y gestión de las cunas-guardería o espacios de cuidado en los centros de trabajo -siempre y cuando provengan de una obligación de fuente legal- constituirían gastos deducibles del Impuesto a la Renta de tercera categoría, de conformidad con el principio de causalidad previsto por el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.

Efectivamente, en reiterada jurisprudencia administrativa, como la expresada en las Resoluciones Nos. 12145- 10-2014 y 04586-4-2014, el Tribunal Fiscal ha señalado que los gastos que provienen de mandatos legales son deducibles. En esa línea, estos gastos no podrían calificar como liberalidades de las empresas, ya que provienen de un mandato legal, por lo que, conforme al principio de causalidad antes mencionado, son deducibles en tanto necesarios para producir renta o mantener la fuente productora de riqueza.

Más aun, tenemos ejemplos en la legislación interna vigente de incentivos tributarios en favor de las empresas que incurren en determinados gastos que se estiman necesarios o valiosos por su impacto en la sociedad en su conjunto.

Así, por ejemplo, la Ley N° 30309, Ley que promueve la investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación tecnológica, establece que los

contribuyentes que efectúen gastos en proyectos de investigación científica, desarrollo tecnológico y/o innovación tecnológica, vinculados o no al giro de negocio de la empresa, y que cumplan con determinados requisitos establecidos en la propia Ley, pueden acceder a deducciones que fluctúan entre el 150% y 215% del gasto correspondiente.

En la misma línea, la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, establece deducciones adicionales en favor de los contribuyentes que generan rentas de tercera categoría sobre las remuneraciones que paguen a personas con discapacidad y por los gastos por ajustes razonables en el lugar de trabajo para dichas personas, respectivamente, en porcentajes que serán fijados por Decreto Supremo; precisamente, el Decreto Supremo N° 287-2013-EF dispone que las referidas deducciones adicionales constituyen crédito contra el impuesto a la renta equivalente al 3% de la remuneración anual de los trabajadores con discapacidad, y al 50% de los gastos por ajustes razonables en el lugar de trabajo.

V. EXPERIENCIAS PREVIAS Y COMPARADAS

En el Perú el ordenamiento jurídico laboral vigente presenta un enorme y preocupante vacío en materia de fomento de espacios de cuidado en favor de los hijos e hijas de las y los trabajadores, así como de medidas que -en general- promuevan la corresponsabilidad entre géneros.

Efectivamente, a la fecha de elaboración del presente artículo, se han identificado únicamente tres proyectos de ley -ninguno de los cuales fue aprobado- que fueron presentados en el Congreso de la República y que buscaron abordar el problema público de la escasa oferta de espacios de cuidado para las y los hijos menores de edad del personal que trabaja, tal como se detalla en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 1

Proyecto de Ley	Grupo Parlamentario	Síntesis de la propuesta
Texto Sustitutorio del PL N° 775-2016-CR	Frente Amplio	Las entidades del sector público y los empleadores del sector privado con más de 50 trabajadores/as con hijos menores de 5 años tienen la obligación de implementar y gestionar salas-cuna en los centros de trabajo o contratar con un tercero dicho servicio.
PL N° 6082-2020-CR	Frente Amplio	Las entidades del sector público y los empleadores del sector privado con más de 10 trabajadores/as con hijos menores de 6 años tienen la obligación de implementar salas-cuna en los centros de trabajo.
PL N° 7023-2020-CR	FREPAP	Las entidades del sector público y los empleadores del sector privado con más de 20 trabajadores/as con hijos menores de 3 años tienen la obligación de implementar salas-cuna en los centros de trabajo. En caso la institución pública o privada no implemente la sala-cuna, se entenderá que cumple con la obligación si paga los gastos directamente.

Por oposición al vacío normativo del que nuestro país adolece en esta materia, observamos a nivel de legislación comparada, por ejemplo, el caso de Brasil, en donde la Consolidación de las Leyes de Trabajo establece que toda empresa con 30 o más trabajadoras mayores de 16 años debe tener un lugar adecuado para que los empleados dejen a sus hijos durante el periodo de lactancia. El texto no especifica la duración de este periodo y declara que la propia empresa puede ofrecerlo a través de guarderías subcontratadas, las cuales deben estar cerca del lugar de trabajo (OIT, 2010).

En el caso de Chile, los empleadores que contraten 20 o más mujeres están obligados por el Código de Trabajo chileno a ofrecer cuidados a los niños menores de 2 años (OIT, 2010); mientras en Argentina, mediante el reciente Decreto 144/2022 se ha reglamentado el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, estableciéndose que en los centros de trabajo donde presten tareas 100 personas o más, independientemente de las modalidades de contratación, se deberán ofrecer espacios de cuidado para niños y niñas de entre 45 días y 3 años de edad².

2 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/259691/20220323>

En atención a ello, y por los argumentos expuestos en los apartados III y IV precedentes, urge que se elabore una propuesta normativa que cubra dicho vacío y complemente las normas laborales aplicables al sector privado en materia de ampliación de la oferta de espacios de cuidado y de fomento de la corresponsabilidad entre géneros; lo cual -como también se explicó previamente- resulta plenamente compatible y coherente con el marco jurídico nacional vigente en la materia, así como con las obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano.

VI. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, los argumentos jurídicos y técnicos expuestos en el presente artículo evidencian la importancia crucial que tienen los espacios de cuidado, de manera particular, y la corresponsabilidad entre géneros, de manera más amplia, para alcanzar una efectiva igualdad de oportunidades por razón de género en el ámbito laboral.

En efecto, se ha observado cómo ampliar la oferta de espacios de cuidado en favor de los hijos e hijas menores de edad, así como implementar medidas que promuevan la redistribución de la carga de responsabilidades familiares, inciden positivamente en los principales indicadores de la situación laboral de las mujeres en el mercado de trabajo peruano.

Pese a ello, el ordenamiento jurídico laboral vigente en nuestro país presenta un enorme y preocupante vacío en la materia. Por lo tanto, recomendamos que se elabore un proyecto de ley cuyo objeto sea -precisamente- fomentar la implementación de medidas que promuevan la corresponsabilidad entre géneros y amplíen la oferta de espacios de cuidado en favor de los hijos e hijas de las y los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

Sugerimos que dicha propuesta normativa sea aplicable a los empleadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que tengan más de 10 trabajadores/as contratados con hijos/as menores de 3 años de edad; y que dichas partes puedan acordar la implementación en el centro de trabajo de cunas-guardería u otros espacios de cuidado, cuya gestión puede ser responsabilidad exclusiva del empleador o este puede subcontratar dicha gestión con empresas tercerizadoras especializadas en el rubro.

Asimismo, sería importante que la propuesta normativa considere que el costo de la implementación, gestión y mantenimiento de las cuna-guardería u otros espacios de cuidado pueda ser asumido exclusivamente por el empleador o, previo acuerdo, cofinanciado con las y los trabajadores cuyos hijos/as hagan uso del referido servicio. En todo caso, será crucial que el costo que asuma el empleador -ya sea exclusivamente o en la parte proporcional del cofinanciamiento- constituya gasto deducible del impuesto a la renta por un porcentaje mayor, tal como sucede con las Leyes Nos. 29973 y 30309.

Finalmente, debería evaluarse la posibilidad de autorizar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que, mediante Decreto Supremo, faculte a las y los trabajadores a fin de que, de común acuerdo y previa comunicación formal a sus respectivos empleadores, la madre y el padre puedan distribuir el total de los días de licencia y permiso que de manera conjunta les resulten aplicables según cada motivo u ocasión, a fin de promover una efectiva corresponsabilidad entre géneros.

REFERENCIAS

- Ballesteros, E. (2010). Condiciones de posibilidad de los Planes de Igualdad como política de promoción de la equidad en el ámbito laboral. Cuadernos de Relaciones Laborales, 28(1), 133-150.
- Boyd, C & Rentería, JM (2018) - Economía del cuidado, desigualdades de género y participación en el mercado laboral. El caso de Cuna Más. Lima: CIES. 160p.
- Gómez, C. (2001). Mujeres y trabajo: principales ejes de análisis. Papers. Revista de Sociología, 63, 123-140.
- Harari, Y.N. (2017). Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad. Barcelona: Debate.
- INEI. (2019). Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2019.
- Jaramillo, M & Ñopo, H (2020). Impactos de la epidemia del coronavirus en el trabajo de las mujeres en el Perú. Lima: GRADE. 131p.

- Lavado, P. (2022). Propuestas de políticas a favor del trabajo decente en el marco de la Agenda 2030. Lima: CONFIEP/OIT. 83p.
- Lavado, T. (2017). Penalizaciones salariales por maternidad el costo de ser madre en el Perú. Lima: CIES. 69p.
- OIT. (2018). Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Avance global sobre las tendencias del empleo femenino 2018. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Poveda, M. (2006). «Los lunes al sol» o «Los lunes en casa». Roles de género y vivencias del tiempo de desempleo. Cuadernos de Relaciones Laborales, 24(2), 85-110.

Estigma y discriminación vinculada con la salud mental en el acceso al empleo

**Stigma and discrimination linked to
mental health in access to employment.**

SILVIA REBAZA SANTA CRUZ*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: silvia.rebaza@pucp.pe
<https://orcid.org/0000-0002-5519-432X>

RESUMEN: Diversos grupos históricamente discriminados mantienen al día de hoy limitaciones en el ejercicio en su derecho a la igualdad y acceso al empleo, sin embargo, uno de los grupos más estigmatizados es el de aquellos que tienen diversas condiciones o afectaciones vinculadas a la salud mental. Estas personas no solo son discriminadas en el trabajo, sino que también enfrentan muchas veces evaluaciones psicológicas para el acceso al empleo, que los limita indebidamente. En este trabajo buscamos profundizar en el tema y dar pautas para la solución.

PALABRAS CLAVE: Salud, mental, discriminación, acceso, empleo, empleabilidad, igualdad, estigma.

ABSTRACT: Historically discriminated groups continue to face limitations in the exercise of their right to equality and access to employment. However, one of the most stigmatized groups involved people with various conditions or affectations related to mental health. These people are not only discriminated at work, but also often face psychological evaluations for access to employment, which unduly limits them. In this paper we seek to delve deeper into the issue and provide guidelines for a solution.

KEYWORDS: Health, mental, discrimination, access, employment, employability, equality, equality, stigma, health, mental health.

Recibido: 06/02/2023

Aceptado: 27/02/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

* Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de posgrado en la Maestría de Derecho del Trabajo en la misma casa de estudios. Asociada Senior del Estudio Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uria

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco Legal peruano. III. Estigma en el acceso al empleo de personas con afectaciones a la salud mental. IV. Evaluaciones Psicométricas y requisitos para desempeñar un puesto de trabajo: ¿Un diagnóstico vinculado a la salud mental puede ser una justificación para la denegatoria en el acceso a un puesto de trabajo? 1. *Motivos Objetivos que podrían sustentar diferenciación en la contratación de personas.* 2. *Consideraciones sobre evaluaciones psicológicas y pruebas psicométricas para acceder al empleo.* V. Consideraciones y recomendaciones finales. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, una de cada ocho personas en el mundo padece de algún trastorno mental (Organización Mundial de Salud - OMS, 2022c). Esto de acuerdo a cifras a las que se ha podido tener acceso, pues, ciertamente, podríamos hablar de un número mucho mayor si consideramos que las condiciones que afectan a la salud mental son habitualmente consideradas un tema ‘tabú’ por muchos, por lo que no suelen ser ventilados, e incluso sin considerar aquellos casos no diagnosticados por falta de difusión y relevancia brindada por algunos Estados.

En el Perú, solo entre enero y agosto de 2022, el Ministerio de Salud efectuó un total de cuatro millones ciento cuarenta mil ochocientos dos atenciones en salud mental a más de un millón de pacientes, siendo los problemas más detectados la ansiedad (28.81%) y seguido por la depresión (17.57%)¹. Estas cifras resultan alarmantes respecto a la gran cantidad de personas que padecen afectaciones a la salud mental en nuestro país y en el mundo, sin embargo, pese a esto, en materia laboral aún hoy existe un amplio espacio de estigma y discriminación respecto a las condiciones vinculadas a la salud mental de trabajadores y trabajadoras, no solo una vez que ya se encuentran en una relación laboral, sino, especialmente, a efectos de poder acceder a ésta.

En el presente trabajo abordaremos los principales retos a los que se enfrentan las personas con condiciones determinadas y afectaciones a la salud mental al momento de acceder al empleo, así como la limitación en la igualdad de oportunidades para este colectivo. En la primera parte brindaremos consideraciones primarias respecto al marco legal peruano sobre acceso al empleo y

1 En: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/651753-minsa-logra-realizar-mas-de-4-millones-de-atenciones-en-salud-mental>

normativa sobre salud mental, a efectos de determinar el marco normativo sobre el que se sustenta la evaluación realizada en el presente artículo. Luego de ello, ahondaremos en el concepto del estigma en el acceso al empleo de personas con afectaciones a la salud mental, así como las diversas situaciones que se originan y que impidan el real ejercicio de su derecho a trabajar y no ser discriminados en las postulaciones laborales.

Como punto siguiente se revisarán los parámetros objetivos que sí podrían generar una eventual diferenciación respecto a la salud mental en el acceso al empleo y una crítica al sistema de evaluaciones psicológicas y psicométricas actual durante los procesos de postulación. Finalmente, brindaremos algunas consideraciones y recomendaciones para abordar y mejorar esta problemática a futuro.

II. MARCO LEGAL PERUANO: ACCESO AL EMPLEO Y NORMATIVA SOBRE SALUD MENTAL

Entre los derechos laborales que tienen una relevancia marcada, al punto de ser considerados explícitamente en nuestra Constitución Política, se encuentra el derecho de igualdad y no discriminación en sus distintas vertientes, entre ellas, claro está, en el acceso al empleo. Así, tenemos que el artículo 2° de dicho cuerpo normativo establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

De igual modo, el artículo 26° de la Constitución, también señala como un principio que regula la relación laboral al siguiente:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación (...).”

Claramente la igualdad y no discriminación es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y en el aspecto laboral resulta uno de los pilares esenciales, en la medida que, precisamente, el derecho laboral surge

con la intención de hacer frente a las existentes desigualdades generadas en la relación trabajador-empleador, y la protección del primero. Así, también lo ha determinado la propia Organización Internacional de Trabajo (OIT) en su Convenio 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), en el cual se establece lo siguiente:

“La igualdad de oportunidades y de trato permite a todas las personas desarrollar plenamente sus talentos y calificaciones de conformidad con sus aspiraciones y preferencias, y gozar de igualdad de acceso al empleo y de igualdad respecto de las condiciones de trabajo”.

Ahora bien, respecto a la igualdad en el acceso al empleo, nos encontramos ante una figura que resulta de relevante análisis, no solo por la importancia de aseverar la real igualdad de oportunidades en el acceso al empleo como punto de inicio que desencadena la relación laboral propiamente y otros derechos laborales, sino que también por la propia complejidad al momento de determinar si determinados grupos históricamente discriminados o excluidos tienen un REAL acceso a este derecho. Esto ya que, como es ampliamente conocido, si bien actualmente contamos con normativa específica que prohíbe la discriminación o que los anuncios de contratación tengan contenido diferenciador injustificado, lo cierto es que el acceso al empleo contiene un margen de discrecionalidad y subjetividad de quien contrata que, en determinados casos, puede esconder figurar discriminatorias, directa o indirectamente, hacia determinados grupos. Este es el caso, por ejemplo, de aquellos que mantienen algún tipo de afectación o situación vinculada a la salud mental.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, *“la salud mental es un estado de bienestar en el que la persona realiza sus capacidades y es capaz de hacer frente al estrés normal de la vida, de trabajar de forma productiva y de contribuir a su comunidad”* (OMS, 2022). No obstante, no es menos cierto que gran número de nuestra población sufre diversas condiciones o situaciones de afectación a su salud mental, incluso en muchos casos no diagnosticadas propiamente. Así, el espectro de afectación a la salud mental puede ir desde un contexto temporal que no revista mayor gravedad o rasgos de la personalidad, hasta situaciones en las que existen diagnósticos de enfermedades psiquiátricas y que generan incapacidad de forma permanente.

Sobre ello, la OMS ha calculado que *“casi la mitad de la población sufrirá una enfermedad mental en algún momento de su vida”* y *“se estima que casi el 10 % sufre depresión cada año y que el 2,6 % sufre un trastorno psicótico”* (Comisión Europea, 2017, p.9). De igual manera, en Europa se calcula que el 15 % de la población ha recibido ayuda debido a un problema psicológico y que el 72 % de los ciudadanos han tomado antidepresivos en algún momento de su vida (Comisión Europea, 2017, p. 9).

Este escenario, ciertamente, no es lejano para el caso de Perú, toda vez que en nuestro país, de acuerdo a cifras emitidas en 2015, *“el 20.4% de la población adulta sufre de algún tipo de trastorno mental, siendo la depresión y la ansiedad los de mayor relevancia, seguidos del excesivo consumo de alcohol, consumo de otras sustancias psicoactivas y la violencia”* (Instituto Nacional de Salud Mental - INSM, 2015). Es importante destacar que las cifras mencionadas previamente fueron calculadas en un escenario previo a la coyuntura de pandemia por COVID-19 experimentada en todos los países del mundo en los últimos años, y que ha tenido un impacto aún más desgarrador en la situación de salud mental de compatriotas y personas a nivel mundial, por lo que la afectación a la salud mental es aún más grave y precaria que hace cinco años atrás.

Ahora bien, respecto a la salud mental en nuestro país, desde el 23 de mayo de 2019 contamos con una Ley de Salud Mental que busca de forma integrada se garantice el real acceso a servicios, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud mental por parte de la ciudadanía, buscando que en el país se permita el pleno ejercicio del bienestar de la persona y su dignidad, sin discriminación, y buscando especialmente la erradicación del estigma respecto a personas con problemas de salud mental. De igual manera, en marzo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 007-2020-SA, Reglamento de la Ley de Salud Mental, que también contiene diversas políticas y normativas aplicables a nivel general para promover la salud mental y evitar la discriminación de aquellos que padecen alguna situación vinculada.

El mencionado Reglamento de la Ley de Salud Mental contiene diversas obligaciones y disposiciones en materia laboral, sin embargo, para efectos del presente artículo, queremos ceñirnos a mencionar dos normas vinculadas con la oportunidad de acceso al empleo. En primer lugar, el artículo 24° de la Ley N° 30947, conforme a la cual:

“24.1 La evaluación médica en salud mental es voluntaria. Nadie puede ser obligado a someterse a un examen médico con el objeto de determinar si padece o no de un problema de salud mental. Se exceptúan los siguientes casos:

- 1. Situaciones de emergencia psiquiátrica o mandato judicial.*
- 2. Exámenes médicos ocupacionales (...)*”

De igual modo, esta disposición es precisada para efectos laborales a través del artículo 16° del Reglamento de la Ley, conforme al cual:

“16.1. La evaluación en salud mental es voluntaria. Nadie puede ser obligado a someterse a una evaluación con el objeto de determinar si presenta o no un problema de salud mental, con las excepciones que establece la Ley.

16.2. Las solicitudes de certificados médicos de salud mental o informes psicológicos para la postulación, admisión, promoción, aprobación, egreso, certificación, trámites u otro procedimiento en el ámbito educativo, laboral y administrativo, que no tienen sustento en un mandato legal, reglamentario o disposición sectorial específica previa, se consideran como actos discriminatorios que vulneran los derechos de las personas”. (Subrayado nuestro).

192

Cabe destacar que estas normas de prevención en postulaciones de tipo laboral responden al estigma imperante respecto al acceso al empleo de personas con diversas condiciones y afectaciones a la salud mental. Sin embargo, pese a esta normativa, aún hoy existe un fuerte estigma que impide que trabajadores y trabajadoras puedan acceder debidamente a un puesto de trabajo. Esto será abordado a continuación.

III. ESTIGMA EN EL ACCESO AL EMPLEO DE PERSONAS CON AFECTACIONES A LA SALUD MENTAL

De acuerdo a lo señalado por la OIT y la OMS en su reciente Política Conjunta en materia de Salud Mental en el Trabajo, el derecho al trabajo es un derecho comúnmente relegado para personas con afectaciones a la salud mental, quienes también suelen ser mal retribuidas en comparación del resto de la población (OIT/OMS, 2022, p. 4).

Debe destacarse que dentro de las afectaciones a la salud mental podemos encontrar personas con diversas características y trastornos, quienes, dependiendo

de la coyuntura y diagnóstico específico, podrán requerir un mayor o menor nivel de asistencia para realizar sus actividades de forma regular. Una clasificación general, que únicamente brinde mayor referencia al lector, puede ser la siguiente:

“1.º Grupo de trastornos adaptativos, con sintomatología aguda y leve, sin disfunción psicosocial ni conductas de riesgo y que supone una carga asistencial baja.

2.º Grupo ansioso-depresivo, con presencia de sintomatología leve-moderada crónica, escasa disfunción psicosocial, problemas laborales leves, sin conductas de riesgo ni complicaciones médicas. Presentan una gravedad moderada-baja y una carga asistencial media-baja (...).

3.º Grupo depresivo-psicótico, caracterizado por sintomatología moderada y riesgo de suicidio, problemas laborales y familiares moderados, según las demandas de su rol profesional, gravedad moderada y carga asistencial moderada, según el grado de adherencia terapéutica.

4.º Grupo inestable-conflictivo, con síntomas graves, problemas importantes de autocuidado, desempleo temporal, conflictos familiares, conductas de riesgo y complicaciones graves en su tratamiento, como oposición al mismo, vínculo de mala calidad con los profesionales que le atienden, gravedad alta y carga asistencial elevada.

5.º Grupo de alta discapacidad laboral y social, graves problemas de autocuidado, desempleo crónico, síntomas positivos y negativos graves, complicaciones graves con el tratamiento con oposición al mismo y difícil vínculo con los profesionales sanitarios, gravedad elevada y carga asistencial muy alta” (Mingote, 2011, p. 196).

De la información presentada, los dos primeros grupos mencionados, si bien presentan afectaciones a la salud mental, tienen un menor grado de requerimiento de tratamiento o asistencia, en comparación de los tres grupos siguientes. De igual modo, su inserción laboral también abarcaría mayor cantidad de puestos de trabajo en los que su condición no representa limitante alguna. Sin embargo, como veremos más adelante a propósito de las pruebas psicométricas, ciertamente también son personas usualmente discriminadas en el acceso al empleo, aun cuando la afectación es leve o incluso generada o desencadenada por el propio entorno laboral en el que prestó servicios, como, por ejemplo, en afectaciones a la salud mental derivadas de ansiedad laboral, estrés y el propio y ahora muy conocido síndrome de desgaste profesional (burnout).

En efecto, actualmente las personas con afectaciones en la salud mental o discapacidad mental tienen menos posibilidades para encontrar empleo, en

comparación con otras condiciones de discapacidad no vinculadas con la salud mental. Así, *“el nivel de fuerza de trabajo de dichos individuos alcanza solo el 29%, un porcentaje significativamente menor si es comparado con las personas con discapacidad física (49%) y con la comunidad en general (74%). La situación es aún peor para personas con trastorno psíquico, entre quienes solo dos de cada diez encuentran alguna forma de empleo”* (Porrás, 2013, p.109). Además, también se ha determinado que *“en los países menos desarrollados, la tasa de desempleo de las personas que padecen enfermedades mentales alcanza el 90%”* (Acevedo, 2017).

Si bien, como hemos mencionado previamente, las afectaciones a la salud mental pueden ser de diverso origen y tener diverso impacto en la capacidad de la persona, las personas que la padecen enfrentan prejuicios similares e impedimentos genéricos en las relaciones laborales, y especialmente en el acceso al empleo. Así, se vuelven, precisamente, uno de los colectivos más vulnerables al momento de acceder y mantener un empleo, como consecuencia del estigma social que rodea los problemas de salud mental (Maqueda, 2018, p.11).

El estigma *“generalmente se refiere a cualquier característica, rasgo o trastorno que etiquete a una persona como diferente respecto a una ‘normal’, provocando una intolerancia o incluso un castigo hacia ella por parte de la comunidad”* (Acevedo, 2017). Si bien existen diversas enfermedades (como el VIH) que generan estigma en la sociedad, las afectaciones a la salud mental devienen en un grupo especialmente sensible, toda vez que no solo se le atribuyen condiciones negativas en lo personal y laboral, sino que además, la falta de conocimiento sobre las enfermedades y condiciones vinculadas a la salud mental hacen que se tengan estereotipos negativos que refuerzan el temor y aislamiento a las personas con cualquier nivel de afectación a la salud mental, incluso aquellas que se encuentran plenamente capacitadas para la prestación de servicios.

Como señala Maqueda (2018), *“el estigma se expone en tres dimensiones diferentes: (a) Estereotipos: conocimientos aprendidos socialmente, creencias que presentan la mayoría de las personas, que caracterizan de manera general a un grupo de personas y establecen la percepción de las mismas; (b) Prejuicios: cuando los estereotipos se activan, generan prejuicios, habitualmente negativos. Son las condiciones emocionales negativas que proceden de las creencias previas; y (c) Discriminación: comportamientos y acciones de rechazo y exclusión de las personas que forman parte del grupo estigmatizado (...)”* (p.12).

Pensemos, por ejemplo, en una persona con un trastorno obsesivo compulsivo, controlado con las terapias psicológicas debidas. Aun cuando su condición no le impida realizar el trabajo habitual, en una primera búsqueda laboral podrá enfrentarse a exámenes psicométricos que determinen su condición de trastorno de ansiedad o podrá encontrarse en desventaja a nivel de nerviosismo en una entrevista. Esto hará que sus posibilidades de acceder a un trabajo disminuyan, lo cual a la vez retroalimentará el problema de ansiedad que mantiene.

De hecho, *“estas personas se topan con el miedo y prejuicio de los demás, con frecuencia basados en una concepción distorsionada de lo que es una enfermedad mental. Esto en realidad lo que causa es el aumento del sufrimiento personal, lo cual les impide el acceso a un empleo o vivienda, cosas que pudieren mejorar el estilo de vida de ellos, pero muchos de ellos no suelen buscar ayuda por el miedo a la forma que pueden reaccionar los demás”* (Acevedo, 2017). Además, esta situación hace que las propias personas que sufren de condiciones vinculadas a la salud mental releguen su participación en postulaciones laborales o que incluso no reconozcan su diagnóstico y consecuente tratamiento.

Por tanto, el estigma existente limita altamente el acceso al empleo de personas con diversas condiciones de salud mental, aun cuando podrían encontrarse plenamente capacitadas para el trabajo al que desean postular. La OIT y la OMS han señalado ya que los gobiernos y empleadores deberían mantener políticas y estrategias tendientes a facilitar el acceso y apoyo a personas que lidian con condiciones de salud mental, de modo que puedan acceder y mantener el trabajo que les permita su pleno desarrollo en la sociedad (OIT/OMS, 2022, p.14).

Como otras tantas cuestiones derivadas de prejuicios y estigmas vinculados a grupos históricamente relegados, es fundamental tomar medidas que permitan un real desarrollo del derecho y que posibiliten el acceso a puestos de trabajo sin ser descartados por motivos subjetivos. Tal y como señaló Porras: *“Es necesario cuestionar seriamente el discurso ideologizante que simplifica la relación salud-enfermedad mental, cuya añoranza de la normalidad se hace evidente e incuestionable tanto social como institucionalmente”* (Porras, 2013, p.113). Coincidimos en que este paradigma debe cambiar y los actores principales del mundo laboral (Estado, empleador y organizaciones sindicales), son los llamados a promover estos mecanismos de búsqueda de real igualdad y acceso a oportunidades, cuando no existan motivos objetivos que limiten aquellas intenciones.

IV. EVALUACIONES PSICOMETRICAS Y REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR UN PUESTO DE TRABAJO: ¿UN DIAGNOSTICO VINCULADO A LA SALUD MENTAL PUEDE SER UNA JUSTIFICACIÓN PARA LA DENEGATORIA EN EL ACCESO A UN PUESTO DE TRABAJO?

1. Motivos Objetivos que podrían sustentar diferenciación en la contratación de personas

En los puntos previos hemos desarrollado ya los principales conceptos del derecho a la igualdad de oportunidades, acceso al empleo, así como descrito un acercamiento a la precaria situación a la que se enfrentan las personas que tienen enfermedades o condiciones vinculadas a la salud mental, al momento de buscar insertarse en el mundo laboral. Sin embargo, debemos ser enfáticos en señalar que la apertura en el acceso al empleo de personas con condiciones vinculadas a la salud mental no implica necesariamente que puedan acceder a todos los puestos de trabajo en el mercado, pues existirán claramente algunos en los que un óptimo estado de salud mental sea un requisito objetivo e intrínseco del puesto, y/o para la seguridad del propio postulante y de otros trabajadores en general.

En efecto, existirán casos en los que se opte por contratar a personas que no cuenten con afectaciones a la salud mental por motivos objetivos, debiendo tenerse en cuenta que no todo trato diferente es considerado discriminatorio. Como bien señalaba el maestro Javier Neves (2018), *“solo hay discriminación si dicho trato arbitrario se funda en un motivo prohibido por el ordenamiento. La discriminación, en cualquier caso, no se producirá cuando la distinción se encuentre justificada”* (p.140)

Sobre ello, debe recordarse que, al igual que la existencia de riesgos físicos o químicos en determinados puestos de trabajo, existen también riesgos psicosociales inherentes a determinadas posiciones laborales. Pensemos, por ejemplo, en un trabajador de call center que atiende reclamos de servicios. En una evaluación y diagnóstico de los riesgos a los que se enfrenta dicho puesto de trabajo, quizás no advertiremos la presencia de riesgos de golpes o caídas, por ser un trabajo administrativo, pero el desgaste que genera la comunicación diaria con público y que además presenta quejas o reclamos, hace que la naturaleza de la función tenga un alto riesgo psicosocial, de peligro por exposición a estrés y eventualmente hasta casos de maltrato por parte de dicho público. Si bien

dicha exposición debe medirse y prevenirse a través de un adecuado sistema de prevención de riesgos, no es menos cierto que la situación de eventual perjuicio a la salud mental subsiste con mayor intensidad en dichos puestos de trabajo. En un contexto como el relatado, el lector podrá coincidir en que resultará una decisión objetiva que la empresa decida no contratar a personas que ya cuenten con un diagnóstico de depresión o alta ansiedad, pues la prestación de servicios no haría más que exponer a esta propia persona a un mayor perjuicio a su condición.

La OMS también ha señalado aquello, al especificar que *“aunque pueden los riesgos psicosociales encontrarse en todos los sectores, algunos trabajadores tienen más probabilidades de estar expuestos a esos riesgos que otros, por la labor que realizan o los entornos en que se desempeñan y la manera de hacerlo. Los trabajadores de la salud, humanitarios o en situaciones de emergencia a menudo tienen que realizar tareas que conllevan riesgos elevados de exposición a eventos adversos, lo que puede afectar negativamente a su salud mental”* (OMS, 2022).

Otros supuestos similares en los que podría resultar válida la previsión respecto a determinadas condiciones de salud mental serían, por ejemplo, los casos de pilotos de avión; de personas que manejan autos o buses por largas horas; las que deben mantenerse en posición de alerta o utilizar arma blanca; las que deban prestar servicios en lugares altamente desolados por considerables márgenes de tiempo, entre otras similares. Todos estos puestos de trabajo comparten como característica un alto riesgo psicosocial por las funciones naturales que exige dicha actividad, y que, por tanto, pueda requerirse que algunos diagnósticos de condición de salud mental no son idóneos para ocupar dicha posición o que se prefiera no optar por un trabajador o trabajadora con esas características, para reducir los riesgos derivados de la función.

Además, debe destacarse que, en el caso de trastornos mentales graves, sí se encuentra a la disfunción laboral (y en otras áreas interpersonales) como un criterio diagnóstico de estos trastornos, lo que hace que en casos de esquizofrenia u otros trastornos de personalidad severos, sí exista una limitación que sea considerada incapacidad y que impida el acceso al empleo regular y a otras facetas de la vida habitual (Porrás, 2013, p.113). Sin embargo, reiteramos que esta no es la realidad de todas las enfermedades o condiciones vinculadas con la salud mental del personal, por lo que la evaluación de aptitud dependerá de cada caso concreto de las labores a desarrollar y de la condición de salud mental

que se trate. Así, resulta de plena relevancia el análisis interno que realice cada empleador, así como la determinación de aptitud para el desempeño de trabajo que efectúe el médico ocupacional en base a la observación objetiva.

Por tanto, podrán existir casos en los que objetivamente existan sustentos para requerir que determinados puestos de trabajo sean ocupados por personas que cuenten con una óptima salud mental o que válidamente se determinen condiciones limitantes para personas con determinadas características o diagnósticos vinculados a la salud mental. Así, *“la valoración de la aptitud psicofísica para el trabajo sin riesgo para la propia salud, o la de otros, es un acto sanitario cuyo objetivo es emitir un juicio médico de idoneidad o compatibilidad entre las condiciones de salud de una persona y las exigencias de un determinado trabajo. Es, por tanto, una valoración individual y para una finalidad concreta”* (Velázquez, 2012, p.419).

El reto en este tipo de situaciones será determinar objetivamente y sin velo de juicios las posiciones que realmente tendrán limitantes para determinadas condiciones de salud mental, derivadas de la propia naturaleza del puesto de trabajo que se requiere contratar.

Sin embargo, lamentablemente conocemos que en el panorama actual no solo no se realizan muchas veces las mediciones de riesgos psicosociales idóneas que podrían permitir estas diferenciaciones objetivas, sino que además es usual que los empleadores requieran evaluaciones psicológicas y pruebas psicométricas que no se encuentran reguladas y que muchas veces podrían llevar a excesos, en los que no solo se evalúen aptitudes para el puesto de trabajo, sino que también condiciones de salud mental que conlleven a que el empleador decida no tomar a determinado candidato o candidata. Ahondaremos en este último supuesto a continuación.

2. Consideraciones sobre evaluaciones psicológicas y pruebas psicométricas para acceder al empleo

Todo aquel que ha postulado en algún momento a un puesto de trabajo, ha pasado por un proceso de selección que no solo involucra a la entrevista de rigor, sino que también conlleva diversas pruebas de conocimientos, razonamiento y, entre ellas, evaluaciones psicométricas.

Podemos describir a estas evaluaciones en los siguientes términos:

“Los test psicológicos, test psicométricos o reactivos psicológicos son instrumentos experimentales con una firme base científica y una amplia validez estadística que tienen como finalidad la medición y/o evaluación de alguna característica psicológica –ya sea específica o general de un determinado sujeto, tal como lo puede ser, por ejemplo: (a) el proceso de medir su nivel inteligencia para efectos de poder comparar su rendimiento intelectual en relación con su grupo de pares, (b) la evaluación y medición de los rasgos generales de personalidad de un individuo, (c) la determinación de un perfil psicológico específico, (d) la constatación –a nivel clínico y psiquiátrico– de trastornos mentales y el consiguiente diagnóstico y tratamiento psicoterapéutico, y finalmente (e) verificar –ahora en el ámbito laboral– si los rasgos psicológicos, las competencias y las características personales que distinguen a una determinada persona se correlacionan con el perfil del cargo que ha sido levantado por alguna organización, sea ésta pública o privada” (Lotito, 2016).

Como vemos, estos test pueden medir diversas características, dependiendo del tipo de prueba que se utilice, y existe también mucha variedad de evaluaciones que pueden ser tomadas a un postulante para lograr alguno de los objetivos señalados previamente. Debe destacarse que actualmente no existen parámetros ni regulaciones que determinen el tipo o número de test que se aborden en una evaluación de ingreso al trabajo, por lo que dependerá de las consideraciones de la empresa evaluadora y/o del pedido específico que realice el empleador en búsqueda de postulante.

Las “pruebas psicométricas iniciales pueden ser el test de aptitudes o los test proyectivos. El primero busca analizar las características potenciales de una persona, considerando sus habilidades intelectuales. Así es posible brindarle el puesto adecuado, un ascenso factible o bien alguna modificación en su trabajo. La segunda prueba radica en analizar aspectos personales, sociales, de adaptación e incluso de conflictos internos para saber cómo cada factor influye en la vida del colaborador mientras labora” (Portal Conexión Esan, 2018). En efecto, existen diferencias entre las pruebas que pueden tomarse a los candidatos potenciales, ya que existen pruebas que arrojan resultados medibles mediante baremos para determinar competencias específicas, y que pueden ser necesarias para una determinada posición (como las pruebas de razonamiento lógico matemático, verbal y espacial, así como las pruebas de competencias), pero existe otro grupo de pruebas que miden rasgos de personalidad y que no se basan en baremos objetivos, es decir, que requieren

una interpretación o aporte subjetivo en la misma. Además, algunas de estas pruebas que miden rasgos de personalidad, detectan condiciones de salud mental que pueda atravesar el candidato o candidata, al tratarse de pruebas comúnmente aplicadas en terapia o para historia clínica.

Así, por ejemplo, existen pruebas que no solo buscan seleccionar al mejor candidato o candidata, sino que, precisamente, son utilizadas *“en psicología clínica, psiquiatría, tribunales de justicia, etc., para la realización de diagnósticos psicológicos en salud mental, es decir, para efectos de determinar si un sujeto presenta trastornos mentales —o los está fingiendo— y determinar la gravedad mismos, con el objetivo final de poder tomar algún tipo de decisión y/o determinación en relación con el individuo evaluado”* (Lotito, 2016). De igual modo, otras pruebas tienen como objetivo específico *“evaluar indicios de trastornos mentales, emocionales, incapacidades de interacción, etc”* (Portal Conexión Esan, 2018).

Un ejemplo de este tipo de pruebas es el famoso test de Rorschach (el famoso examen que muestra imágenes en tinta), *“cuya finalidad inicial fue el diagnóstico clínico (detección de trastornos mentales) a través de las verbalizaciones patológicas que emite el sujeto evaluado. Posteriormente, con el transcurso del tiempo su uso se trasladó también al campo laboral en orden a realizar selección de personal”* (Lotito, 2016). Lo relevante de este caso es que nos encontramos ante un ejemplo de examen que no se avoca a competencias laborales, sino que incide en otros temas personales y de salud mental de los postulantes, arrojando un resultado similar al que se realizaría en una consulta, en donde se validan aspectos clínicos con la finalidad de tratar a esa persona.

Lo mismo ocurre con otros exámenes, como el test de Luscher (o Test de los Colores) que diagnostica diversos tipos de trastornos, que incluye cuadros de estrés, trastornos de adaptación, rasgos diversos de personalidad e incluso puede advertir tendencias homosexuales (Lotito, 2016).

Al no existir regulación que limite el tipo de exámenes que pueden tomarse para pruebas de acceso al empleo, tampoco existe límite respecto a los hallazgos a los que puede acceder el empleador en búsqueda de un candidato o candidata. Este aspecto puede generar distorsiones subjetivas al momento de elegir dicho candidato o candidata, en donde el estigma, abordado previamente, sea el factor determinante en si una persona con determinadas condiciones de salud mental podrá acceder o no a un empleo. Como vemos, esto resulta preocupante no

solo por el hecho que la necesidad de encontrar un trabajo puede llevar a que los postulantes mantengan una puerta abierta a su cerebro e intimidad a un potencial empleador, sino que, además, el empleador podrá tomar decisiones basadas en aspectos prohibidos, que conlleven a que opte por otros postulantes antes que aquellos que tienen determinados indicios de estrés, ansiedad u otras condiciones vinculadas a su salud mental o estilo de vida.

A esto se debe sumar el hecho que, como mencionamos al inicio del presente artículo, el Reglamento de la Ley de Salud Mental, Decreto Supremo N° 007-2020-SA, establece en su artículo 16.2 que las solicitudes de certificados médicos de salud mental o informes psicológicos para la postulación en el ámbito laboral, y que no tienen sustento en un mandato legal, reglamentario o disposición sectorial específica previa, se consideran como actos discriminatorios que vulneran los derechos de las personas. Sobre ello, nosotros consideramos que, efectivamente, existirán pruebas idóneas para determinar el perfil del postulante y las características del puesto de trabajo, pero existirán otras de tipo psicológico que incurran en los excesos mencionados previamente, y que podrían originar la toma de decisiones subjetivas basadas en motivos prohibidos e impidan el acceso al empleo de personas con condiciones vinculadas a la salud mental.

Cabe destacar que actualmente ya asociaciones de psicólogos de trabajo han elaborados códigos de conducta que buscan que en los procesos de selección las pruebas a utilizar se limiten a medir aspectos como aptitudes, capacidades y rasgos intrínsecamente relacionados con la ocupación a cubrir (Aramburu, 2005). Además, a efectos de evitar selecciones que generen discriminación respecto a los resultados de los candidatos o candidatas que pasen por pruebas de esta índole, tendría que cumplirse tres condiciones esenciales (Aramburu, 2005):

- Evaluación centrada exclusivamente en méritos y competencias de candidatos;
- Requisitos justificados y vinculados al puesto; y
- El proceso debe basarse en comparación objetiva entre el perfil del candidato o candidata y los requisitos del puesto.

Además, conforme señala Velázquez (2012), citando al autor Stephen Robbins, existen situaciones en las que válidamente podría realizarse una evaluación de la aptitud psíquica para trabajar, como las siguientes:

- 1) *Candidatos con historia conocida o sospechosa de enfermedad psiquiátrica.*
- 2) *Reincorporación al trabajo tras episodio de enfermedad psiquiátrica o relacionada con el consumo de drogas.*
- 3) *Trabajadores derivados al departamento médico por el empresario, para evaluación de disminución en el desempeño de su trabajo, absentismo o comportamiento extraño.*
- 4) *Individuos evaluados para trabajo de alto estrés o alto riesgo. (p. 420).*

Debe también destacarse que no existen motivos que sustenten o predigan el éxito o fracaso laboral basado en consideraciones de las condiciones de salud mental de los trabajadores y trabajadoras, como diagnóstico psiquiátrico o psicológico, o los resultados de las pruebas psicométricas. Por el contrario, consideraciones más fiables podrían provenir de la historia laboral previa; expectativas e intereses ajustados del postulante al mundo laboral; haber participado con éxitos en programas de entrenamiento; motivación, entre otros (Maqueda, 2018, p. 13).

Ciertamente esta discusión y perfeccionamiento deberán continuar profundizándose respecto a la búsqueda de medidas que no limiten de forma liminar la igualdad de oportunidades y acceso al empleo de personas con condiciones en la salud mental, debiendo recordarse en todo momento que “*en lo que a la ciencia psicológica concierne, la invasión a la privacidad ocurriría cuando un test psicológico revela más información sobre una persona de la que sería necesaria para tomar una decisión determinada. Es por eso que, en los ámbitos laborales los test deberían utilizarse con propósitos precisos y no para obtener información irrelevante acerca de la persona que se postula para un empleo o que necesita ser promocionada*” (Vera, 2008).

V. CONSIDERACIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

Como bien hemos abordado a través del presente artículo, es importante detectar que las personas con condiciones vinculadas a la salud mental sufren de estigmas y situaciones que los hacen más propensos a escenarios de discriminación, especialmente en el acceso al empleo. Esto se agrave si consideramos que nuestro país no solo es uno con muy bajos índices de formalidad a nivel laboral, sino que también históricamente ha tenido poca o nula preocupación

por aspectos de salud mental en sus ciudadanos (véase las elevadas cifras de depresión existentes entre nuestros compatriotas).

Por tanto, a efectos de poder ir reduciendo esta situación y permitiendo objetivamente que los trabajadores y trabajadoras puedan acceder a puestos de trabajo sin que se vean discriminados por la condición de su salud mental, a continuación, remitimos algunas pautas que creemos son de abordaje necesario. Esto, por supuesto, sin perjuicio de seguir otras varias pautas sobre salud mental emitidas por la OMS y la OIT respecto al tema, por parte de los principales actores de las relaciones laborales. Pero sin ánimo de proponer únicamente figuras de regulación, sería importante que se valide lo siguiente:

- Los empleadores deben contar con parámetros objetivos en sus procesos de selección, que reduzcan las posibilidades de discriminación en las etapas de convocatoria. No solo debe capacitarse al personal que participa de la elección de los candidatos respecto a que no se debe estigmatizar o rechazar de plano la postulación de personas con afectaciones a la salud mental, sino que también deben brindarse las instrucciones para que los requisitos del puesto de trabajo sean razonables y proporcionados, lo cual también deberá extenderse a las evaluaciones psicométricas que se requieran.
- A efectos de determinar parámetros objetivos para la determinación de los requisitos del puesto de trabajo (y si eventualmente se trata de puestos de trabajo para los que válidamente se puede solicitar determinado estado de salud mental), los empleadores pueden acudir a instrumentos laborales con los que ya cuentan.

Por ejemplo: La valorización de puestos de trabajo realizada para el cuadro de categorías (obligación originada por la Ley N° 30709 y su Reglamento) permite ya identificar en un sistema de puntos qué puestos de trabajo condensan un mayor requerimiento o nivel de desgaste por atención de público, enfrentamiento a situaciones potencialmente ansiosas o estresantes, entre otras, por lo que sirve de parámetro objetivo para determinar la necesidad de cubrir el puesto de trabajo con personas con una condición de salud mental determinada, que no implique un riesgo posterior a la salud de ese postulante.

De igual modo, la medición de riesgos psicosociales realizada como consecuencia del monitoreo anual de riesgos físicos, biológicos y otros en materia de seguridad y salud (obligación originada por la Ley N° 29783 y su Reglamento), permitirá también determinar qué puestos tienen un mayor riesgo psicosocial y se requiere perfiles determinados de personal para atenderlos. Esto puede complementarse con lo señalado en otros documentos vinculados, como la Matriz IPERC y otros documentos objetivos que denoten la necesidad que ciertos puestos de trabajo sí requieran evaluaciones psicométricas más determinadas.

De no tenerse sustentos objetivos, deberá existir apertura del empleador en recibir y aceptar perfiles de candidatos y candidatas con condiciones de salud mental que se ajusten a los requerimientos del puesto de trabajo.

- El Estado debería emitir lineamientos sobre tipos de pruebas psicométricas recomendadas para determinados perfiles de trabajadores en general, y limitar aquellas que busquen incidir únicamente en aspectos psicológicos o internos de los postulantes. Esta figura podría asemejarse a los tipos de exámenes determinados para diversas categorías de trabajadores en los Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales, es decir, buscar que sean lo más preciso posibles a los objetivos que requiere un puesto de trabajo en particular o un sector.
- El Estado, empleadores y organizaciones sindicales deben también impulsar el conocimiento de todo el personal respecto a las condiciones de salud mental e incentivar el ingreso al mercado laboral de personas con diversos niveles de afectación, siempre que ello sea posible. Esto buscará asegurar una verdadera equidad y una real igualdad de oportunidades para los trabajadores y trabajadoras.

El punto de partida será la revisión de los procesos internos que maneje cada empleador respecto a los requerimientos del puesto de trabajo y el tipo de evaluaciones que se solicite para la contratación del personal. No cerrarles las puertas a personas con diversas condiciones de salud mental implica una clara y abierta revisión de esta información, además que *“en la oferta y proceso selectivo de un trabajo sería de mucha utilidad incluir información dirigida al aspirante que recogiera las posibles limitaciones que, desde el punto de vista de la salud, pudiera*

determinar el desempeño del mismo, cuestión esta muy importante en la esfera de la salud mental” (Velazquez 2012, p.397)

Creemos que los primeros pasos para cambiar las cifras respecto a la empleabilidad de personas con condiciones de salud mental se encuentran al alcance de nuestras manos, requiriendo un reajuste en el rol de los actores en el esquema laboral. Esto no solo llevará a generar una verdadera inclusión en los centros de trabajo, sino que también permitirá que tengamos una sociedad más justa y con una real igualdad de oportunidades para diversos grupos históricamente discriminados.

REFERENCIAS

- Acevedo Castillo, A. (2017). Exclusión social de los enfermos mentales. Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Panamá vol. 1, núm. 1, 2017. <http://portal.amelica.org/ameli/journal/327/3271310017/html/>
- Aramburu Zavala, L. (2005). SELECCIONAR SIN DISCRIMINAR. ¿POSIBILIDAD O UTOPIA? Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, ISSN 1575-7048, No 13, 2005. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1419479>
- Comisión Europea, Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. (2017). *Promover la salud mental en el puesto de trabajo*. <https://www.aeesme.org/wp-content/uploads/2018/08/Guia-Promover-la-SM-en-el-trabajo.pdf>
- Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado Noguchi - INSM. (2015). *ESTIGMA Y DISCRIMINACIÓN SON CAUSAS MÁS FRECUENTES QUE VIOLAN LA DIGNIDAD Y DERECHOS DE LAS PERSONAS AFECTADAS EN SU SALUD MENTAL*. INSM. <https://www.insm.gob.pe/oficinas/comunicaciones/notasdeprensa/2015/051.html>
- Lotito Catino, F. (2016). Test psicológicos y entrevistas: usos y aplicaciones claves en el proceso de selección e integración de personas a las empresas. Universidad de Concepción. Revista Academia & Negocios, vol. 1, núm. 2, pp. 79-90. <https://www.redalyc.org/journal/5608/560863081003/html/>

- Maqueda Garijo, J. (2018). Influencia del estigma en el acceso al empleo en personas con trastorno mental grave. Universidad de Zaragoza.
- Mascayano Tapia, F. (2013). Estrategias de inserción laboral en población con discapacidad mental: una revisión. *Salud mental*, 36(2), 159-165.
- Mingote Adán, J. (2011). El trabajador con problemas de salud mental: Pautas generales de detección, intervención y prevención. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57 (Supl. 1), 188-205. <https://dx.doi.org/10.4321/S0465-546X2011000500012>
- Neves Mujica, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo (cuarta edición)*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- OIT / OMS. (2022). Mental Health at Work: Policy Brief. International Labour Organization - ILO. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_856976.pdf
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2022a). La OMS y la OIT piden nuevas medidas para abordar los problemas de salud mental en el trabajo. Organización Mundial de la Salud (OMS). <https://www.who.int/es/news/item/28-09-2022-who-and-ilo-call-for-new-measures-to-tackle-mental-health-issues-at-work>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2022b). Salud Mental: Fortalecer nuestra respuesta. Organización Mundial de la Salud (OMS). <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2022c). Trastornos Mentales. Organización Mundial de la Salud (OMS). <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>
- Pérez Fonseca, L. (2021). Perspectivas de la salud mental en el escenario laboral: anatomía de un debate académico. *Revista Cubana de Salud Pública*, 47(4), e1739. Epub 10 de febrero de 2022. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662021000400017&lng=es&tlng=es.
- Porras, N. R. (2013). Inserción laboral y salud mental: una reflexión desde la psicología del trabajo. *Revista Tesis Psicológica*, 8 (2), 98-117.

- Portal Conexión Esan (2018). Pruebas psicométricas para la administración de personas. Esan Business. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/pruebas-psicometricas-para-la-administracion-de-personas#:~:text=Pruebas%20psicom%C3%A9tricas%20iniciales%20pueden%20ser,alguna%20modificaci%C3%B3n%20en%20su%20trabajo>.
- Velazquez, Manuel y Otros (2012). La Salud Mental de las y los trabajadores. Editora La Ley.
- Vera Candia, H (2008). Derecho a la privacidad: las pruebas psicológicas invasivas en la selección del personal. XV Jornadas de Investigación y Cuarto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires.

La distinción remunerativa justificada: Excepción del derecho a la igualdad

The justified remunerative distinction: Exception of the right to equality

WILLY MONZÓN ZEVALLOS*

Universidad Andina del Cusco
(Cusco – Perú)

Contacto: wmonzon@munizlaw.com
<https://orcid.org/0009-0009-4614-5751>

RESUMEN: Mediante este artículo se pretende explicar principalmente con ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República, la posibilidad válida y legal que tiene el empleador para otorgar distintas remuneraciones a trabajadores que prestan sus servicios en un mismo puesto o una misma categoría, siempre y cuando se justifique de manera objetiva y razonable esa diferencia; para lo cual, se analizan los componentes que implican y constituyen el derecho a la igualdad, los supuestos de hecho que se pueden observar para implementar una distinción remunerativa y los criterios que permiten aplicar una distinción salarial, de tal manera que, se configure una excepción del derecho a la igualdad, al pagar diferentes remuneraciones ante igual trabajo sin que se vulnere el principio de no discriminación.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la igualdad, principio de no discriminación, homologación, puesto, categoría, trabajo y remuneración.

ABSTRACT: Through this article it is intended to explain mainly with the help of the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice of the Republic, the valid and legal possibility that the employer has to grant different remunerations to workers who provide their services in the same position or the same category, as long as that difference is objectively and reasonably justified; for which, the components that imply and constitute the right to equality are analyzed, the factual assumptions that can be observed to implement a remunerative distinction and the criteria that allow a salary distinction to be applied, in such a way that an exception is configured of the right to equality, by paying different remunerations for equal work without violating the principle of non-discrimination.

KEYWORDS: Right to equality, principle of non-discrimination, homologation, position, category, work and remuneration.

Recibido: 04/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

* Abogado por la Universidad Andina de Cusco, abogado especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, asociado activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, abogado del área laboral y de seguridad social en Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera.

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho a la igualdad. III. La remuneración como derecho. IV. La distinción remunerativa objetiva. V. Conclusiones. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo analizo la posibilidad de justificar la distinción remunerativa como excepción del derecho a la igualdad, ello teniendo en consideración que este, como todos los derechos no es absoluto y, cuando existe el debido sustento objetivo, proporcional y razonable es posible generar diferencias en el pago de salarios incluso entre trabajadores que prestan servicios en un mismo puesto de trabajo y se ubican en una misma categoría, sin que ello configure una contravención al principio de no discriminación, ya que, únicamente se vulnera ese principio, cuando las distinciones son subjetivas, arbitrarias y basadas en la simple decisión de quien determina la equivalencia del importe que se paga por una determinada prestación de servicios en el marco de un contrato de trabajo.

210

II. DERECHO A LA IGUALDAD

Es evidente que la naturaleza humana se caracteriza por la diversidad que se presenta en todo aspecto de nuestra existencia como individuos, es así que, si bien compartimos coincidencias, también tenemos innumerables diferencias generadas por diversos factores como; por ejemplo, los biológicos, los sociológicos, los históricos, los geográficos, los culturales, entre otros; sin embargo, pese a nuestras distintas realidades y percepciones nos podemos agrupar principalmente a partir de nuestras necesidades y coincidencias en comunidades en las que ante factores y condiciones heterogéneas, resulta necesario fijar parámetros que en cierta medida puedan homogenizar las condiciones de desarrollo de sus miembros; por lo que, es necesario reconocer el derecho a la igualdad.

La desigualdad es una realidad constante y consustancial al ser humano y evidentemente puede generar injusticia, es por ello que, a lo largo de la historia se advierte, como a partir de las diferencias extremas se generaron innumerables conflictos sociales que, a través de los siglos, lograron establecer las bases para generar mayor igualdad entre los individuos integrantes de un grupo social, sin que ello necesariamente implique la posibilidad de lograr la tan ansiada igual-

dad absoluta. Para Piketty (2022) “ya desde finales del siglo XVIII existe una tendencia a largo plazo hacia la igualdad a partir de las luchas sociales” (p. 18), siendo una de las más emblemáticas la revolución francesa, que junto con otras han permitido progresivamente reducir la desigualdad.

Por tanto, a partir de las luchas sociales se reconoce a la igualdad como un derecho fundamental de las personas; sin embargo, este derecho no necesariamente ubica a todos en idénticas condiciones, pero si garantiza un reconocimiento constitucional para ser tratados sin distinción ante la ley; a partir de lo manifestado, cito a Eguiguren (1997) para quien “la igualdad tiene una doble dimensión, siendo un principio rector de todo estado de derecho y de otro lado un derecho subjetivo que impide el trato desigual ante la ley y el no ser objeto de ninguna forma de discriminación” (p. 63); el mismo autor, considera que el derecho a la igualdad no es autónomo, ya que, su transgresión se proyecta sobre algún campo material concreto, siendo los componentes de este derecho los que se detalla a continuación:

Tabla 1
Componentes del derecho a la igualdad

La igualdad en la ley o ante la ley	Que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas.
La igualdad en la aplicación de la ley	Que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual estos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentran en casos o situaciones similares.

En consecuencia, no queda duda que la ley es igual para todos conforme lo consagra nuestra Constitución en el numeral 2) de su artículo 2, proscribiendo toda forma de discriminación; sin embargo, es necesario precisar que no toda diferencia de trato está prohibida. Al respecto Freixes (1995) refiriéndose al artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos considera que “no todo trato diferente comporta violación del Convenio, puesto que únicamente es incompatible con el mismo aquel que implique trato discriminatorio” (p. 100); por lo que, en cada caso concreto se deberá averiguar si la diferencia de trato viola la norma referida por la autora citada que, reconoce la prohibición de discriminación, criterio que también recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras, en las siguientes sentencias:

Tabla 2
Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad

STC N° 1399-2001-AA/ TC	TERCERO. - “(...) La cláusula de igualdad está referida a que no se introduzcan diferencias de trato que no tengan base objetiva o no sean razonables, eso es, que se trate de tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos conforme aparece de la hipótesis negativa detallada en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución” QUINTO. - “(...) En conclusión no todo trato desigual es inconstitucional, sino únicamente aquel que aparezca como decididamente irrazonable”
STC N° 2510-2002-AA/ TC	SEGUNDO. - “La primera condición para que un trato desigual sea admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos especial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro”
STC N° 0261-2003-AA/ TC	3.3. (...) En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido que el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar “igual a los que son iguales” y “desigual a los que son desiguales”, partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades.
STC N° 1875-2004-AA/ TC	“5. (...) el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto éste se sustente en una base objetiva, razonable, racional y proporcional. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus “calidades accidentales” y a la naturaleza de las cosas que las vinculan coexistentemente”

Conforme el Tribunal Constitucional en la STC N° 02437-2013-PA/TC “la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y derecho subjetivo constitucional (Cfr. STC N° 0045-2004-AI, F.J. 20) Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la

propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión condición económica) o por otras ...”

El mismo tribunal en la STC N° 0261-2003-AA/TC, precisó que la igualdad “como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”. Siendo importante precisar que la igualdad como homologación de los seres humanos implica y constituye:

Tabla 3
Igualdad como homologación según la STC N° 00261-2003-AA/TC

a)	Implica abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable.
b)	Implica la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.
c)	Constituye un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
d)	Constituye un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
e)	Constituye un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona).
f)	Constituye una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres.

Teniendo en cuenta lo manifestado, la igualdad es un derecho fundamental que garantiza la no discriminación y permite tratar sin diferencias a quienes se encuentran en la misma situación; sin embargo, este derecho no es absoluto y, como ya referí, admite excepciones, pero siempre y cuando se genere una distinción con justificación objetiva que exima la obligación de reconocer derechos ante la existencia de supuestos de hecho que no son semejantes, ni se ubican en las mismas circunstancias o condiciones, ya que, solo de esa manera el trato diferenciado no configurará discriminación, lo cual habilita a los operadores

jurídicos a reconocer diferencias en base a circunstancias distintas que se encuentren debidamente acreditadas observando proporcionalidad a la situación de hecho y la existencia de una razón suficiente.

Por tanto, considero necesario recalcar que, el derecho a la igualdad no supone en todos los casos un trato uniforme, ya que, se puede tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; siendo importante tener en cuenta que, para la validez de la distinción, necesariamente no debe existir similitud en las condiciones o supuestos de hecho, ya que, de lo contrario la diferencia será subjetiva y; por tanto, ilegítima, debiendo tenerse en consideración que la posibilidad de establecer criterios diferenciadores solo es válida cuando además es relevante, específica, razonable y proporcional, ya que, de lo contrario nos alejamos de una distinción válida, pudiendo configurarse discriminación; por lo que, es importante tener en cuenta que la noción de igualdad no se riñe ante la existencia de distinciones a condición que se acrediten los siguientes supuestos:

Tabla 4
Supuestos que validan la distinción frente al derecho a la igualdad según la STC N° 1875-2004-AA/TC

a)	La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación.
b)	La acreditación de una finalidad específica.
c)	La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales.
d)	La existencia de proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.
e)	La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue.

III. LA REMUNERACIÓN COMO DERECHO

El trabajo como actividad humana productiva a título oneroso, no solo genera producción, sino fatiga y desgaste; por ello, se realiza a cambio de una contribución denominada salario; es así que, desde el punto de vista económico el trabajo es considerado como un factor de producción; por lo que, el salario vendría ser su precio; sin embargo, para el derecho del trabajo, el salario tiene mayor relevancia e incluso naturaleza alimentaria, siendo un medio que permite el desarrollo del trabajador y de su familia, constituyendo uno de los elementos

del contrato de trabajo, ya que, la prestación de servicios a título gratuito no es objeto de regulación o protección del derecho laboral, siendo necesario analizar el salario, desde el enfoque que le asigna la economía y el derecho del trabajo. Caballero y Pico (2008) al citar a Cabanellas refieren que:

“La voz “salario” proviene del latín *salarium*, y ésta, a su vez, de *sal*, porque fue costumbre antiguamente dar en pago una cantidad fija de sal a los sirvientes domésticos o, como también se ha señalado, porque se vincula con el pago realizado a los soldados romanos para comprar sal. Otra tesis, en cambio, afirma que la palabra *salarium*, aunque figura en el léxico latino, proviene del idioma del Lacio, y que las voces españolas *salario*, *asalar* y *asalariado* proceden del ibérico. El origen se remontaría al siglo VI a.C., a un documento que contiene las condiciones para un contrato de trabajo, y en el que se menciona la raíz ibérica *sal* como equivalente a “contratación”. De allí que, se sostiene, *salario* alude etimológicamente al hombre que vende su trabajo” (p. 141).

Uno de los elementos del contrato de trabajo es el salario (remuneración), siendo necesario tener en cuenta la existencia de leyes económicas que producen efectos que inciden en el trabajo, el profesor Alonso Olea (2013) refiere que:

“El comportamiento del trabajo es una mercancía más, que, en los modelos de RICARDO y de MALTHUS, de influencia tan profunda y duradera, se demanda y se ofrece, con su precio natural y su precio de mercado y con la tendencia general de éste a igualarse con aquél, siendo su precio natural el necesario para que el trabajador pueda subsistir y mantener su especie, sin aumento o disminución; el necesario para no dejar de existir individualmente en RICARDO; el socialmente preciso, en MALTHUS, para contener fácticamente el crecimiento geométrico de la población” (p. 467).

El mismo autor al referirse al fondo de salarios aludiendo así a la naturalidad de las leyes económicas, precisa que:

“En otros economistas clásicos, señaladamente en Adam Smith –aparte de que en alguna ocasión declare, invirtiendo la relación entre la mercancía y su precio, que <los modos de subsistencia no son la causa, sino la consecuencia de las diferencias de salarios> - el nivel mismo de subsistencia es “psicológico” y no fijo o con sus palabras, muy variable según las circunstancias, más amplio en una sociedad que avanza hacia la abundancia que en una estancada...o que retrocede”, con lo que “la subsistencia del trabajador... precio real del trabajo,

y en consecuencia sus remuneraciones, no están sujetos a ninguna “ley de hierro” que los mantenga constantes” (ALONSO Olea M. , 2013, pp. 467-468).

Por su parte, Marx (2014) analizó la conversión del valor o precio de fuerza de trabajo en salario, considerando que:

“El salario del trabajador aparece como precio del trabajo, como una cantidad determinada de dinero que se paga por una cantidad determinada de trabajo. Se habla entonces del valor del trabajo y se llama a su expresión en dinero precio necesario o natural suyo. Se habla por otra parte, de precios de mercado de trabajo, esto es, de precios que oscilan por encima o por debajo del precio necesario del trabajo” (p. 206).

Posteriormente, el mismo autor analiza la importancia de la conversión del valor y precio de la fuerza de trabajo en forma de salario, considerando que la conversión del precio de la fuerza de trabajo encubre el trabajo gratuito del trabajador asalariado. Sin perjuicio de lo manifestado por los autores citados en los párrafos precedentes, es importante citar el análisis de Pablo Rieznik (2004) quien considera que:

216

“El salario no es el valor del trabajo; es el valor de la fuerza de trabajo. La fuerza de trabajo es aquella capacidad de trabajar que el trabajador vende al capitalista. Como cualquier otra mercancía, la fuerza de trabajo vale el trabajo social que sea necesario para producirla. Y la fuerza de trabajo se reproduce alimentando obreros, dándoles condiciones mínimas de subsistencia, para que el ciclo productivo siguiente vuelvan a trabajar” (p. 84).

Por tanto, desde la teoría económica y las distintas posturas propuestas, considero que perfectamente podemos concluir que el salario es el precio que paga el empleador por la fuerza de trabajo.

Por otro lado, Von Mises (2011) considera que:

“El trabajo es un factor de producción escaso. Como tal factor de producción se compra y se vende en el mercado. El precio del trabajo queda comprendido en el precio del producto o servicio si es el propio trabajador quien vende el producto o servicio. Cuando, en cambio, lo que se compra es trabajo puro, ya sea por un empresario dedicado a producir por el mercado o por un consumidor que desea consumir el fruto obtenido, denominamos salario a la cantidad pagada por la contribución laboral” (p. 701).

El mismo autor indica que no se puede hablar de trabajo y salarios en general, ya que, existen trabajos diferentes cuantitativa y cualitativamente, y que los salarios solo puede fijarlos el mercado.

Como advertirán el tratamiento del salario desde la teoría económica, asemeja a la fuerza de trabajo como una mercancía; por lo que, es negociable y su valor lo puede fijar el mercado; sin embargo, lejos de estas frías definiciones, el derecho laboral considera al trabajo ya no como una simple mercancía, sino como un derecho fundamental con trascendencia social, el cual genera como contraprestación el pago del salario (remuneración) calificando este concepto como un elemento del contrato de trabajo. Nuestra Constitución, en su artículo 24 reconoce el derecho a la remuneración equitativa y suficiente que, procure para el trabajador y su familia, el bienestar material y espiritual; a partir de ello, la norma laboral (artículo 6 del D.S. N° 003-97-TR) define a la remuneración como:

“Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto”.

A decir de Alonso Olea y Casas Baamonde (2009) “lo definitorio del salario no es la cosa que se da y recibe, que puede ser muy diversa según la clase de salario, ni el acto de darla o recibirla, sino el título en virtud del cual se da y recibe” (p. 459). A partir de ello, no queda duda que el título en virtud del cual se da y recibe el salario, es la prestación de servicios por cuenta ajena. Por su parte, Alonso García (1971) precisa que “respecto la retribución (salario) se distinguen diferentes realidades; por lo que, se puede hablar de obligación retributiva, prestación retributiva y retribución” (p. 494), es a partir de ello, que resulta importante explicar la estructura de la obligación retributiva, para lo cual, a continuación, considero necesario desarrollar cada uno de los tres conceptos:

Tabla 5
Estructura de la obligación retributiva según Manuel Alonso García

La obligación (Deber jurídico)	Es en su aspecto pasivo, un deber jurídico de contenido patrimonial, o, en su doble aspecto activo y pasivo, el complejo formado por el derecho del acreedor y el deber del deudor. Es el <i>vinculum iuris</i> que liga a acreedor y deudor, y por virtud del cual este último queda obligado a satisfacer el crédito que contra él tiene el primero.
La prestación (Comportamiento)	No es la obligación misma, el vínculo que impone la efectividad de esa obligación, sino la conducta o comportamiento del deudor para hacer efectiva la retribución. Es el pago de esta, pero en cuanto implica una actividad determinada y necesaria por parte del deudor y la posibilidad, en el acreedor, de exigir ese comportamiento.
La retribución (Bienes)	Es el conjunto de bienes debidos por el deudor, y cuya reclamación puede efectuar el acreedor en el tiempo de pago de los mismos.

A partir de lo manifestado por Alonso García, para que se genere la obligación, primero debe ejecutarse la prestación por parte del trabajador, realizada la misma, se materializa la obligación con la entrega del bien o retribución. El mismo autor, considera que no es posible ofrecer un criterio uniforme para la determinación de la cuantía del salario, ya que, en materia laboral no es posible aplicar el principio de libertad absoluta; es así que, desde el punto de vista cuantitativo, el salario puede ser máximo, mínimo y libre; el primero, determina un límite que no se puede sobrepasar, el segundo determina un límite esencial y el tercero, no establece mínimo ni máximo, siendo determinada libremente por las partes (forma de determinar el salario que se encuentra limitada en materia laboral).

Por tanto, este derecho y elemento del contrato de trabajo, puede ser otorgado en dinero o en especie (con las limitaciones que la ley establece) y se caracteriza: *i)* por su naturaleza contraprestativa, que excepcionalmente no se cumple en casos como por ejemplo las vacaciones, la licencia por maternidad, etc; sin que ello, desnaturalice ese carácter, *ii)* por la libertad de disposición que tiene el trabajador respecto su salario, ya que, una vez producido el pago el salario pasa a ser de propiedad del trabajador, y *iii)* por que genera una ventaja o incremento patrimonial. Siendo importante precisar que, el salario tiene naturaleza alimentaria, no solo para el trabajador, sino también para su familia, es así como se reconoce el súper privilegio como crédito, tal como lo reconoce el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución.

El salario (remuneración) se determina en función a distintos criterios, entre ellos, el tiempo de trabajo (sea por hora, día, semana, quincena o mes) también en función a la producción, a la estructura salarial, pudiendo a su vez se principal o complementario y en función a su regularidad o periodicidad, fija, variable o imprecisa y periódica, siendo importante precisar que el diseño de los sistemas remunerativos se basan en atención a la naturaleza del negocio y la estructura de la organización, para lo cual además se realizan análisis y evaluaciones de puestos, así como de su calificación, con el objeto de determinar la política salarial observando criterios y parámetros objetivos que justifiquen las distinciones entre puestos evitando incurrir en discriminación.

IV. LA DISTINCIÓN REMUNERATIVA OBJETIVA

Con relación a las remuneraciones, se considera como regla general que por igual trabajo se debe pagar la misma remuneración; sin embargo, existen excepciones conforme lo establece la jurisprudencia de la Corte Suprema que en la Casación N° 4254-2018 Lambayeque, precisó que “no resulta suficiente considerar que por el solo hecho de tener el actor con el supuesto homólogo el mismo cargo, le asistiría la homologación, sin antes requerir un análisis comparativo considerando la trayectoria laboral, cargos, antigüedad, funciones, entre otros”. Justamente, en la jurisprudencia referida se establecen criterios que se debe analizar para validar la diferencia salarial entre dos trabajadores que prestan servicios en un mismo puesto, realizando las mismas labores.

Los criterios de distinción referidos en el párrafo anterior pueden resultar determinantes para acreditar de manera real y legal una diferencia salarial, sin que ello configure un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad; es así que, estos criterios, pueden sustentar por qué en un determinado período un trabajador obtuvo o se vio beneficiado con incrementos en su salario que no le corresponden a otro trabajador del mismo puesto o categoría, ya sea debido a que esos incrementos provienen de fuente convencional o incluso son otorgados de manera unilateral por el empleador, justamente en reconocimiento a determinadas circunstancias que justifican la distinción remunerativa en una organización, sin que la aplicación de estos criterios configure discriminación.

En atención a lo manifestado, la Corte Suprema estableció algunos criterios mínimos que se deben observar ante peticiones de homologación, es decir, ante la

solicitud de un trabajador del pago de la misma remuneración por igual trabajo; es así que, la Casación N° 208-2005 Pasco (precedente de observancia obligatoria), considera que se debe tener en cuenta: *i*) la procedencia del homólogo u homólogos con los que se realizan las comparaciones, *ii*) la categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo y el demandante, *iii*) la antigüedad laboral en la empresa, *iv*) las labores realizadas de ser el caso, *v*) diferenciar en forma disgregada los conceptos remunerativos que se perciban en ambos casos, entre otros que se consideren necesarios. A continuación, cito algunas casaciones para tener en cuenta:

Tabla 6
Jurisprudencia que precisa los criterios de distinción salarial

Casación N° 915-2018 Lima	Se debe evaluar, la empresa proveniente, la trayectoria, las funciones, la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, el nivel académico alcanzado, la capacitación, la responsabilidad y la experiencia.
Casación N° 22408-2017 Cusco	Se debe evaluar las circunstancias particulares a efectos de determinar si existió en realidad una diferencia remunerativa injustificada o, si en su defecto, la percepción de un determinado monto remunerativo se encontraba sujeto a condiciones propias del cargo, naturaleza de las funciones, antigüedad y capacitaciones entre otras circunstancias que deberá advertir la Sala.
Casación N° 20015-2017 Del Santa	La Cas. N° 208-2005 Pasco establece criterios para tener en cuenta, entre ellos procedencia del homólogo, categoría y antigüedad.
Casación N° 14415-2016 Cusco	La Cas. N° 208-2005 Pasco establece factores objetivos y subjetivos de diferenciación que se deben tener en cuenta al analizar una homologación.
Casación N° 19902-2015 Cusco	Al respecto, en cuanto a discriminación salarial se debe tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 208-2005 Pasco de fecha doce de noviembre de dos mil cinco, así como en la Casación N° 16927-2013 Lima publicado el uno de junio de dos mil cinco, en el Diario Oficial El Peruano, que en su fundamento 4.7, señala: "(...) se observa que la Sala de mérito, no realiza un análisis aplicando parámetros objetivos de comparación entre el demandante y el homólogo ofrecido, en los cuales se evalúan entre otros factores: <i>i</i>) la empresa proveniente, <i>ii</i>) la trayectoria laboral; <i>iii</i>) las funciones realizadas, <i>iv</i>) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, <i>v</i>) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, <i>vi</i>) la responsabilidad atribuida, <i>vii</i>) la experiencia y el bagaje profesional; a efectos de contrastar fehacientemente si en el caso de autos, ha acaecido algún supuesto de discriminación salarial que vulnere el principio de derecho de igualdad (...)"

Por tanto, a partir de distintos criterios válidamente se puede justificar la distinción salarial objetiva, sin que ello configure un acto discriminatorio, ya que, la Casación N° 601-2006 Del Santa, en su fundamento undécimo es clara al precisar que “bajo este marco jurídico, la norma denunciada determina en el ámbito de la relación laboral, el otorgamiento de iguales derechos y oportunidades para todos los trabajadores, razón por la que ante igual labor asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en los casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas –evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos entre otros– e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador”.

Respecto la igualdad retributiva, Palomeque y Álvarez De la Rosa (2010), consideran que:

“La diferenciación salarial es algo intrínseco a la naturaleza de una economía de mercado. Se percibe el salario en razón a la duración, a la intensidad o a la cualificación del trabajo, o, a veces, simplemente, por la empresa en la que se prestan los servicios. Hay un criterio de proporcionalidad evidente que exige que la retribución venga determinada por criterios objetivos referidos a la cantidad o calidad del trabajo. Criterio que dependerá, en suma, del poder de dirección de la organización del trabajo y el lugar que en ella ocupa el trabajador, lo que puede dar lugar a diferencias, incluso colectivas, si concurre causa justificada. De este modo, la equivalencia entre salario y trabajo solo puede romperse por razones objetivas” (p. 915).

Teniendo en cuenta lo manifestado, no siempre corresponde establecer y otorgar igual salario a quienes prestan servicios en un mismo puesto de trabajo o a quienes se encuentran en una misma categoría, para Blancas (2013) “se entiende por categoría a la posición o status determinado por la profesión oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador y, por puesto de trabajo a las funciones concretas que desempeña el trabajador en la empresa” (p. 666) definiciones que fueron acogidas por la Corte Suprema en la Casación N° 1744-2017 Lima, entre otras, siendo válido y legal que dos o más trabajadores que prestan servicios en el mismo puesto o se ubiquen en la misma categoría, tengan remuneraciones diferentes cuando exista justificación objetiva para tal distinción de tal manera que no se incurra en discriminación.

En consecuencia, sí es posible que existan diferencias remunerativas a partir de la aplicación de criterios de distinción debida y objetivamente justificados; por los que, dos o más trabajadores que prestan labores en el mismo puesto realizando igual labor o se ubican en una misma categoría, podrían no encontrarse en la misma condición, teniendo en cuenta su origen laboral, trayectoria, antigüedad en el cargo, fecha de ingreso, nivel académico, capacitaciones, responsabilidades, experiencia, entre otras circunstancias que, acreditan la existencia de distinción objetiva que relativiza el derecho a la igualdad pese a ser un derecho fundamental, sin que ello genere trato discriminatorio que vulnere nuestra Constitución, ya que, no siempre todos los trabajadores se encuentran en las mismas condiciones.

V. CONCLUSIONES

Las diferencias que existen entre las personas requieren establecer parámetros destinados a alcanzar y garantizar la igualdad ante la ley, evitando las injusticias que se podrían generar a partir de un trato distinto injustificado ante los mismos supuestos de hecho; es así que, a través de las luchas sociales se logró reconocer a la igualdad como un derecho fundamental con rango constitucional que garantiza el respeto del principio de no discriminación cuando dos o más personas se encuentran en las mismas condiciones.

Sin embargo, la igualdad como todo derecho no es absoluto, a partir de lo cual, se pueden generar supuestos de excepción para tratar distinto a dos o más personas, pero siempre que entre ellas existan diferencias objetivas que las coloquen en un escenario de desigualdad, de tal manera que el trato diferenciado de ninguna manera configure discriminación, ya que, se constituye en obligación el tratar igual a los iguales y en una posibilidad válida y legal, el tratar desigual a los desiguales.

Por tanto, la regla general en la relación de trabajo es pagar por igual a todos los trabajadores que presten su servicio en condiciones similares, es decir, en un mismo puesto o una misma categoría; sin embargo, como en toda regla existen excepciones, es posible pagar remuneraciones distintas a trabajadores que pese a prestar servicios en un mismo puesto o ubicarse en una misma categoría, se diferencian de los demás al configurarse los criterios objetivos razonables que fija la doctrina y la jurisprudencia.

En consecuencia, no es cierto que en todos los casos, “por igual trabajo corresponde igual remuneración”, ya que, cuando existen criterios de distinción objetiva, las diferencias debidamente justificadas, permiten al empleador otorgar remuneraciones desiguales sin otorgar privilegios subjetivos y, pese a que con ello se relativice el derecho a la igualdad, no se genera trato discriminatorio en agravio de los trabajadores ni se vulnera nuestra Constitución, configurándose una excepción válida del derecho a la igualdad.

REFERENCIAS

- ALONSO García, M. (1971). *Curso de Derecho del Trabajo*. 3ª edición. Barcelona: Ediciones Ariel.
- ALONSO Olea, M. (2013). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Navarra: Civitas - Thomson Reuters.
- ALONSO Olea, M. y. (2009). *Derecho del Trabajo*. 26ª edición revisada. Madrid: Civitas - Thomson Reuters.
- BLANCAS Bustamante, C. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano - Tercera Edición*. Lima: Jurista Editores.
- CABALLERO, J. C. (2008). *Tratado de Derecho del Trabajo: Tomo 3: La relación individual de trabajo II/Coordinado por Diego Martin Tosca; dirigido por Mario Eduardo Ackerman - 1ª ed. 1ª reimp. .* Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- EGUIGUREN Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas* 15, 63.
- FREIXES Sanjuán, T. (1995). Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* N° 11/12, 100.
- MARX, K. (2014). *El Capital. Crítica de la economía política. Antología .* Madrid: Alianza Editorial .
- PALOMEQUE López, M. C. (2010). *Derecho del Trabajo*. 18ª edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

PIKETTY, T. (2022). *Una breve historia de la igualdad*. Colombia: Editorial Bolívar Impresores S.A.S.

RIEZNIK, P. (2004). *Las formas del trabajo y la historia. Una introducción al estudio de la economía política*. . Buenos Aires: Editorial Biblos.

VON MISES, L. (2011). *La Acción Humana. Tratado de Economía* . Madrid: Unión Editorial .

El principio de igualdad y no discriminación: una revisión en los casos de contratación (acceso al trabajo) de obreros en la Municipalidad Provincial de Cajamarca

The principle of equality and non-discrimination: a review of the cases of recruitment (access to work) of workers in the Provincial Municipality of Cajamarca

MIGUEL ALEJANDRO ARENAZA VÁSQUEZ*

Universidad Privada del Norte
(Cajamarca, Perú)

Contacto: miguelarenaza@outlook.com
<https://orcid.org/0000-0002-4565-6770>

RESUMEN: El propósito de este trabajo estuvo orientado en mostrar los resultados respecto a una investigación que tuvo como finalidad establecer de qué modo la contratación de personas que se desempeñan como obreros en la Municipalidad Provincial de Cajamarca mediante contratos distintos al régimen laboral general de la actividad privada afecta el principio de igualdad y no discriminación laboral. Para lo cual, nos enfocamos en brindar los alcances más importantes sobre la igualdad y no discriminación, que permitió interpretarlo tanto en el ámbito internacional como nacional; establecimos el marco normativo aplicable a las personas que se desempeñan como obreros. Paralelamente, se analizaron pronunciamientos jurisdiccionales que permitieron analizar la discriminación laboral durante el acceso al trabajo de dichas personas; y, finalmente, se determinó la afectación de los derechos laborales específicos e inespecíficos afectados ante la vulneración del principio bajo estudio.

PALABRAS CLAVE: Acceso al trabajo, obreros, igualdad, no discriminación, derechos laborales.

ABSTRACT: The purpose of this work was oriented to show the results regarding an investigation whose purpose was to establish how the hiring of people who work as workers in the Provincial Municipality of Cajamarca through contracts other than the general labor regime of the private activity affects the principle of equality and non-discrimination at work. For which, we focus on providing the most important scope on equality and non-discrimination, which allowed it to be interpreted both internationally and nationally; We established the regulatory framework applicable to people who work as workers. At

* Abogado por la Universidad Privada del Norte – Sede Trujillo. Presidente del Círculo de Estudios e Investigaciones del Trabajo (CEITRA) y miembro del Estudio Valdez Vásquez abogados laboristas.

the same time, jurisdictional pronouncements were analyzed that made it possible to analyze labor discrimination during the access to work of said people; and, finally, the affectation of the specific and non-specific labor rights affected by the violation of the principle under study was determined.

KEYWORD: access to work, workers, equality, non-discrimination, labor rights.

Recibido: 04/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de discriminación e igualdad laboral. 1. *Manifestaciones jurídicas de la igualdad y no discriminación en el Perú.* III. Marco normativo de la contratación laboral de obreros en el Perú. 1. *Sobre las personas que trabajan en la Administración Pública.* 2. *Normas regulatorias del personal obrero en el Perú.* 3. *El acceso al empleo público como obrero.* 4. *Sobre la fiscalización laboral a los obreros municipales.* IV. Análisis de casos. 1. *Caso de obrero viverista vinculado sin contrato.* 2. *Caso de obrero serenazgo vinculado mediante contrato CAS.* 3. *Caso de obrero de limpieza pública vinculado con contratos de locación.* 4. *Caso de obrero de limpieza pública vinculado sin contrato.* 5. *Análisis articulado.* V. Conclusiones. Referencias.



“La desigualdad de los derechos es precisamente la condición para que haya derechos” (p. 55).

Nietzsche (1895)

I. INTRODUCCIÓN

El numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (CPP) consagra de manera genérica que toda persona ostenta el derecho fundamental a la “Igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por ningún motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra índole”; y, de manera específica, en cuanto a las relaciones laborales, el numeral 1 del artículo 26 de la CPP preceptúa la “igualdad de oportunidades sin discriminación”. Normas fundamentales que, a su vez, en reiteradas oportunidades, fueron objeto de pronunciamientos tanto por el Tribunal Constitucional -máximo intérprete de la CPP- como de la Corte Suprema de Justicia de la República. Muestra de esta operatividad jurídica es que de un tiempo a la actualidad es recurrente que las personas que trabajan, ya sea que pertenezcan al sector público o privado, acuden al órgano jurisdiccional (Poder Judicial) en busca de tutela jurisdiccional efectiva, con el fin de que, por ejemplo, se les

reconozcan (indistintamente de cómo se planteen las pretensiones) ciertos derechos laborales, entre los más frecuentes están los relativos a la homologación de remuneraciones sobre la base de la existencia de una igualdad laboral manifestada en idéntica categoría, cargo y funciones desarrolladas y, consecuentemente, el reintegro de tales remuneraciones aunadas -de ser el caso- con el reintegro de beneficios sociales por incidencia de dicha homologación remunerativa.

De la realidad expuesta, resulta ambicioso, pero fuera de nuestro alcance, poder realizar un análisis en todo el territorio peruano que nos conlleve a verificar los casos en los cuales se presente o este ausente este principio. No obstante, sobre la base de que respecto a los obreros al servicio la Administración Pública (AP) el Tribunal Constitucional (2015) considera que:

Se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad y pobreza, tomando en cuenta que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste. (p. 3)

Con lo cual la realidad laboral de este grupo de personas y la ocasión académica ameritara dicho estudio. Por ello, entendiendo al Estado peruano como empleador en distintos niveles, con fines metodológicos creemos conveniente restringir nuestro objeto de estudio a un ámbito específico y concreto, para ser precisos sobre aquellos procesos en donde la persona que trabaja en el cargo de obrero a quien le corresponde ser contratado bajo los alcances del régimen laboral general de la actividad privada, es contrariamente vinculado mediante contrato de locación de servicios y en el mejor de los casos a través de contratos administrativos de servicios (regulado mediante Decreto Legislativo Nro. 1057 y sus normas reglamentarias) en la Municipalidad Provincial de Cajamarca (MPC), entidad pública en donde pareciese que ‘abundaran’ este tipo de situaciones, tal como expondremos más adelante.

En ese sentido, conscientes que la igualdad es un componente presente en distintas disciplinas como la economía, sociología, filosofía, y, por supuesto, también en las ciencias jurídicas. Tal es así que el fin de la presente investigación se centra en analizar de qué modo la contratación de personas que se desempeñan como obreros en la MPC mediante contratos distintos al régimen laboral general de la actividad privada regulado en el Texto Único Ordenado del Decreto

Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (Decreto Legislativo Nro. 728) afecta el principio de igualdad y no discriminación laboral.

Si bien existen antecedentes académicos sobre el referido principio laboral, los mismos están orientados en analizar su influencia de la homologación respecto a la remuneración y sus posibles incidencias en el pago o no de beneficios sociales, dejando de lado que, en una relación jurídica de naturaleza laboral, la persona que trabaja primero pertenece a un régimen laboral, que conlleva a la titularidad de derechos laborales específicos e inespecíficos, los cuales tienen una indudable repercusión en la sociedad. Si bien *prima facie* puede existir una vulneración a la remuneración percibida nada impide que existan otros derechos dejados de lado por el Estado en su rol de empleador.

En ese contexto, surgen las siguientes incógnitas: ¿Cuáles son las principales sentencias que desarrollan a los componentes de este principio laboral? ¿Cuáles son los derechos laborales específicos e inespecíficos de las personas contratadas para desempeñarse en el cargo de obrero en la MPC afectados ante la vulneración del principio de igualdad y no discriminación laboral? ¿En los procesos judiciales sobre este tipo de casos está presente el principio aludido? ¿Cuál es la situación actual de la fiscalización laboral que garantizan el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación laboral de las personas que se desempeñan en el cargo obrero en la MPC?

Con la finalidad de dar respuesta a nuestra pretensión académica, debemos indicar que este estudio se cimentó en parámetros de la investigación socio jurídica. Interesándonos conocer si la normativa jurídica aplicable se cumple en la realidad, con la finalidad de evaluar la efectividad de los medios de coacción para su cumplimiento (Tantalean, 2016) y advertir sus repercusiones jurídicas en la persona que trabaja. Para lo cual se empleó métodos de investigación jurídica (exegético, sistemático y sociológico) y técnicas e instrumentos de recolección de datos, tal como la revisión documental de bibliografía; asimismo, la casuística materia de análisis respecto a la MPC estuvo sujeta a un muestreo no probabilístico.

Así, el corpus del presente artículo compuesto por varios apartados, en donde: primero, se describieron los alcances más importantes sobre la igualdad y no discriminación; segundo, nos referimos al marco normativo aplicable

a las personas que se desempeñan como obreros; tercero, se analizó lo antes descrito en casos concretos; y, finalmente, nos centramos y damos cuenta de que la contratación de personas que se desempeñan como obreros en la MPC mediante contratos distintos al régimen laboral general de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo No. 728 afecta el principio de igualdad y no discriminación laboral.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

Con la finalidad de entender las conceptualizaciones jurídicas del principio objeto de estudio, nos apoyamos en lo expuesto por Sen (1995) quien afirma que:

Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no solo por las características externas, como el patrimonio heredado, o el medio ambiente natural y social en el que vivimos sino también por nuestras características personales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales. La valoración de las demandas de igualdad tiene que ajustarse a la existencia omnipresente de esta diversidad humana. (p. 13)

Justamente en relación con estas situaciones o circunstancias que -en los hechos- diferencian a las personas, es que el profesor Ferrajoli (2019) acertadamente refiere que existe una distinción de derechos. Por un lado, están los derechos fundamentales y, por otro, los derechos patrimoniales. Los primeros universales y generales y segundos singulares y por ello desiguales. Concluyendo que no somos iguales en los derechos patrimoniales, pero somos iguales o tratamos de serlo en los derechos fundamentales.

Dicha pretensión de igualdad es la que a nivel internacional procuran algunos instrumentos de derechos humanos que rechazan expresamente a la discriminación, tal como en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) del año 1948, donde se establece el derecho a la igualdad ante la ley y la protección contra todo tipo de discriminación. Luego, en el año 1966 mediante el artículo 26° del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se desarrolló ambos componentes, preceptuando que los Estados parte garantizarán una igual y efectiva protección contra cualquier acto de discriminación. Asimismo, en el continente americano

a través del artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) del año 1948, se reguló el derecho a la igualdad ante la ley; y, de manera similar en el artículo 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) del año 1969.

Sin embargo, al encontrarnos analizando el referido principio en el ámbito de las relaciones laborales, corresponde señalar que el artículo 23 de la DUDH y el artículo 7 del PIDESC regulan el derecho a la igualdad salarial sin discriminación alguna. Adicionalmente, tenemos que el literal a) del artículo 7 del Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) del año 1988, prescribe el derecho a percibir un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna clase de distinción. Paralelamente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió una serie de convenios que el Estado peruano aprobó y ratificó, como: el número 100 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, el número 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, o el número 183 relativo a la protección a la maternidad.

230

En ese sentido, habiendo enunciado la regulación del principio bajo comentario en distintos cuerpos normativos, tenemos a bien exponer su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que estableció: la evolución del principio de igualdad y no discriminación generó su ingreso al dominio del *ius cogens*. Entendiendo como *ius cogens* como aquellas protecciones relacionadas con la persona y de obligación *erga omnes*, con lo cual tales normas generan la obligación jurídica de los Estados y constituyen límites absolutos a su voluntad. Por lo cual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) indica que la igualdad:

Se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar inferior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. (p. 25)

De esa manera, en atención a la finalidad del presente artículo, pudimos notar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009) en cuanto al acceso de personas a puestos de trabajo, señaló que no se protege el derecho a

acceder a un cargo público, sino de hacerlo en condiciones generales de igualdad. En buena cuenta que las personas que postulen para acceder a algún puesto de trabajo no sean objeto de discriminación, vale decir no se requiere de una comparación de hechos respecto a dos o más personas para analizar y concluir una discriminación.

1. Manifestaciones jurídicas de la igualdad y no discriminación en el Perú

Se estableció que los instrumentos internacionalmente citados regulan el derecho a la igualdad y a la no discriminación. A su vez tales normas forman parte del derecho interno peruano mediante la aplicación del artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la CPP. Y es que dicha protección internacional cualquier persona que considere se le hayan afectado los derechos en comentario puede acceder a una tutela en jurisdicción internacional¹.

En relación a ello, en el ordenamiento jurídico peruano, conscientes de que en el campo de la realidad la discriminación es un problema social presente en múltiples ámbitos de las relaciones interpersonales a lo que el derecho no es ajeno y más el Derecho del Trabajo, nuestro ordenamiento jurídico nacional cuenta con dos ámbitos de tutela frentes actos de discriminación: el *ius puniendi*² y a través de normas jurídico-laborales, siendo estas últimas lo que nos atañe a comentar, en esta oportunidad.

De manera general en el numeral 2 del artículo 2 de la CPP se prescribe que, por un lado, todos somos iguales ante la ley; y, por otro, nadie debe ser discriminado por ningún motivo. Postulados que nos lleva a concluir que ambos derechos tienen una naturaleza simbiótica, una relación de genero-especie porque una nos lleva a la otra, tal como se preceptúa en el numeral 1 del artículo 26 del mismo cuerpo normativo, que establece la igualdad de oportunidades sin discriminación. De ahí que no es difícil inferir que la igualdad es un principio y un derecho o viceversa, debido a que pretende colocar a las personas -sujetas a las mismas condiciones- en un plano de igualdad (Tribunal Constitucional, 2004a).

1 Conforme lo regulan los artículos 205 de la CPP.

2 Concretamente el artículo 323 del Código Penal peruano.

Por ello, el profesor Neves (2012) afirma que “el trato no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales”, situaciones que se manifiestan en dos momentos: antes del inicio de la relación laboral, es decir en el acceso; y, durante su transcurso o desarrollo.

Ahora, estos postulados normativos e interpretativos del Tribunal Constitucional nos posibilitan arribar a la idea de que la igualdad ante la ley no deja de lado las múltiples diferencias de las personas, sino que al ser conscientes de dichas desigualdades se intentan corregirlas. Por eso, el mismo maestro Neves (2012) describe que se requiere de una verificación de hecho para comparar a las personas y concluir si su escenario es o no semejante, para a partir de ahí exigir un trato en relación con lo verificado, lo cual a criterio del máximo intérprete de la CPP se ha denominado *requisitos de igualdad* en donde primero debe existir: paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos o supuestos semejantes; y, segundo, dicha paridad, uniformidad y exactitud de trato debe existir en personas sujetas a idénticas situaciones (Tribunal Constitucional, 2015). Es así como de no existir causas que justifiquen un trato diferente nos encontraremos ante una discriminación, prohibida por las normas nacionales e internacionales.

Habiendo hecho alusión a dos términos: *diferenciación* y *discriminación*, como parte de la igualdad, se debe tener presente que ambos son categorías jurídicas disímiles. Por un lado, la diferenciación esta constitucionalmente permitida, asumiendo de que no todo trato desigual es discriminatorio, siempre que existan causas objetivas y razonables. Por otro lado, la discriminación, como se describió es la desigualdad vedada (Tribunal Constitucional, 2015).

Al respecto, no existe una subcategoría de diferenciación, pero sí de discriminación y sobre el particular el Tribunal Constitucional (2005) estableció que existen dos tipos de acciones: (i) *la directa*, en donde el empleador hace distinciones constitucionalmente prohibidas, las mismas que no tienen fundamentos razonables ni proporcionables; y, (ii) *la indirecta*, sobre la base de distinciones antojadizas se establecen diferencias que afectan la no discriminación.

Por su parte y aunque no está incluida dentro de la subcategoría de la discriminación, existe una tipología que la doctrina denomina *discriminación positiva*, la cual forman parte de las acciones orientadas a poner sobre el relieve que no todas las personas se encuentran en la misma situación, indistintamente

de las circunstancias (cognitivas, motoras, económicas, sexo, etc.). Por lo cual algunas normas pretenden equiparar la oportunidad laboral para garantizar el principio prescrito en el numeral 1 del artículo 26 de la CPP, así tenemos:

Nonem iuris	Contenido relevante
Ley Nro. 29973 – Ley General de la persona con Discapacidad	(i) Contempla otorgar una bonificación (15%) sobre el puntaje final a personas discapacitadas; y (ii) las entidades públicas deben contratar a personas con discapacidad en una cantidad no inferior a 5% del total del personal y en el sector privado si sobrepasa las 50 personas en un porcentaje del 3%.
Ley Nro. 28983 – Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres	Se pretende lograr un marco normativo que garantice el ejercicio de derecho tanto de hombres y mujeres en igualdad, dignidad, bienestar y con ello impidiendo la discriminación.
Ley Nro. 30709 – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres	Orientada a establecer cuadros y categorías para que sobre la base de criterios objetivos se establezcan remuneraciones y, por ende, se garantice la igualdad. De esa manera, también se prohíbe el despido de mujeres en estado de gestación
Fuente: Elaboración propia	

III. MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE OBREROS EN EL PERÚ

1. Sobre las personas que trabajan en la Administración Pública

Tomando como base la normatividad vigente, tal como el Decreto Legislativo Nro. 276 -Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público y sus normas reglamentarias- se puede inferir que de manera general toda persona con vínculo laboral con el Estado será denominado servidor público (aunque mediante Ley Nro. 30057 - Ley del Servicio Civil, se tiene a bien llamar servidor civil), pero siguiendo al mismo texto legal, se puede advertir que no todo servidor público podrá estar comprendido en la carrera administrativa.

Muestra de esa exoneración en la carrera administrativa, que a su vez tiene grupos ocupacionales, son los funcionarios públicos, personas elegidas mediante voto popular o quienes son designadas para desempeñar cargos de confianza dentro de la estructura organizativa de alguna entidad pública. Como podemos notar, hasta aquí, los obreros contratados en la AP no tienen cabida dentro de

la estructura y regulación de la carrera administrativa y es que en la parte final del aludido Decreto Legislativo Nro. 276 se establece que el personal obrero se regula por las normas pertinentes.

2. Normas regulatorias del personal obrero en el Perú

Para referirnos al marco legal que posibilita la contratación de obreros en el Estado peruano tenemos que remontarnos a los años finales del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), específicamente al 12 de mayo del año 1978, fecha en la que se emitió el Decreto Supremo Nro. 010-78-IN. Cuerpo legal que en su artículo 1 prescribió que: “los trabajadores obreros al servicio de los concejos municipales de la República son servidores del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada”. Tal vez por ese motivo en el Decreto Legislativo Nro. 276 se indicó que las personas contratadas como obreros se regulaban por las normas pertinentes, con la finalidad de hacer una alusión a la norma especial que regulaba la contratación de las personas que se desempeñaban como obreros.

234

Pese a ello, en el año 1984 y con una confusa redacción normativa mediante la Ley Nro. 23853 -Ley Orgánica de Municipalidades-, se estableció que los obreros municipales pertenecían al régimen laboral de la actividad pública, pero les eran aplicables los derechos y beneficios propios y exclusivos del régimen laboral privado. Posteriormente, a través de la Ley Nro. 27469 – Ley que modifica el artículo 52 de la Ley Nro. 23853- se precisó que los obreros de las municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Regulación que fue ratificada en el artículo 37 de la Ley Nro. 27972 (Ley Orgánica de Municipalidades-LOM) actualmente vigente.

Como se advierte en la LOM expresamente se hace referencia a qué régimen laboral pertenecen los obreros, pero muy seguramente por la abundancia de los procesos judiciales que aludimos en el prefacio de este trabajo, el Congreso de la República emitió la Ley Nro. 30889 – Ley que precisa el régimen laboral de los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales-, que en su artículo único estableció: “los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales no están comprendidos en el régimen laboral establecido por la Ley del Servicio Civil, Ley Nro. 30057. Se rigen por el régimen laboral privado del Decreto Legislativo Nro. 728”. De esta forma se dejó fuera de debate cualquier discusión

respecto al régimen laboral al que pertenecen no solo los obreros contratados por los gobiernos locales, sino también regionales.

Por lo cual con el ánimo establecer de manera enunciativa más no taxativa qué puestos desempeñan los obreros recurrimos a lo expuesto por la Corte Suprema de la República (2022) al establecer que deben ser obreros sujetos al régimen laboral de la actividad privada: el personal de limpieza, choferes de vehículos de recojo de residuos sólidos, personal de mantenimiento de parques y jardines y jardines de las entidades ediles; personal de serenazgo (a pie, motorizado, choferes de vehículos y policías municipales); personal con actividades manuales, de guardianía en camales, panaderías y cementerios municipales; personal de construcción civil en obras a cargo de los distintos niveles de gobierno así como proyectos especiales; personal de guardianía y mantenimiento de parques zonales, zoológicos y jardines botánicos; y, por último, aquellas personas que realizan labores estrictamente manuales, de esfuerzo físico y de contacto con materias primas e instrumentos de producción.

3. El acceso al empleo público como obrero

Debemos establecer que, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Nro. 28175 – Ley Marco del Empleo Público- a la AP se ingresará necesariamente por concurso público de méritos, exigencia legal que también esta preceptuada en el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo Nro. 1023 – Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SERVIR).

De esa manera, el artículo 9 de la Ley Nro. 28175 establece que los actos administrativos que contravengan la regulación de acceso a la AD se sancionan con nulidad. No obstante, el Tribunal Constitucional mediante el Precedente Constitucional Huatuco (de observancia obligatoria) contenido en la sentencia del Expediente Nro. 05057-2013-PA/TC, se estableció que el ingreso a la AP mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente, lo siguiente: a) concurso público de méritos; b) plaza debidamente presupuesta según los documentos de gestión; y, c) plaza vacante y de duración indeterminada. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República (2022) fijó como doctrina jurisprudencial respecto al citado precedente que, entre otros motivos, se inaplicará cuando se trate de obreros al servicio de cualquier ente de la AP.

Pese a ello, SERVIR asume el criterio (Informe Nro. 414-2019-Servir, de fecha 13 de marzo del año 2019) de que como el Decreto Legislativo Nro. 1057 fue declarado constitucional mediante Sentencia Nro. 00002-2010-AI/TC y el artículo 2 del referido decreto establece que es un régimen especial aplicable a toda entidad pública, no resulta incompatible el acceso de personas bajo CAS para desempeñarse en el puesto de obreros municipales sujeto a que la necesidad de la prestación así lo requiera.

Debemos tener en cuenta que la postura de SERVIR fue tomada en cuenta por el Tribunal Constitucional (véase el Pleno Sentencia 282/2021 del Expediente Nro. 03375-2019/TC Ayacucho, de fecha 25 de febrero del año 2021, emitida por sus miembros en sesión del pleno), pero respecto del cual discrepamos dado que sobre la base de que en el considerando décimo segundo de la Casación Laboral Nro. 34268-2019 Cajamarca se estableció como doctrina jurisprudencial que se inaplicará el Precedente Constitucional Huatucu cuando -entre otros- se refiera a obreros al servicio de un gobierno municipal, gobierno regional o cualquier organismos de la AP. Criterio que es considerado de obligatorio cumplimiento en atención a lo prescrito por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a su vez según el artículo 4 de la misma norma deberá ser acatada por instancias judiciales o administrativas.

Adicionalmente, el artículo 109 de la CPP preceptúa que todas las leyes son de obligatorio cumplimiento. De igual forma debemos recordar que de manera general se puede recurrir a principios para la aplicación de normas, tal como el principio de especialidad. Y en cuanto a las relaciones laborales que se rige por principios rectores como: la condición más beneficiosa, primacía de la realidad, protector, *in dubio pro operario*, entre otros, que pacíficamente pudiesen ser aplicables. Pero tal tarea resulta trivial ante la precisión de que el acceso de los obreros en las entidades municipales y regionales está sujeto al Decreto Legislativo Nro. 728, la cual es una norma especial y que resulta más beneficiosa para la persona que trabaja.

4. Sobre la fiscalización laboral a los obreros municipales

De conformidad con el artículo 3 de la Ley Nro. 28806 – Ley General de Inspección del Trabajo la inspección laboral está a cargo de la Superintenden-

cia de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), la cual tiene como función: vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales en materia de normativa sociolaboral. Sin embargo, dicha función se restringe a aquellos empleadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Consecuentemente, al haber zanjado el debate de que los obreros indistintamente a las labores que realicen pertenecen al Decreto Legislativo Nro. 728, corresponde verificar la situación actual de este grupo de personas que trabajan como obreros frente a las tareas de inspectivas de la SUNAFIL. Toda vez que, contrario al criterio de SERVIR, esta entidad no discute su competencia para realizar dicha labor, como se advierte de ciertas resoluciones (Resolución de Intendencia Nro. 029-2021-SUNAFIL/IRE-AQP)

En efecto, dicha información que resulta indispensable conocer debido a que según el INEI (2021) en el Perú la condición laboral de las personas vinculadas laboralmente a las entidades municipales hasta el 31 de marzo del año 2021 se dividió de la siguiente manera: 36,6% mediante contratos de locación de servicios, 26% a través del régimen CAS, el 21,1% bajo el Decreto Legislativo Nro. 728 y el 16,3% sujetas al Decreto Legislativo Nro. 276. Ahora, particularmente en Cajamarca las cifras indicaron que hay 2,149 personas sujetas al Decreto Legislativo Nro. 276, 4,079 bajo el Decreto Legislativo Nro. 728, 2,327 a través del régimen CAS y 2,884 contratadas mediante locación de servicios.

Las cifras expuestas nos incentivaron obtener información sobre la labor inspectiva respecto a las personas que se desempeñan como obreros en el Perú. Tarea que pese a nuestros reiterados intentos resultó imposible. Ello nos conlleva a plantear diversas hipótesis, como la relativa a que no se puede acceder a la información deseada debido a que en la contratación laboral en la AP converge distintos regímenes laborales. De ahí que la actuación inspectiva resulte compleja debido a la difícil diferenciación contractual aunado que para SERVIR la contratación de obreros mediante CAS resultaría válida.

IV. ANÁLISIS DE CASOS

Teniendo en cuenta que nuestro muestreo se sujeta a uno de naturaleza no probabilística se tuvo a bien analizar de manera articulada los expedientes números: 00972-2014; 01056-2015; 00727-2016 y 02109-2017, todos culminados y tramitados ante los juzgados laborales de la Corte Superior de Justicia

de Cajamarca, contrario a procesos vigentes del año 2018 en adelante dado que aún se encuentran en sede casatoria. Con lo cual se procede a realizar una síntesis y posterior análisis de los casos propuestos.

1. Caso de obrero viverista vinculado sin contrato

En el caso ventilado en el expediente Nro. 00972-2014, se expuso que la demandante ingresó a prestar servicios como obrero viverista para la MPC desde el 06 de marzo del año 2008, pero sin suscribir contrato alguno. De ahí que solicitó se declare la existencia de un contrato laboral a plazo indeterminado dentro del régimen laboral de la actividad privada y se le reconozca el pago de beneficios sociales. Por su parte la MPC no discutió la forma de acceso de la demandante a la AP y se limitó a cuestionar la fecha de ingreso además del monto adeudado por concepto de beneficios sociales.

Al respecto, se tiene que antes del proceso en comentario, la demandante siguió un proceso de reposición mediante el cual se la repuso. Es así como, pese a que no existieron contratos suscritos, se determinó como hecho necesitado de actuación probatoria la declaración de desnaturalización de los contratos de locación. De esa forma -en primera instancia- se determinó la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, se declaró la existencia de un vínculo laboral sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo Nro. 728 (en aplicación de le LOM vigente) y se ordenó el pago de beneficios sociales. Tal decisión fue confirmada en segunda instancia.

2. Caso de obrero serenazgo vinculado mediante contrato CAS

En el proceso contenido en el expediente Nro. 01056-2015, el demandante alegó que se le debía reconocer un vínculo laboral a plazo indeterminado debido a que ingresó a laborar desde mayo del año 2004 como serenazgo y que además que se le reconozca el pago de beneficios sociales. Por su parte la MPC expuso que al accionante se le contrató a través de CAS y por ello no se le puede reconocer beneficios del Decreto Legislativo Nro. 728.

Consecuentemente, se estableció que concurrían los elementos del contrato de trabajo y que las labores fueron realizadas bajo subordinación para desempeñarse como serenazgo. Puesto de trabajo que según los documentos de gestión

interna tiene la naturaleza de permanente y la categoría de obrero, con lo cual se le reconoció el vínculo laboral y el pago de los beneficios.

3. Caso de obrero de limpieza pública vinculado con contratos de locación

Con respecto a este proceso -expediente Nro. 00727-2016- se tiene que en un inicio el demandante prestó servicios para la MPC mediante contratos de locación y luego se le contrató a través de CAS para cumplir laborar de limpieza pública. Sobre la base de ello solicitó se le reconozca un vínculo laboral a tiempo indeterminado bajo la norma del régimen laboral de la actividad privada y, además, el pago de los beneficios sociales.

Por su parte la MPC negó la vinculación laboral bajo el Decreto Legislativo Nro. 728, pero reconoció el periodo laborado bajo la suscripción de CAS. Ahora, debido a que en un proceso anterior (con calidad de cosa juzgada) se determinó que la vinculación del demandante estaba sujeta al régimen laboral de la actividad, solo se necesitó delimitar el pago de beneficios sociales. Extremos que no fueron materia de discusión en la sentencia de vista.

4. Caso de obrero de limpieza pública vinculado sin contrato

En cuanto a este caso -expediente Nro. 02109-2017- se tuvo que la demandante ingresó sin contrato a prestar servicios bajo subordinación en la MPC (luego añadió como pretensión su reposición). Por su parte la demandada indicó que contrató a la demandante mediante contratos temporales válidamente celebrados.

Como resultado, se determinó la transgresión al principio de causalidad en la contratación debido a que el contrato se tuvo que suscribir a plazo indeterminado. De esa forma se ordenó la reposición de la demandante y el reconocimiento del vínculo laboral bajo los alcances del Decreto Legislativo Nro. 728.

5. Análisis articulado

Aunque en los procesos expuestos no existe una alusión expresa al principio de igualdad y no discriminación laboral por parte de las personas accionantes

y si bien hemos advertido que en nuestro ordenamiento jurídico para su determinación el órgano jurisdiccional debe realizar un *test* de igualdad o una corroboración de hechos como refiere el maestro Neves (2012), somos partidarios de lo expuesto sobre la igualdad y no discriminación por la CIDH.

Nos explicamos, es innegable que a la fecha de surgir estos procesos existió una norma expresa (artículo 37 de la LOM) respecto al régimen laboral de los obreros (indistintamente del puesto en el que se desempeñen) más aún que el artículo 109 de la CPP contempla la vigencia y obligatoriedad de la Ley -en este caso la LOM-, con lo cual teniendo en cuenta que dicha corte internacional estableció que el acceso al trabajo o a un puesto de trabajo se debe realizar en condiciones de igualdad, resulta oportuno cuestionarnos ¿Qué condiciones de igualdad existieron entre las personas que accionaron con quienes sí fueron contratados mediante el Decreto Legislativo Nro. 728? Ninguna condición porque antes de ser contratadas las personas que accionaron ya habían sido discriminadas del régimen laboral que les correspondía por mandato legal. Dicha discriminación resulta relevante dadas las diferencias sustanciales de derechos laborales específicos que regulan tanto el régimen CAS como el Decreto Legislativo Nro. 728 y ni que decir de los contratos de locación (que no forman parte de la regulación laboral).

Por consiguiente, es pacífico afirmar que la vulneración del principio de igualdad y no discriminación tiene una relación directamente proporcional con otros derechos. Tal como los derechos laborales específicos (remuneración, beneficios sociales, estabilidad laboral, seguridad social), pero también respecto a los inespecíficos. Dentro de los segundos (inespecíficos), si bien pueden ser variados en atención de los casos en particular, la dignidad estará presente debido a que -en palabras del Tribunal Constitucional (2004)- funge como una salvaguarda de los derechos de la persona trabajadora y adicionalmente según Ferrajoli (2019) en la sociedad la igualdad de derechos fundamentales sirve para reducir las tensiones y los conflictos generados por las desigualdades.

V. CONCLUSIONES

1. A lo largo de la presente investigación se realizó un análisis del principio de igualdad y no discriminación sobre la base de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos debido a que sin su respaldo

académico hubiese sido un trabajo infructuoso, en tanto que sus decisiones cumplen un rol preponderante en la evolución del principio bajo estudio.

2. Sin que existan un orden de importancia en los derechos laborales específicos afectados por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación laboral en las personas que ingresan a laborar como obreros bajo un régimen distinto al Decreto Legislativo Nro. 728 son: beneficios sociales (de ser el caso asignación familiar, gratificaciones de julio y diciembre, compensación por tiempo de servicios, vacaciones), estabilidad laboral y seguridad social. A su vez de manera genérica el derecho laboral inespecífico vulnerado será la dignidad.
3. La situación actual de la fiscalización laboral que garantiza el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación laboral de las personas que se desempeñan en el cargo obreros no ha podido ser verificada ante la no publicación de información por el ente encargado.
4. La regulación vigente y los pronunciamientos jurisdiccionales sobre el régimen laboral que corresponde a las personas que se desempeñan como obreros buscó esclarecer situaciones reales debido a que son vinculados bajo contratos CAS o locaciones de servicios, lo contrario hubiese sido las antípodas de lo que pretende el Derecho del Trabajo.
5. Pese a que no existen debates respecto al régimen al que pertenecen los obreros persiste cierta incertidumbre debido al criterio de SERVIR que sostiene la posibilidad de contratarlos mediante el régimen CAS, muestra de ello es que el Tribunal Constitucional citó dicho criterio para sustentar una sentencia.

REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Compendio sobre igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*, Editorial CIDH, <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de junio de 2009). Caso Reverón Trujillo contra Venezuela. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (6 de octubre de 2022). Casación Laboral Nro. 34268-2019. Recuperado de [201934268500121100020221024142136](https://www.pj.gob.pe) (pj.gob.pe)

Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Editorial Trotta.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2021). *Indicadores de Gestión Municipal*. Recuperado de [libro.pdf](https://inei.gob.pe) (inei.gob.pe)

Neves, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nietzsche, F. (1895). *El Anticristo*.

Sen, A. (1995). *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza Editorial.

Tantaleán, O. (2016). Tipología de investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(46). 1-37.

242

Tribunal Constitucional peruano, Pleno del Tribunal Constitucional. (19 de setiembre de 2018). Sentencia del Expediente Nro. 05577-2015-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/05577-2015-AA.pdf>

Tribunal Constitucional peruano, Pleno del Tribunal Constitucional. (1 de abril del año 2015). Sentencia del Expediente Nro. 0048-2004-PI/TC. Recuperado de [00048-2004-AI.pdf](https://tc.gob.pe) (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional peruano, Pleno del Tribunal Constitucional. (12 de agosto de 2005). Sentencia del Expediente Nro. 008-2005-PI/TC. Recuperado de [0008-2005-AI](https://tc.gob.pe) (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional peruano, Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional. (26 de abril de 2004a). Sentencia del Expediente Nro. 018-2003-AI/TC. Recuperado de [0018-2003-AI](https://tc.gob.pe) (tc.gob.pe)

Tribunal Constitucional peruano, Sala Segunda del Tribunal Constitucional. (20 de enero de 2004b). Sentencia del Expediente Nro. 2906-2002-AA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02906-2002-AA.html>

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿buscando o eludiendo la igualdad?

Unionized and non-unionized employees: looking for or eluding equality?

CARLOS CORNEJO VARGAS*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: ccornejo@cslaboralistas.pe
<https://orcid.org/0000-0002-6916-0200>

RESUMEN: Este artículo aborda el problema que generan los sindicatos minoritarios que, en ejercicio de un derecho fundamental, celebran un convenio colectivo y obligan al empleador a estructurar un sistema de compensación aplicable únicamente a los trabajadores que, ejerciendo su libertad sindical negativa, deciden no afiliarse a un sindicato. En este caso, el autor propone determinar si los trabajadores sindicalizados también tienen derecho a los beneficios que otorga el empleador a los trabajadores no sindicalizados.

Con base en lo anterior, el autor reflexiona sobre la importancia de determinar si la libertad de sindicalización positiva y negativa tienen la misma relevancia y gozan de los mismos mecanismos de protección de la Autoridad Laboral, pues se trata de expresiones del ejercicio de un derecho fundamental que goza de reconocimiento constitucional, como es el derecho de sindicalización.

PALABRAS CLAVE: Sindicalización, pluralidad sindical, libertad sindical positiva, libertad sindical negativa, negociación colectiva, sindicatos minoritarios, igualdad.

ABSTRACT: This article addresses the problem caused by minority unions, which exercising a fundamental right, enter into a collective agreement and force the employer to structure a compensation system applicable only to employees who, exercising their negative freedom of association, decide not to join a union. In this case, the author proposes to determine whether unionized employees are also entitled to the benefits granted by the employer to non-unionized employees.

Based on the above mentioned, the author reflects on the importance of determining if positive and negative freedom of association have the same relevance and enjoy the same

* Abogado y Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de la Universidad ESAN, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y CENTRUM. Ha sido Asociado del Estudio Hernández & Cía. Abogados, Asociado Senior del Estudio Muñiz, Olaya, Melendez, Castro, Ono & Herrera, Abogados; y Asociado Principal del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Actualmente es Socio del Estudio Cornejo & Santivañez, Laboralistas.

Labor Authority protection mechanisms, considering they are expressions of the exercise of a fundamental right with constitutional recognition, such as the right to unionize.

KEYWORDS: Unionization, union plurality, positive freedom of association, negative freedom of association, collective bargaining, minority unions, equality.

Recibido: 10/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Introducción. II. Libertad sindical. III. Pluralidad sindical: alcances conceptuales. IV. Sindicatos minoritarios: definición y tratamiento legal. V. Negociación colectiva con sindicatos minoritarios. VI. Conclusiones. Referencias.



I. INTRODUCCIÓN

Los derechos colectivos son humanos y fundamentales, y su ejercicio es necesario para la realización de la persona, para el logro de reivindicaciones sociales, y para la democratización de la sociedad.

Asimismo, cabe destacar que los citados derechos permiten a los trabajadores organizarse colectivamente para la defensa de sus intereses, y para la mejora de sus condiciones de trabajo y de vida, para lo cual cuentan con la huelga como mecanismo de presión.

Aunque se trata de derechos humanos y fundamentales de los trabajadores, cuyo ejercicio no requiere ningún tipo de justificación, en muchos casos -su ejercicio- es consecuencia de la ausencia de buenas prácticas laborales por parte del empleador, y de una adecuada política de gestión humana o -en términos prácticos- de un mal comportamiento del empleador.

Y es que cuando el empleador se porta bien (*contrata de manera correcta, paga remuneraciones por encima del promedio del mercado, otorga remuneraciones variables por rendimiento, otorga descansos por razones que superan lo establecido por la ley, etc.*), los trabajadores no tienen la necesidad de explorar la alternativa de agruparse, y de organizarse colectivamente para la defensa de sus intereses, en suma, de oponer la fuerza del número al poder económico del empleador.

No obstante lo anterior, cuando el empleador no tiene buenas prácticas laborales, los trabajadores están además de autorizados, legitimados para hacer ejercicio de su libertad sindical, y decidir -libremente- la creación de las organi-

zaciones sindicales que consideren pertinentes, lo que se condice con el régimen de pluralidad sindical que se reconoce y regula en nuestra legislación, y que hace posible la existencia y coexistencia de diversas organizaciones sindicales, minoritarias y mayoritarias, dato objetivo que obliga a revisar las respectivas definiciones (*de sindicatos mayoritarios y minoritarios*), y los conceptos de capacidad y legitimidad negocial.

Y es que, pudiendo existir más de una organización sindical en un mismo ámbito, es necesario determinar con cuál de ellas es que el empleador deberá llevar adelante un procedimiento de negociación colectiva.

Al respecto, cabe señalar que hay quienes consideran que, es más complicado negociar con sindicatos mayoritarios, minimizando e incluso ignorando la problemática de hacerlo con un sindicato minoritario, desconociéndose que la negociación colectiva con dichas organizaciones sindicales es singular, y especialmente complicada.

La negociación colectiva con organizaciones minoritarias es especialmente complicada porque -ahora, por expreso mandato legal- no se puede extender los alcances de un convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados, y porque la citada legislación fortalece la acción sindical, favoreciendo la existencia de sindicatos mayoritarios, lo que resulta singular si se tiene en cuenta que la norma solamente debería garantizar el ejercicio del derecho de sindicalización.

Sin embargo, en efecto, la decisión del empleador de extender y de aplicar el convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados al mismo es -una decisión- controvertida y hasta cuestionable, por lo que, es importante para las citadas organizaciones sindicales y para la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo que el referido tema sea abordado y desarrollado de manera específica, lo que escapa y trasciende al objetivo del presente análisis. Ciertamente, lo que interesa analizar no es la -simple- extensión y aplicación del convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados a una organización sindical, sino analizar la situación de los trabajadores no sindicalizados y la decisión y acción del empleador de construir un sistema de compensaciones diferente para los citados trabajadores, esto es, para los no afiliados a una organización sindical.

Ahora bien, volviendo sobre una idea previa debe destacarse que, la citada negociación (*aquella que se realiza con un sindicato minoritario*) es especialmente complicada porque cuando existe una organización sindical minoritaria será necesario que el empleador diseñe y construya un sistema de compensaciones para los trabajadores que deciden no sumarse a la actividad de la organización sindical, lo que genera una serie de retos para el empleador, pues no será ajeno a los hechos que la organización sindical considere que en dicha tarea el empleador ejecuta prácticas discriminatorias y antisindicales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las líneas siguientes compartiremos algunas ideas sobre la problemática de llevar adelante un procedimiento de negociación colectiva con un sindicato minoritario, y de atender los intereses de los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical.

II. LIBERTAD SINDICAL: ALCANCES CONCEPTUALES

La aproximación a los derechos colectivos obliga a estudiar un concepto más amplio que los incluye a todos: el de libertad sindical.

248

La libertad sindical “(...) **puede ser definida como el derecho fundamental de los trabajadores de organizarse colectivamente para la promoción y defensa de sus intereses comunes económicos y sociales (...)**” (sic) (Villavicencio, 2010, p.87).

En el mismo orden de ideas, se afirma que la libertad sindical “(...) **puede ser entendida como el derecho de los trabajadores, a fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección, así como el derecho de los sindicatos ya constituidos al ejercicio libre de las funciones constitucionalmente atribuidas en defensa de los intereses de los trabajadores (...)**” (sic) (Villavicencio, 1989, p. 157).

De la lectura de lo anterior, es claro que la libertad sindical hace referencia al derecho de los trabajadores dependientes de agruparse, o de sumarse a las agrupaciones ya existentes para la protección y desarrollo de sus derechos e intereses de grupo.

Sin embargo, la libertad sindical es mucho más que el derecho de los trabajadores de agruparse para la defensa de sus derechos e intereses, pues les permite

la mejora de las condiciones de trabajo y de vida, autorizándolos -cuando corresponda- a la ejecución de medidas de presión como mecanismo de autodefensa.

En ese sentido, corresponde destacar que Guillermo Boza, importante laboralista peruano, sostiene que **“(...) Referirse al derecho de libertad sindical supone, estrictamente hablando, referirse a un haz de derechos que forman parte del mismo (...)”** (sic) (Boza, 2011, p.69), es decir, hacer referencia a la libertad sindical implica hacer referencia simultánea a los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga.

A mayor abundamiento, cabe apuntar que, la libertad sindical ha sido definida como (...) **el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse a ellas, a darle su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendentes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho de huelga. En base a esta definición de libertad sindical se puede concluir que forman parte de su contenido esencial el derecho de sindicación (faz orgánica) y naturalmente el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados mediante la acción reivindicativa y participativa, lo que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga (faz funcional) (...)** (sic) (Caamaño, 2010, pp. 14-15).

En suma, la libertad sindical es el derecho de los trabajadores dependientes de constituir sindicatos, de negociar colectivamente, y de ir a la huelga, cuando fuera necesario.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, debe señalarse que, el artículo 28° de la Constitución reconoce expresamente el derecho de sindicalización, cautelando su ejercicio democrático; y que su numeral 1) garantiza la libertad sindical, lo que revela la trascendencia del citado derecho colectivo.

A su turno, debe apuntarse que los artículos 2°, 3° y 4° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (*en adelante, TUO de la LRCT*), recogiendo lo establecido en la Constitución, disponen que el Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses; que la afiliación es

libre y voluntaria; y que el Estado, los empleadores y sus representantes deben abstenerse de la ejecución de cualquier acto que pudiera coactar, restringir o menoscabar -en cualquier forma- el derecho de sindicalización.

Adicionalmente, corresponde señalar que el artículo 4° del Reglamento del **TUO** de la **LRCT**¹, modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, y vigente desde el 25 de julio del año 2022 (*hace poco más de 6 meses*), precisa que el Estado reconoce y garantiza a los trabajadores el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, de afiliarse libremente a las mismas, de ejecutar la actividad sindical que resultara necesaria para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales; y de afiliarse directamente a federaciones o confederaciones cuando los estatutos de las mismas lo permitan.

Así pues, queda claro que, nuestra legislación reconoce y garantiza el libre ejercicio del derecho de sindicalización, de modo que los trabajadores dependientes tienen absoluta libertad para la creación de sindicatos, para la decisión de sumarse a los sindicatos existentes, y para mantenerse al margen de los mismos y de las acciones que -los sindicatos- pudieran ejecutar. Todas las citadas decisiones son igual de válidas, pues todas ellas suponen el ejercicio del derecho de sindicalización, el cual -como ya ha quedado dicho- es expresión de la libertad sindical.

A mayor abundamiento, es claro que, la sindicalización es un derecho humano y fundamental que goza del máximo reconocimiento normativo, y que autoriza a los trabajadores a afiliarse de manera libre y voluntaria a las organizaciones sindicales que estimen conveniente. Asimismo, debe destacarse que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del **TUO** de la **LRCT**, no está permitido condicionar la contratación de un trabajador a su afiliación, no afiliación o desafiliación de una organización sindical.

Es pues, claro que, los trabajadores gozan de absoluta libertad para decidir afiliarse a una organización sindical, lo que se denomina libertad sindical positiva; y para decidir no afiliarse o para desafilarse de una organización sindical, lo que se denomina libertad sindical negativa.

1 El Reglamento del TUO de la LRCT ha sido aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Según la doctrina, la libertad sindical positiva “(...) **está referida al derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales o afiliarse a las mismas, sin necesidad de autorización previa del empleador o de alguna autoridad**” (sic) (Arévalo, 2023, p.485).

Por su parte, la libertad sindical negativa “(...) **Consiste en el derecho de los trabajadores a no incorporarse a una organización sindical o a no permanecer en aquella de la que formen parte, bastando para ello su voluntad en cualquiera de los dos sentidos y sin que ello les pueda acarrear represalia alguna (...)**” (sic) (Villavicencio, 2010, p.123).

Con relación a lo anterior, es preciso apuntar que, la libertad sindical negativa ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Republica y por el Tribunal de Fiscalización Laboral de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – **SUNAFIL**.

Ciertamente, la Resolución de fecha 13 de diciembre del año 2018, recaída en la Casación N° 20956-2017-LIMA, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, considera que la libertad sindical tiene una expresión “negativa”, y que la misma se manifiesta en la decisión de los trabajadores de desafiliarse o de no afiliarse a una organización sindical.

A su turno, la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral de la **SUNAFIL** mediante la Resolución N° 394-2021-SUNAFIL/TFL, de fecha 12 de octubre del año 2021, recaída en el Expediente Sancionador N° 162-2019-SUNAFIL/IRE-LIB, procedente de la Intendencia Regional de La Libertad, realiza el mismo reconocimiento, afirmando que -efectivamente- la libertad sindical tiene una expresión “negativa”, la que se manifiesta en la decisión de los trabajadores de desafiliarse o de no afiliarse a una organización sindical.

Sobre el particular, debe apuntarse y afirmarse -con absoluta convicción- que las dos (2) manifestaciones del derecho de sindicalización son igual de importantes y que, por tanto, merecen el mismo reconocimiento, las mismas garantías y los mismos mecanismos de protección. Y es que no existe justificación alguna -técnica o práctica- para proteger solamente a los trabajadores que deciden afiliarse a una organización sindical; y para ignorar y/o abandonar a su suerte, a los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical o

que deciden retirarse de la misma. Ambos grupos de trabajadores están haciendo ejercicio del mismo derecho, en este caso, el derecho de sindicalización.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a modo de conclusión, debe afirmarse que los trabajadores dependientes son libres para decidir si se agrupan o se suman a una organización sindical, pues es claro que el Estado está obligado a garantizarles el citado ejercicio, aunque no a promoverlo, pues dicha obligación es solo exigible respecto del derecho de negociación colectiva, el cual es diferente del derecho de sindicalización, aunque ambos son expresión de la libertad sindical.

III. PLURALIDAD SINDICAL: DEFINICIÓN Y REGULACIÓN LEGAL

Como ya ha quedado dicho, el régimen de pluralidad sindical que se reconoce y regula en nuestra legislación, hace posible la existencia y coexistencia de diversas organizaciones sindicales, minoritarias y mayoritarias en un mismo ámbito, dato objetivo que obliga a revisar las respectivas definiciones (*de sindicatos mayoritarios y minoritarios*), así como los conceptos de capacidad y legitimidad negocial.

252

La pluralidad sindical determina que los trabajadores tienen la posibilidad de comparar y de evaluar cuál es la organización sindical que representa de mejor manera sus intereses. En suma, la pluralidad sindical permite a los trabajadores elegir y optar por la alternativa que más les convenga.

Con relación a lo anterior, corresponde destacar que, en un régimen de pluralidad sindical todas las organizaciones sindicales tendrán la expectativa de participar y de llevar a adelante un procedimiento de negociación colectiva, pues para ello han nacido ², empero, existiendo más de una organización sindical no todas tendrán la posibilidad de negociar y de ejercer efectivamente el derecho de negociación colectiva. Y es que, si bien es cierto, todos los sindicatos tienen capacidad negocial, no es menos cierto que no todos tienen legitimidad negocial.

2 Al respecto, se afirma que “(...) La facultad de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses sería un derecho inacabado, sino se les reconociera y garantizara en paralelo la posibilidad de ejercitar dos funciones indiscutibles e indispensables de la acción sindical para lograr tal objetivo, como la negociación colectiva y la huelga. Los sindicatos nacen para negociar con la contraparte empresarial mejores condiciones de vida y de trabajo, y se valen de la huelga, como medida de presión por excelencia, para dotar de fuerza su posición ante el fracaso de las tratativas directas (...)” (sic). (Boza, 2011, p. 68)

Sobre el particular, se afirma que, (...) **una de las funciones más importantes que tiene toda organización sindical es la de negociar con la contraparte empresarial. Y es que el sindicato, por el solo hecho de serlo, tiene atribuida -a partir del reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva- una facultad normativa genérica o abstracta para regular con el empresario, o con una organización de empresarios, de ser el caso, sus intereses en conflicto. A esto se le denomina capacidad para negociar. No obstante, un régimen de pluralidad sindical como el que rige en nuestro ordenamiento jurídico puede ocasionar que dos o más organizaciones sindicales que coexisten en un mismo ámbito o unidad de negociación pretendan negociar simultáneamente con la contraparte empresarial. Cuando esto ocurre, las legislaciones suelen establecer ciertos requisitos para determinar quién o quiénes están finalmente habilitados para llevar a cabo una concreta negociación colectiva. Esto es lo que se conoce como legitimación para negociar, es decir, la facultad específica que se le reconoce solo a ciertos sujetos colectivos para llevar a cabo una negociación colectiva y celebrar el correspondiente convenio colectivo. En otras palabras, toda organización sindical debidamente constituida tiene capacidad para negociar, pero no necesariamente estará legitimada para hacerlo en un caso concreto. Lo hará la que acredite cierta representatividad** (sic) (Boza, 2011, pp.79-80).

En ese sentido, es claro que, en virtud de la primera, las organizaciones sindicales nacen con la finalidad de ejercer el derecho de negociación colectiva y de lograr mejores condiciones laborales para sus afiliados; y que, en virtud de la segunda, solo algunas organizaciones sindicales logran hacer efectivo el derecho de negociación colectiva: aquellas que afilian a la mayoría de trabajadores del ámbito.

La situación descrita revela que las organizaciones sindicales pueden ser mayoritarias o minoritarias, y que es necesario conocer cómo se determina la legitimidad negocial de las organizaciones sindicales.

IV. SINDICATOS MINORITARIOS: DEFINICIÓN Y TRATAMIENTO LEGAL

Como ya ha quedado dicho, el derecho de sindicalización permite a los trabajadores dependientes agruparse y crear organizaciones sindicales, o afiliarse

a las organizaciones sindicales existentes. En ese sentido, resulta necesario hacer referencia a la definición de organizaciones sindicales o simplemente, sindicatos.

La doctrina sostiene que los sindicatos son **“(...) una organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses de clase, económicos y sociales, frente a los del empresario y sus organizaciones (...)”** (sic) (Palomeque, 1998, p.28).

A su turno, el Tribunal Constitucional en el Fundamento 26 de la Resolución de fecha 12 de agosto del año 2005, recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, considera que **“(...) El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para la defensa de sus intereses comunes (...) En ese sentido, el Tribunal Constitucional Español, en la STC 292/1993, precisa que los sindicatos son ‘(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una sociedad democrática’ ”**(sic).

En ese sentido, es claro que los sindicatos son organizaciones de trabajadores dependientes que se constituyen con la expresa y específica finalidad de defender los intereses del grupo, y de mejorar las condiciones de trabajo y de vida.

Adicionalmente, debe destacarse que, si bien es cierto, la legislación vigente sobre la materia no define lo que se entiende por una organización sindical, no es menos cierto que, el artículo 4° del Reglamento del **TUO** de la **LRCT**, modificado por Decreto Supremo N° 014-2022-TR, vigente desde el 25 de julio del año 2022, establece que los trabajadores pueden constituir las organizaciones sindicales en cualquier ámbito que estimen conveniente: empresa; grupos de empresas; actividad; gremio; oficios varios; cadena productiva o redes de subcontratación; y cualquier otro ámbito que se considere conveniente. Lo anterior implica un cambio más que importante en nuestra legislación, pues hasta antes de la fecha citada los sindicatos solo podían ser de empresa, actividad, gremio u oficios varios.

Como también ya ha quedado dicho, en un régimen de pluralidad sindical, las organizaciones sindicales pueden ser mayoritarias o minoritarias.

Las primeras, esto es, las mayoritarias son aquellas que agrupan a la mayoría de los trabajadores del ámbito, es decir, aquellas que afilian a la mitad más (1)

del total de trabajadores del ámbito, con la única exclusión de los trabajadores de dirección y de confianza.

Las segundas, esto es, las minoritarias, son aquellas que agrupan a un número reducido de trabajadores del ámbito, que no alcanza a la mitad más uno (1) del total de trabajadores del ámbito con la misma exclusión ya señalada (*trabajadores de dirección y de confianza*).

Complementando lo anterior, debe apuntarse que, como los sindicatos minoritarios sólo representan a sus afiliados, los convenios colectivos que celebren solamente se aplicaran a los trabajadores afiliados a la organización sindical, siendo -en consecuencia- de aplicación relativa o limitada.

Respecto de esto último, el artículo 9º del **TUO** de la **LRCT** establece que, en materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito asume la representación de todos, aunque los mismos no se encuentren afiliados a la organización sindical; y que, de existir varios sindicatos en el mismo ámbito, los mismos podrán ejercer conjuntamente la representación de todos los trabajadores si en su conjunto afilian a más de la mitad de ellos, para lo cual será necesario que logren un acuerdo que defina la forma en la que ejercerán dicha representación, precisándose que, de no haber acuerdo, cada sindicato representará solamente a sus afiliados.

En ese sentido, resulta que, los sindicatos mayoritarios representan a todos los trabajadores del ámbito, siendo que los convenios colectivos que celebren se aplicarán a todos los trabajadores del citado ámbito, incluidos los no afiliados a la organización sindical; y que los sindicatos minoritarios solo representan a sus afiliados, por lo que los convenios colectivos que celebren solo se aplicarán a ellos. Es decir, los convenios colectivos celebrados por sindicatos mayoritarios tendrán eficacia general, mientras que aquellos celebrados por sindicatos minoritarios tendrán eficacia relativa y limitada.

Es claro, que para una organización sindical lo ideal será tener la condición de mayoritaria, para contar -por lo menos en el papel- con mayor capacidad de negociación, y lograr -en consecuencia- que sus acuerdos sean de aplicación a todos los trabajadores del ámbito, pues las organizaciones sindicales que no logren alcanzar la condición de mayoritarias (*siendo minoritarias*) tendrán -en el plano formal- menor capacidad de negociación y generaran al empleador una

limitación -legal- para la extensión de los beneficios laborales que se acuerden, pues no podrán aplicarlos a los trabajadores no afiliados a la organización sindical.

Así pues, debería entenderse que, los trabajadores que deciden ejercer su derecho de agruparse y constituir organizaciones sindicales, lo hacen con la expectativa de que las mismas sean mayoritarias, de lograr un importante poder de negociación, y de mejorar los derechos de los trabajadores. Al respecto, se afirma que, “(...) **Lo que se pretende con la identificación de la organización sindical más representativa es procurar la mayor igualdad posible en relación al empleador, y así poder procurar los mayores beneficios para todos los trabajadores dentro de la empresa (...)**” (sic) (Monteblanco, 2016, p. 260). Y es que, se nace con la idea y expectativa de crecer y de ser grande, lo que aplica también a una organización sindical, máxime, si de su tamaño dependerá su relevancia en la dinámica de la relación con el empleador.

V. NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON SINDICATOS MINORITARIOS

256

Ahora bien, volviendo sobre una idea previamente enunciada, debe afirmarse que, corresponde a una creencia equivocada, afirmar que solamente es complicado negociar con sindicatos mayoritarios porque son ellos los únicos que tienen un importante y verdadero poder de negociación.

Lo anterior es inexacto, impreciso e incluso falso, pues, es también complicado negociar con sindicatos minoritarios, con aquellos que solamente representan a sus afiliados, máxime, si en la actualidad existe una norma jurídica que establece -expresamente- la prohibición de los empleadores de extender los alcances de los convenios colectivos celebrados con los mismos, y de aplicarlos a trabajadores no afiliados a la organización sindical.

Ciertamente, el último párrafo del artículo 28° del Reglamento de la **LRCT**, modificado por el Decreto Supremo N° 014-2022-TR, vigente desde el 25 de julio del año 2022, establece que **“El empleador no puede extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación”** (sic).

Con relación a lo anterior, corresponde destacar que la norma en cuestión fue precedida por varios pronunciamientos judiciales, y que, si bien es cierto -los

mismos- no establecían una prohibición expresa y explícita a la aplicación de un convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados, no es menos cierto, que los citados pronunciamientos de manera indirecta referían a la citada prohibición.

Así, cabe señalar que, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante Resolución de fecha 3 de agosto del año 2016, recaída en la Casación N° 12885-2014-CALLAO ³, estableció que los convenios celebrados con sindicatos minoritarios solo se aplicaban a sus afiliados, lo que determinó un importante cambio de criterio, pues la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante Resolución de fecha 28 de abril del año 2010, recaída en la Casación N° 2864-2009-LIMA, había establecido que los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios debían extenderse y aplicarse a los trabajadores no afiliados en virtud del principio de igualdad.

A mayor abundamiento, es necesario señalar y destacar que, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante Resolución de fecha 19 de junio del año 2017, recaída en la Casación N° 4255-2017-LIMA ⁴, estableció -con carácter vinculante ⁵- que

- 3 La citada resolución judicial de la Corte Suprema establece -a modo de sumilla- que **“Cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores no puede extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados, pues permitirlo desincentivaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a la misma, pues de igual modo gozaran de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”** (sic).
- 4 La citada resolución judicial de la Corte Suprema establece -a modo de sumilla- que **“La fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo significa que dicho acuerdo obliga a las partes que la suscribieron, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a aquellos trabajadores que se incorporen con posterioridad a la empresa o empresas pactantes de la convención colectiva, con excepción de quienes sean trabajadores de dirección o personal de confianza. Tratándose de sindicatos minoritarios el acuerdo que celebra la organización sindical con el empleador únicamente alcanza a sus afiliados, pudiendo además las partes celebrantes establecerlo así en el convenio colectivo a través de una cláusula delimitadora”** (sic).
- 5 El numeral 3) de la Resolución de fecha 19 de junio del año 2017, recaída en la Casación N° 4255-2017-LIMA, señala que **“(…) los considerandos Décimo Quinto y Décimo Sexto de la presente ejecutoria suprema contienen principios jurisprudenciales relativos a la debida interpretación de la fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo y a los alcances de la convención colectiva celebrado por un sindicato minoritario”** (sic).

los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios solo se aplicaban a sus afiliados, lo que ratificó el cambio de criterio antes reseñado.

Asimismo, aunque sin necesidad de entrar en mayor detalle, debe también señalarse que la Autoridad Inspectiva de Trabajo se ha alineado con el criterio jurisdiccional antes mencionado y considera que la extensión y aplicación de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios a los trabajadores no afiliados a la organización sindical verifica la comisión de un acto antisindical, y una infracción laboral “muy grave” que debe ser sancionada con la imposición de una multa.

En ese sentido, es claro que, a la fecha, la decisión de extender los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios a los trabajadores no afiliados a la organización sindical es “ilegal”, y verifica la comisión de una infracción laboral “muy grave” que debe ser sancionada con la imposición de una multa.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta que el empleador está obligado a contar con un sistema de compensaciones diferente aplicable -única y exclusivamente- a los trabajadores no afiliados a ninguna organización sindical ⁶.

Y es que, si por expreso mandato legal, los beneficios convencionales logrados por un sindicato minoritario son solo para los trabajadores afiliados a la organización sindical, el empleador está obligado a diseñar y construir un sistema de compensaciones que sea solo aplicable a los trabajadores no afiliados a la organización sindical, caso contrario, los citados trabajadores estarían condenados a percibir la Remuneración Mínima Vital ⁷ y los beneficios sociales de origen legal, lo que no se condice con una buena práctica laboral, ni con una adecuada política de gestión humana.

Entonces, cuando en una empresa haya uno (1) o varios sindicatos minoritarios será necesario que existan dos (2) sistemas de compensaciones: uno, para los trabajadores afiliados a la organización sindical, que es determinado por el acuerdo de las partes (*organización sindical y empleador*), y que está contenido

6 Sobre el particular, véase también Toyama, J. y Merzthal M. (2013). *La Libertad Sindical en el Perú: una revisión a su desarrollo jurisprudencial*. Revista Derecho & Sociedad N° 40.

7 La Remuneración Mínima Vital actualmente asciende a la suma de S/1,025.00 (MIL VEINTICINCO Y 00/100 SOLES), lo que revela que está lejos de ser mínima y vital.

en el convenio colectivo; y otro, para los trabajadores no afiliados a la organización sindical que es determinado por el empleador en ejercicio de su poder de dirección y que -ahora, desde diciembre del año 2017- está contenido en la política salarial ⁸.

Los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical, y que hacen ejercicio negativo de su derecho de sindicalización, se arriesgan a que el empleador decida no pagar remuneraciones atractivas, a que no otorgue incrementos de remuneraciones que compensen el crecimiento de la inflación y/o ayuden a recuperar la pérdida de la capacidad adquisitiva, a que no diseñe y ejecute sistemas de compensación variable por rendimiento, a que no realice pagos anuales por ganancias empresariales, en suma, se arriesga a no acceder a beneficios económicos atractivos que superen los mínimos legales.

En ese sentido, debe quedar claro que no solamente los trabajadores afiliados a una organización sindical se arriesgan ⁹, pues también lo hacen aquellos que deciden no afiliarse a una organización sindical. Ambos grupos de trabajadores toman riesgos, los que consideran se condicen con sus intereses y expectativas personales, lo que nos permite afirmar -con absoluta convicción- que, se trata de trabajadores que, aunque realicen las mismas actividades, no están en la misma situación, no son iguales, y, por tanto, no tienen derecho a que el empleador los trate como iguales.

Al respecto, el maestro Javier Neves, notable laboralista peruano, sostiene que, **“(...) la igualdad exige una verificación de hecho para comparar individuos y determinar si su situación es semejante o no, y después reclama un trato correspondiente a lo comprobado. De este modo, el trato no puede**

8 La política salarial es el “conjunto de criterios y directrices establecidos por el empleador para la gestión, fijación o reajuste de los diferentes esquemas de remuneración de los trabajadores” (sic). (Decreto Supremo N° 002-2018-TR, Reglamento de la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, literal k), artículo 2°)

9 Sobre el particular se afirma “(...) ¿Se encuentran los trabajadores afiliados en las mismas condiciones o situaciones que los trabajadores no afiliados? Pareciera ser que no. Mientras unos han decidido pertenecer a un sindicato para ejercer, de este modo, un aspecto de la vida en democracia, los otros no. Mientras unos proponen y luchan conjuntamente en la defensa de sus intereses, los otros no. Mientras unos consiguen, con su participación democrática, mejoras en las condiciones remunerativas y de trabajo, los otros no. Mientras unos aportan a sus organizaciones sindicales, los otros no. Por tanto, los unos y los otros no se encuentran en las mismas condiciones o situaciones (...)” (sic). (Paredes, 2013, p. 37)

ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales (...)” (sic) (Neves, 2012, p. 138).

Ciertamente, los trabajadores sindicalizados y los trabajadores no sindicalizados no están en la misma situación, no hacen lo mismo, no asumen las mismas obligaciones, no toman los mismos riesgos, es decir, no son iguales, y por tanto no pueden reclamar el mismo trato.

Reforzando lo anterior, debe recordarse que el artículo 28° del Reglamento del TUO de la LRCT, establece expresamente que **“El empleador no puede extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación”** (sic), lo que -en nuestra opinión- confirma que los trabajadores que deciden afiliarse a una organización sindical no están en la misma situación, y en las mismas condiciones que los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical.

En ese sentido, siendo que, los trabajadores afiliados a una organización sindical minoritaria no son iguales a los no afiliados, no pueden pretender que el empleador les otorgue las remuneraciones y beneficios laborales que regula la política salarial de la empresa, y, además, de manera adicional las remuneraciones y beneficios laborales que la organización sindical negocia y acuerda con el empleador. Y es que, aceptar la validez del referido planteamiento, obligaría a aceptar que los trabajadores afiliados a una organización sindical tienen derecho un doble beneficio: al beneficio contenido en la política salarial del empleador, y al beneficio contenido en el convenio colectivo, el cual -por expreso mandato legal- solo les es aplicable a los citados trabajadores.

Al respecto, cabe apuntar que, quienes se han interesado en el tema¹⁰, afirman que los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados no están en la misma situación y en las mismas condiciones, por lo que no corresponde tratarlos de la misma manera. Coincido plenamente con dicha afirmación, empero, no coincido ni comparto la afirmación cuando se asume y se sostiene que los afiliados actúan motivados por la necesidad de defender sus intereses y de mejorar sus condiciones laborales (*lo que es real y hasta necesario*), descono-

10 Paredes, P. (2013). *Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical. Un caso de laboral por acción indirecta*. Revista Derecho & Sociedad N° 40 y Monteblanco, A. (2016). *La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa*. Revista Derecho & Sociedad N° 46.

ciéndose que es perfectamente posible que, los trabajadores decidan no actuar y no reclamar “nada” porque no es necesario hacerlo, toda vez que el empleador se preocupa de sus trabajadores, otorgándoles remuneraciones y beneficios que mejoran largamente los mínimos legales. Y es que, no se puede asumir que los empleadores son siempre los “malos”, pues hay muchos que no lo son, y que -convencidos de que sus colaboradores son su activo más importante- se esfuerzan por ofrecerles adecuadas condiciones laborales.

Ahora bien, de la lectura de la disposición transcrita (*artículo 28° del Reglamento del TUO de la LRCT*), queda claro que la misma es relevante y aplicable a los acuerdos colectivos logrados por organizaciones sindicales minoritarias, aquellas que por expreso mandato legal contenido en el artículo 9° del TUO de la LRCT solo representan y negocian para sus afiliados. Y es que, las organizaciones sindicales mayoritarias -en aplicación de la misma disposición legal- representan y negocian para todos los trabajadores del ámbito, afiliados y no afiliados, con la única exclusión del personal de dirección y de confianza.

Volviendo sobre una idea previamente enunciada, debe destacarse y reiterarse que, es una creencia equivocada pensar que solamente es complicado negociar con sindicatos mayoritarios, pues también lo es hacerlo con sindicatos minoritarios, pues como ya ha quedado dicho, en tal caso existe norma expresa que impide al empleador extender los alcances de un convenio colectivo a los trabajadores no afiliados a la organización sindical.

Los trabajadores que deciden ejercer su libertad sindical afiliándose a un sindicato, lo hacen -asumo- por convicción y en la creencia de que estarán mejor protegidos contra actos del empleador, y que accederán a mejores remuneraciones y beneficios laborales. Empero, ello no siempre resulta de esa manera.

Y es que, asumiendo que un empleador no tiene una adecuada política de gestión humana y no atiende debidamente a sus trabajadores, es natural y hasta necesario que los trabajadores decidan organizarse para crear una organización sindical y negociar colectivamente mejores condiciones laborales. En ese caso, los trabajadores no afiliados a la organización sindical muy probablemente querrán acceder a los beneficios laborales logrados por el sindicato, y si para ello es necesario afiliarse a la organización sindical no dudarán en hacerlo, en cuyo caso, muy probablemente convertirán a la organización sindical minoritaria en mayoritaria. En tal caso, la decisión de los trabajadores seguramente estará

plenamente justificada, pues corresponde a la naturaleza humana el querer -siempre- estar mejor.

No obstante lo anterior, es también posible que un empleador, consciente de que sus trabajadores son su principal activo, se preocupe y ocupe del bienestar de los mismos, y cuente para ello con una política de gestión humana que otorgue una serie de beneficios laborales que superen y mejoren los derechos laborales de origen legal. En tal caso, no obstante el buen comportamiento del empleador, y por tratarse del ejercicio regular de un derecho humano, fundamental y con reconocimiento constitucional, es posible que un grupo -reducido- de trabajadores decida crear una organización sindical para negociar mejores remuneraciones y beneficios laborales. En tal caso, el empleador deberá participar de un procedimiento de negociación colectiva con un sindicato minoritario.

Pues bien, en tal situación el empleador -como corresponde- reconocerá a la organización sindical como un interlocutor válido, tomará debida atención de los miembros de la Junta Directiva, recibirá -cuando corresponda- el pliego de reclamos, dará inicio oportuno al procedimiento de negociación colectiva, participará de las reuniones de trato directo y de conciliación que corresponda, y eventualmente, logrará un acuerdo con el sindicato, el que será formalizado por escrito mediante la suscripción de un convenio colectivo, y posteriormente registrado ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En tal caso, y como ya ha quedado dicho, el citado convenio colectivo no podrá ser extendido a los trabajadores no afiliados a la organización sindical.

En el mismo caso, además, el empleador habrá logrado un acuerdo con la organización sindical, que -así debería entenderse- satisface las expectativas de la organización y de los trabajadores a quienes representa, pues la celebración de un convenio colectivo supone la existencia de “buena fe”, y revela además el ejercicio de la libertad sindical positiva, toda vez que a partir del citado ejercicio se logra y adquiere beneficios laborales concretos.

Con relación a esto último, corresponde señalar que, el acuerdo logrado por la organización sindical con el empleador será resultado de su capacidad y poder de negociación. Dicho de otro modo, la organización sindical habrá logrado un acuerdo con el empleador porque lo considera razonable, y porque -en términos prácticos- es lo que le permitió lograr su capacidad y poder de negociación.

Al respecto, debe recordarse y reiterarse que, la prohibición de extender los alcances de un convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario confirma que los trabajadores sindicalizados no son iguales a los no sindicalizados, por lo que a estos últimos no corresponde aplicarles el convenio colectivo celebrado. Dichos trabajadores no tienen derecho a los beneficios logrados por la organización sindical mediante la celebración del convenio colectivo. A dichos trabajadores se les aplica la política del empleador.

Así pues, si el empleador decidiera otorgar a dichos trabajadores un mejor incremento de remuneraciones y beneficios laborales más competitivos ¿estaría el empleador obligado a reconocer los mismos beneficios a los trabajadores afiliados a la organización sindical? ¿la organización sindical tendría argumento para reclamar y acusar al empleador de actos y prácticas antisindicales? La respuesta debe ser práctica y teórica.

En términos prácticos, y recogiendo lo que sucede en los hechos, es claro que la organización sindical reclamara el otorgamiento de las mejoras remunerativas y de los beneficios laborales reconocidos a los trabajadores no sindicalizados, y acusara al empleador de discriminación y de la ejecución de prácticas antisindicales ¹¹.

En términos teóricos, debe recordarse que, los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados no están en las mismas condiciones, por lo que el empleador está autorizado a tratarlos de manera diferente, y por la misma razón, los trabajadores sindicalizados no deberían pretender las remuneraciones y beneficios laborales otorgados a los trabajadores no sindicalizados.

Conviene destacar que, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica mediante la Resolución de fecha 13 de diciembre del año 2018, recaída en la Casación N° 20956-2017-LIMA ¹², reconoce como válido y necesario que los empleadores

11 Las prácticas antisindicales son definidas como “(...) como aquellas conductas, principal pero no exclusivamente, del empleador u organizaciones de empleadores, orientadas a menoscabar el derecho al libre ejercicio de la libertad sindical por parte de los trabajadores, buscando evitar que los afiliados a las organizaciones sindicales puedan ejercer los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico (...)” (sic). (Vilchez, 2015, p. 319)

12 La citada resolución judicial de la Corte Suprema establece -a modo de sumilla- que “El empleador no tiene ninguna atribución legal para extender los alcances de un convenio colectivo a trabajadores no comprendidos dentro de los alcances del mismo. Solo está facultado para

construyan un sistema de compensaciones diferente para los trabajadores no sindicalizados, y les reconozcan beneficios similares a los otorgados por convenio colectivo. Al respecto, debe tenerse -también- en consideración que, los beneficios a otorgarse no pueden ser absolutamente diferentes, pues se trata de trabajadores que realizan las mismas actividades, lo que es un dato esencial para definir las remuneraciones y beneficios a pagar.

Por tanto, nada impedirá al empleador -en tal caso- el otorgamiento de beneficios similares, pero diferentes, cuyo importe se podrá determinar en función de una serie de criterios objetivos como la antigüedad, experiencia, productividad, entre otros. Al respecto, conviene tener en cuenta que **“(...) no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la desigualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (...)”** (sic) (Castro, 2009, p.274).

En ese sentido, si los trabajadores sindicalizados no están en las mismas condiciones que los no sindicalizados, la organización sindical carecería de argumentos para reclamar lo otorgado a los trabajadores no sindicalizados, salvo que se considere que los beneficios de una política empresarial, como la salarial, deben aplicarse a todos los trabajadores sin ninguna exclusión, y que, por ende, la libertad sindical positiva es más importante que la negativa, y que merece -por tanto- mayor protección.

Dicho de otro modo, sería necesario reconocer y concluir que, solo los trabajadores que deciden afiliarse a una organización sindical son los que merecen la protección de la acción de la autoridad inspectiva de trabajo y de la autoridad jurisdiccional. En ese sentido, es necesario preguntarnos si ¿los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical pertenecen a una categoría inferior que no merece ninguna protección, y deben ser condenados a alguna forma de ostracismo? Es solo una pregunta que contiene una idea que considero importante plantear para analizar, y volver a analizar.

otorgar unilateralmente a favor de los trabajadores no sindicalizados derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo” (sic).

VI. CONCLUSIONES

En función de las consideraciones precedentemente expuestas podemos concluir lo siguiente:

1. El Estado reconoce y garantiza el derecho de libertad sindical, por lo que los trabajadores son libres de decidir el ejercicio de la citada libertad;
2. La libertad sindical es mucho más que el derecho de los trabajadores de agruparse para la defensa de sus derechos e intereses, pues la misma permite la mejora de las condiciones de trabajo y de vida, autorizándolos -cuando corresponda- a la ejecución de medidas de presión como mecanismo de autodefensa;
3. La libertad sindical positiva y la libertad sindical negativa son las dos (2) manifestaciones del derecho de sindicalización, y como tales merecen el mismo reconocimiento, las mismas garantías y los mismos mecanismos de protección, por lo que no existe ninguna justificación para proteger solamente a los trabajadores que deciden afiliarse a una organización sindical; y para ignorar y/o abandonar a su suerte, a los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical o que deciden retirarse de la misma;
4. Nuestra legislación laboral vigente reconoce y regula un régimen de pluralidad sindical, el cual hace posible la existencia y coexistencia de diversas organizaciones sindicales, minoritarias y mayoritarias en un mismo ámbito, dato objetivo que obliga a revisar los conceptos de capacidad y legitimidad negocial;
5. La negociación colectiva con sindicatos minoritarios es especialmente complicada porque en la actualidad existe una norma jurídica que establece expresamente la prohibición de los empleadores de extender los alcances de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, y de aplicarlos a trabajadores no afiliados a la organización sindical;
6. Las empresas en las que haya uno (1) o varios sindicatos minoritarios deberán contar con dos (2) sistemas de compensaciones: uno, para los trabajadores afiliados a la organización sindical, determinado por el acuerdo de las partes (*organización sindical y empleador*), y que estará

contenido en el convenio colectivo; y otro, para los trabajadores no afiliados a la organización sindical determinado por el empleador en ejercicio de su poder de dirección;

7. La creación de un sistema de compensaciones para los trabajadores no sindicalizados no es igual a la extensión -pura y simple- de los convenios celebrados con una organización sindical minoritaria, pues se trata de diseñar y construir un sistema de compensaciones diferente y alternativo para los trabajadores que -haciendo ejercicio de su libertad sindical, negativa en el este caso- deciden libremente no afiliarse a una organización sindical;
8. Los trabajadores que deciden afiliarse a una organización sindical no están en la misma situación de los que deciden no hacerlo, por lo que, no son iguales, y, por tanto, no tienen derecho a que el empleador los trate como iguales. En ese sentido, los trabajadores afiliados a una organización sindical no pueden pretender que el empleador les otorgue las remuneraciones y beneficios laborales que regula la política salarial de la empresa, y, además, de manera adicional las remuneraciones y beneficios laborales que la organización sindical negocia y acuerda con el empleador;
9. Los convenios colectivos celebrados por organizaciones sindicales minoritarias, se entiende, satisfacen las expectativas de la organización sindical y de los trabajadores a quienes se representa, máxime, si es necesario reconocer que el acuerdo logrado es resultado de la capacidad y poder de negociación de la organización sindical; y
10. Los trabajadores que deciden no afiliarse a una organización sindical no pertenecen a una categoría inferior que no merece ninguna protección, y no pueden ser condenados a ninguna forma de ostracismo.

REFERENCIAS

- Arévalo Vela, J. (2023). *Tratado de Derecho Laboral*. Jurista Editores.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caamaño Rojo, E. y Ugarte Cataldo, J. (2010). *Negociación colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico*. Legal Publishing.

- Castro Otero, J. (2009). La igualdad de remuneración en *Libro Homenaje A Javier Neves Mujica*. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Monteblanco Vines, A. (2016). La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa. *Revista Derecho & Sociedad* N° 46.
- Neves Mujica, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Palomeque, C. (1998). *Derecho Sindical Español*. Editorial Tecnos.
- Paredes Palacios, P. (2013). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical. Un caso de laboral por acción indirecta. *Revista Derecho & Sociedad* N° 40.
- Toyama Miyagusuku, J y Merzthal Shigyo, M. (2013). La Libertad Sindical en el Perú: una revisión a su desarrollo jurisprudencial. *Revista Derecho & Sociedad* N° 40.
- Vílchez Garcés, L. (2015). Libertad sindical y prácticas antisindicales: nociones esenciales de un derecho complejo y la pluriofensividad de su afectación. *Revista Laborem* N° 16.
- Villavicencio Ríos, A. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú. Fundamentos, alcances y regulación*. Plades.
- Villavicencio Ríos, A. (1989). *Constitución y Libertad Sindical. Trabajo y Constitución*. Cultural Cuzco S.A. Editores.

La libertad sindical negativa puesta en cuestión por SUNAFIL

Negative unionization freedom under question by SUNAFIL

MARIO PASCO LIZÁRRAGA*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: mpascol@estudiorodrigo.com
<https://orcid.org/0009-0001-0817-7789>

RESUMEN: En este artículo examinamos el principio de igualdad y no discriminación en el Derecho del Trabajo, y específicamente en la forma como lo ha recogido recientemente la Primera Sala del Tribunal de Fiscalización Laboral de SUNAFIL (la Sala) en su Resolución N° 741-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (la Resolución). Cuestionamos los criterios del Tribunal, y exploramos cómo, bajo el manto de la no discriminación, el resultado es precisamente el contrario, lo que además vulnera la ley y los precedentes judiciales sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: SUNAFIL, aumento de remuneraciones, discriminación, libertad sindical negativa, convenio colectivo.

ABSTRACT: In this article we examine the principle of equality and non-discrimination in Labor Law, and specifically the way in which it has been recently included by the First Chamber of the SUNAFIL Labor Inspection Court (the Chamber) in its Resolution No. 741-2022- SUNAFIL/TFL-First Chamber (the Resolution). We question the criteria of the Court, and we explore how, under the cloak of non-discrimination, the result is precisely the opposite, which also violates the law and judicial precedents on the matter.

KEYWORD: SUNAFIL, pay raise, discrimination, negative unionization freedom, collective bargaining agreement.

Recibido: 03/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I Introducción. II. ¿Qué es discriminar a un sindicato? III. El VIII Pleno Jurisdiccional. Referencias.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex docente de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho y de la Seguridad Social del Perú. Socio en el Estudio Rodrigo Elías & Medrano.

I. INTRODUCCIÓN

Si la sintetizamos de modo muy apretado, diremos que la Resolución – cuyo texto completo puede revisarse en <https://drive.google.com/file/d/1gqSmju0KIVVDhnKcOh3C2LQqSyDu5DKM/view> – confirmó las sanciones contra una empresa que había concedido un aumento unilateral de remuneraciones a los trabajadores no afiliados a un sindicato minoritario, pero no a los afiliados a éste, mientras negociaba el pliego de reclamos presentado por el mismo.

Como consecuencia, dejó firmes la sanción económica y el requerimiento a la empresa para que *homologue* las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados, de modo que recibieran también el aumento de remuneraciones antes mencionado.

A efectos de trabajar nuestras concepciones de los principios de no discriminación e igualdad de trato y su incidencia sobre la libertad sindical, nos centraremos en dos esfuerzos argumentativos de la Resolución.

Para ello, nuestro análisis toma en consideración la dimensión asignada por la doctrina moderna a la libertad sindical en su ámbito individual. Comprendiendo que “la sustancia de la libertad sindical no se agota en lo derivado del derecho de asociación (construir un sindicato o no). Además, la materia de la libertad sindical incluye el derecho a desarrollar actividad sindical, poque ésta es el objeto de la libertad sindical [la cual] puede ser desarrollada aun por un solo trabajador y aun sin la existencia de organización sindical (...)” (Ermida Uriarte, 2012, p. 32).

En primer lugar, revisaremos y criticaremos sus consideraciones de fondo en cuanto a dichas materias. Luego, visitaremos la explicación que incluye la Resolución frente al alegato de la inspeccionada de que la resolución de la instancia previa irrespetaba el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, sobre extensión de beneficios convencionales a trabajadores no sindicalizados.

Nuestra crítica, en ambos casos, incide sobre cómo la Sala disecciona situaciones para tratar de modo distinto a supuestos que, conforme a la normativa que la rige, debieran ser objeto de respeto en los mismos términos. Al hacerlo, vacía de todo contenido el concepto de *libertad sindical negativa*.

II. ¿QUÉ ES DISCRIMINAR A UN SINDICATO?

En la brevísima reseña de la Resolución que adelantamos en nuestro segundo párrafo, está el núcleo del caso.

La Sala tacha de discriminatorio el acto tal cual aparece descrito. Las premisas son objetivas y breves, en el criterio de la Sala ellas configuran la discriminación y no requieren de circunstancias especiales que, por ejemplo, denoten el ánimo trasgresor del empleador. El razonamiento opera como norma: si el empleador concede un aumento solo a los trabajadores no sindicalizados, está discriminando a los trabajadores sindicalizados, sin que importe que los sindicalizados tengan acceso a otro aumento que no corresponderá a los no sindicalizados, y presumiblemente a otros beneficios también privativos a ellos.

Las consideraciones de la Sala, cuando acoge las previamente planteadas por las autoridades e instancias inferiores, alcanzan una posición tan clara como extrema.

Había dicho la Intendencia de Lima Metropolitana¹ que “(...) esta Intendencia trae a colación lo señalado en el punto 28 del Informe Final, donde la autoridad instructora ha mencionado que es plenamente legítimo que los trabajadores sindicalizados logren mejoras remunerativas y de condiciones de trabajo que no alcancen a los trabajadores no sindicalizados; ya que el ejercicio de la libertad sindical es voluntario. Por ende, debe tenerse en consideración que el empleador se encuentra obligado a brindar un tratamiento diferenciado entre sus trabajadores afiliados y no afiliados a una organización, en función al ejercicio de sus derechos colectivos; en consecuencia, toda acción del empleador dirigida a brindar un tratamiento compensatorio afecta ese tratamiento diferenciado”.

En este párrafo aparece la primera de las dos ideas que forman la tesis de la Resolución: lo que logra el sindicato minoritario para sus afiliados va mucho más allá de ser un elemento diferenciador tradicional, en el cual este término se limita a ser la justificación de una diferencia. Ahora, lo diferenciador (la sindicalización) ha pasado a ser un valor en sí mismo: no es ya simplemente que como el elemento está presente la diferencia que puedan establecer las partes es válida,

1 Punto 1.5 de la Resolución

sino que la presencia del elemento (la sindicalización) hace que la diferencia sea imperativa, que no pueda haber igualdad entre los sujetos comparados.

La Sala nos dice con todas sus letras que si hay un sindicato minoritario los trabajadores sindicalizados tienen que ganar más que los trabajadores no sindicalizados.

Revisemos esto.

Si hay un sindicato mayoritario, que en nuestro país por definición representa todos los trabajadores del ámbito, en principio todos ellos ganarán lo mismo. Cabrá discutir que el convenio colectivo pueda excluir explícitamente de alguno de sus beneficios principales, o de todos ellos, a los trabajadores no sindicalizados o a los afiliados a otro sindicato, pero ello no sucede normalmente, y chocaría con la máxima sentada por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que el sindicato mayoritario tiene que adoptar para su negociación colectiva los planteamientos que recabe de los otros sindicatos. La regla general, la normalidad, será que todos ganen lo mismo.

272

Pero si el sindicato es minoritario, la Sala nos dice que sus afiliados tienen que ganar más que los no afiliados.

Cualquier elemento igualador es una discriminación. Nuevamente: igualar es discriminar, y el motivo es que el elemento diferenciador es el origen sindical del beneficio.

A primera vista, suena irracional, lo que nos causa incomodidad, ciertamente preocupación. Pero cuando examinamos el planteamiento a la luz de la normativa, la conclusión afortunada es que el criterio de la Sala es abiertamente ilegal. Esto nos insinúa que nuestra ley no es absurda, lo que siempre es un buen comienzo.

Los artículos 3 y 4 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que son desarrollo legislativo directo del artículo 28 de la Constitución², recogen, reco-

2 “Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. -- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos

nocen y consagran tanto la libertad sindical “positiva” como la libertad sindical “negativa”, bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 3.- La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo.

Artículo 4.- El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.”

El artículo 4° recién transcrito consagra un mandato explícito, que extiende al estado, de no “coactar, restringir o menoscabar” el derecho de sindicalización, que a su vez acaba de ser determinado como el de “afiliación, no afiliación o desafiliación”.

En ese contexto, tomaremos como criterio que “el concepto de libertad sindical ha evolucionado notoriamente, ya que mientras en sus orígenes se refería apenas al reconocimiento de derechos de los individuos a constituir sindicatos, actualmente posee un contenido complejo, incluyendo derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer) (...)”. (Ermida Uriarte, 2012, p. 29).

Así, la libertad sindical positiva, empezando por la denominación, puede estar más próxima a los corazones de los laboristas, o incluso más cercana a las *preferencias* de los legisladores y los distintos operadores del derecho, pero en nuestro sistema – y en la lógica – la libertad sindical negativa es también libertad sindical.

Partamos por la lógica.

La noción de libertad es indesligable del concepto de *elección* o *decisión*. Sea que se trate de un individuo, o de un grupo, el sujeto solo estará ejerciendo la libertad, solamente la tendrá respecto de un acto, cuando éste se lleve a cabo en base a una decisión propia de ese sujeto.

laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”

Si el acto depende de otra voluntad, como la de una autoridad, otro individuo, o de una norma, ya no es un acto *libre*, sino impuesto. Y la libertad no está compuesta de actos impuestos; los hechos o actos impuestos son lo contrario de los libres.

En este entendido, para que la sindicalización sea libre, ésta tiene que depender de la voluntad de los grupos o los individuos. Modestamente, pensamos que tiene que depender de las voluntades de los grupos, y también de la de los trabajadores individualmente considerados.

Pues bien, si de cualquier forma un trabajador se ve impedido de formar parte de un sindicato, es claro que no estará actuando de forma libre, en tanto que queda excluido del mismo contra su voluntad.

Si ese mismo trabajador es obligado o compelido de cualquier forma a formar parte de un sindicato, tampoco estará actuando de forma libre, en tanto que estará siendo forzado a integrarlo contra su voluntad.

La libertad sindical es la libertad sindical positiva, pero la misma libertad sindical no existe, no puede existir, sin la libertad sindical negativa. Y para que ambas vertientes sean efectivamente respetadas, los criterios de verificación deben ser los mismos. Si la libertad sindical positiva se reputa violada cuando algún acto de un tercero, empleador o del Estado entorpece *directa o indirectamente* el ejercicio de la voluntad del trabajador, se tiene que aceptar también como violada la libertad sindical negativa cuando algún acto de un tercero, empleador o del Estado compele directa o indirectamente el ejercicio de la voluntad – en sentido opuesto, en este caso – del trabajador.

Pasemos ahora a la definición base del concepto, planteada por académicos mucho más autorizados que el autor:

“(...) la libertad sindical se desglosa en sus dos vertientes individual y colectiva en atención a la titularidad de los diversos derechos que configuran aquella, pudiéndose reconocer en ambas una perspectiva dinámica de tal libertad (derechos de actividad), junto a una estática (derechos de afiliación individual y organización colectiva). Así, se habla de la libertad sindical individual respecto del grupo de derechos cuyo titular no es otro que el trabajador individual, y que suponen, básicamente, el derecho a fundar sindicatos y el derecho a afiliarse, o no hacerlo, al sindicato de libre elección, ya constituido, sin olvidar el derecho

de los trabajadores afiliados a elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato, así como el derecho a la actividad sindical (Valdeolivas García, 1994, pp. 46-47).

Luego, Opertti y Marabotto, nos ayudan a entender mejor la distinción:

“De lo señalado puede concluirse que la libertad sindical positiva consiste en el derecho de los trabajadores de asociarse de manera de defender y reivindicar, en forma conjunta, sus derechos e intereses, quedando amparada toda la acción sindical. Por su parte, la libertad sindical negativa, consiste, en el derecho del trabajador a no formar parte de un sindicato o desafiliarse al mismo

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en el reconocimiento de la libertad sindical positiva. No obstante, no sucede lo mismo con la libertad sindical negativa. Ello se debe a diversos factores. En primer lugar, a la falta de reconocimiento expreso por parte del Convenio 87. En segundo término, a su contrariedad con las cláusulas sindicales, muy comunes en el mundo anglosajón. Finalmente, también es resistida por los sindicatos y la doctrina en tanto derecho meramente individual.” (Opertti, P., & Marabotto, A, 2012, p. 40)

Convendremos, desarrollando esta explicación, que, si en un país la libertad sindical sí está recogida normativamente, funciona y debe ser reconocida y protegida por los operadores del derecho.

En nuestro país la existencia de la libertad sindical negativa está fuera de discusión:

“(...) si bien no se encuentra consagrado específicamente en nuestra Constitución ni en alguno de los Convenios de la OIT sobre la materia, si es incluido expresamente en el artículo 3 del TUO, cuando refiere que: “No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo”. Asimismo, el propio Código Penal en su artículo 168 incluye la pena correspondiente para todo aquel que “(...) mediante violencia o amenaza, obliga o impide a otro a integrar un sindicato, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”, en esencia el delito supone criminalizar aquella conducta que mediante violencia o amenaza, obliga, coacciona o compele a un sujeto para que realice algún supuesto del tipo penal, en este caso hacemos clara referencia a la defensa de la libertad sindical visto desde su aspecto negativo. Con ello, queda demostrado que respecto a la libertad sindical en su esfera individual nuestro ordenamiento jurídico prohíbe cualquier tipo de imposición

de sindicación, ya sea de manera directa o automática o indirectamente a través de cláusulas sindicales que condicionen el acceso o el mantenimiento de un puesto de trabajo a la afiliación de un sindicato” (Matos Zegarra y Manrique Valdivia, p. 78).

Por ende, sin perjuicio de que la normativa pueda establecer reglas específicas para la primera – lo que en nuestro concepto requerirá una fórmula explícita e indubitable, que rompa la regla de igualdad por defecto de la norma matriz – la libertad sindical negativa tiene que ser respetada, lo que supone aceptar que el estado debe abstenerse de todo acto que pueda coactar, restringir o menoscabar el derecho de los trabajadores de no afiliarse o desafiliarse de un sindicato.

La concepción de la Sala que revisábamos, conforme a la cual los trabajadores sindicalizados tienen que ganar más que sus pares no sindicalizados, es manifiestamente contraria a esta ley.

Nuestra discrepancia con este criterio se amplía cuando advertimos el mecanismo que utiliza la Sala para remediar la pretendida discriminación, derivado de previos sindicales en esa tónica. La Sala ordena al empleador la *homologación* de remuneraciones.

276

Homologación, en el mundo estándar, consiste en igualar. En el diccionario de la Real Academia Española, es “*equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas*”. Laboralmente, en el extremo ideal, alude a la isonomía salarial, en la que a misma labor prestada en las mismas circunstancias corresponde la misma retribución.

La Resolución dice estar haciéndolo, presentando el aumento unilateral a los trabajadores no sindicalizados como una medida que discrimina a los trabajadores sindicalizados, dado que estos no lo recibieron. Ordena entonces a la empresa que se los pague también, de modo que la discriminación, la desigualdad, quede remediada.

La mecánica fluctúa entre dos vehículos. De un lado, el recién expuesto en el párrafo inmediato precedente: el aumento unilateral desigual, y por lo tanto hay que igualar. Para este camino, la Resolución tiene que hacer como si la negociación colectiva que genera los aumentos y beneficios a los trabajadores afiliados al sindicato – solo a ellos, por ser minoritario – no fuera relevante, como si – digamos – no existiera. La eliminación del hecho del mundo visible

opera no en base a hechos, sino a la voluntad de la Sala, cuando dice en el punto 1.5.ii de la Resolución, refiriéndose a los trabajadores sindicalizados, que “estos tienen derecho a obtener los beneficios producto de sus esfuerzos como sindicalizados, que es una fuente distinta a la del otorgamiento unilateral que haga la inspeccionada en aplicación de sus políticas internas”. Como el origen de la desigualdad es legítimo, entonces es como si la desigualdad no existiera.

El otro vehículo que usa la Resolución discurre un camino distinto, mucho más directo, que consiste en llegar directamente al mismo resultado: el derecho sindical a la desigualdad.

Plantea entonces repetidamente que el aumento a los trabajadores no sindicalizados es por su condición de tales, y que la exclusión del mismo de los trabajadores afiliados al sindicato es por su condición de sindicalizados, como si el criterio de distinción fuera la actividad sindical en sí misma, o la actividad sindical en general, y no, como sucede en la realidad, por el acceso a la negociación colectiva.

La negociación colectiva es una de las consecuencias y ventajas de la sindicalización, pero no hay una equivalencia exacta entre ambos derechos o situaciones. Hay trabajadores que acceden al producto de la negociación colectiva sin estar sindicalizados, y también hay trabajadores sindicalizados que no tienen acceso a la negociación colectiva como tal, o tienen acceso parcial a ella o a su producto. Simplemente pensemos en los trabajadores no sindicalizados que están en el ámbito de un convenio colectivo celebrado por un sindicato mayoritario, o en los trabajadores afiliados a un sindicato minoritario en un ámbito en el que opera un sindicato mayoritario.

No en vano el Comité de Expertos de la OIT ha sentado el criterio de que “En el caso en que algunos convenios colectivos se aplicaban solo a las partes contratantes y a sus afiliados y no a todos los trabajadores, el Comité consideró que se trata de una opción legítima como también podría serlo la contraria que no parece violar los principios de la libertad sindical, y que además es seguida en muchos países” (Comité de Expertos OIT, 2022).

En el caso específico, si el evento es la concesión de un aumento a los trabajadores no sindicalizados *mientras el sindicato está negociando su pliego de reclamos*, el elemento diferenciador principal relacionado con este último escenario no es

la actividad sindical genérica, sino la existencia de una negociación colectiva que, por definición, generará efectos beneficiosos a un colectivo limitado, configurado por los beneficiarios de esta última.

Que los dos grupos – trabajadores beneficiarios del convenio colectivo y trabajadores afiliados al sindicato – estén integrados por las mismas personas, no hace que el primero de ellos deje de existir o deje de tener relevancia para efectos de la discusión.

En la realidad, pues, el beneficio a los trabajadores no afiliados al sindicato constituye una igualación, no una diferenciación. De allí que, como adelantábamos, la Sala termina diciéndonos que la concesión de un beneficio que iguale a los trabajadores no sindicalizados con los sindicalizados, es una discriminación de estos mismos, y que homologarlos consiste en realidad en diferenciarlos, no por un motivo que incida sobre la forma de su trabajo o el producto del mismo, sino por el hecho de estar afiliados o no a un sindicato.

La Resolución parece ingresar a una dimensión *cuasi cuántica*, en la cual un objeto puede estar en dos estados al mismo tiempo. Donde igualar significa un acto de discriminación, cuyo remedio, que es homologar, consiste en implantar una disparidad.

Peor aún, la Sala quiere imponer la disparidad en desmedro de los trabajadores que, por no estar sindicalizados, no tienen acceso a la negociación y otras medidas de revisión de remuneraciones y beneficios a las que sí pueden recurrir y recurren los sindicatos.

La Sala quiere que quienes no se sindicalizan ganen menos. La única explicación posible, y que no signifique un inconcebible ánimo de perjudicar trabajadores en la Sala, es que ésta piensa que implanta el criterio por el bien de todos los trabajadores, los no sindicalizados incluidos. Ese hacer el bien, empero, consiste en inducir, requerir, persuadir o impulsar – podremos discutir durante horas cuál es la palabra correcta – que estos últimos se afilien al sindicato, o a otro sindicato, o formen otro sindicato. Si no lo hacen, tienen que ganar menos que los sindicalizados.

No vemos diferencia entre ese acto del Estado, representado por la Sala, y el acto de coactar, restringir y menoscabar que un trabajador ejerza su derecho a la libertad sindical *negativa*.

III. EL VIII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL

La instancia inferior, y la Resolución, presumiblemente frente a airados reclamos de la empresa inspeccionada, distinguen el criterio que están implantando del sentado en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (en adelante, “el Pleno”), basándose en que se trataría de supuestos y escenarios distintos entre sí.

El Acuerdo II de dicho Pleno determinó:

“No se puede extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no estén afiliados al mismo o que no estén sindicalizados, salvo que el propio convenio, por acuerdo entre las partes, señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores; siempre y cuando se refieran solamente a beneficios laborales más favorables al trabajador (...)”.

La diferencia, mantiene la Resolución, es que en el caso inspeccionado no se trató de la extensión de los efectos de un convenio colectivo a los trabajadores no afiliados al sindicato minoritario, sino de la concesión de un aumento mientras el sindicato estaba recién negociando su pliego de reclamos.

En efecto, para plantear que se trate de una extensión de los beneficios convencionales, tendría que aceptarse que es una extensión anticipada, de beneficios aún no existentes, y eso en efecto hace que el caso sea distinto.

Pero que el caso sea distinto no quita que la Resolución tenga como base indisponible un criterio absolutamente incompatible con el fijado por el Pleno.

Recordemos que la Sala considera que los afiliados al sindicato minoritario tienen que ganar más que los trabajadores no afiliados. Que —citamos nuevamente a la instancia inferior— “el empleador se encuentra obligado a brindar un tratamiento diferenciado entre sus trabajadores afiliados y no afiliados”, por lo que “toda acción del empleador dirigida a brindar un tratamiento compensatorio afecta ese tratamiento diferenciado”.

Esta máxima, que es el resultado inexorable, ineludible de la mecánica de “homologación” forzada por la Sala, no permite que el empleador “extienda los efectos del convenio colectivo del sindicato minoritario a los demás trabajadores”, como permite el Pleno.

En el criterio que lleva a la Resolución, y en el resultado al que lleva ésta, el Pleno “discrimina” a los trabajadores sindicalizados, al no imponer éste la diferencia de remuneraciones a favor de los trabajadores sindicalizados.

La discrepancia, empero, no es solo con el Pleno. Antes y después de la adopción de éste de modo unánime por los vocales supremos, varias sentencias de la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República habían admitido la posibilidad de que los empleadores concedan beneficios o mejoras a los trabajadores que no tienen acceso a los beneficios de la negociación colectiva.

Ello, empero, no fue un camino directo o simple.

La respuesta judicial a la materia que tratamos ha sido, en efecto, fluctuante. A lo largo de pocos años, las cortes emitieron pronunciamientos conforme a los cuales, tratándose de sindicatos minoritarios:

- La extensión de los beneficios a los trabajadores no afiliados es obligatoria.
- La extensión de los beneficios a los trabajadores no afiliados es posible, voluntaria.
- La extensión de los beneficios a los trabajadores no afiliados podría estar prohibida.

Peor aún; como veremos, en el último caso, el posible criterio, que llevaría a una modificación fundamental de los precedentes, no llegó a estar claro en cuanto a su existencia misma, hasta que fue dirimido por el Pleno.

Pasamos a exponer y tratar esta sucesión de criterios.

Situación original.-

La idea tradicional fue que, si el sindicato representa únicamente a sus afiliados, es solo para éstos es “en cuyo nombre se celebró” la convención colectiva, que es el texto que usa la ley. La convención colectiva, por lo tanto, no es de aplicación directa u obligatoria a personas en cuyo nombre no se celebró.

Esa fue la aplicación pacífica de la LRCT a lo largo de sus primeros 20 años de existencia.

Primer cambio: Extensión obligatoria.-

A fines de la década de los 2000, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió varias sentencias cuya vocación fue trastocar lo recién expuesto.

En dos de las indicadas, sentencias (2864-2009 y 602-2010), la Sala obligó a una empresa textil (UNIVERSAL TEXTIL) a pagar los beneficios emanados de un laudo arbitral producido en un procedimiento seguido por un sindicato minoritario, a un trabajador que no estaba ni había estado afiliado a este.

Para ello se basó en consideraciones que asumían como discriminatoria la exclusión de trabajadores en circunstancias similares, como lo serían los afiliados y los no afiliados. Es decir, puso la isonomía laboral por encima de la autonomía colectiva.

En otra sentencia, expedida contra SENATI, la misma Sala dictó que el artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo solo se aplica cuando hay varios sindicatos, pero no cuando el sindicato es único. En este último caso, lo que se pacte con éste se aplica a todos los trabajadores, incluyendo los que no sean sus afiliados, a pesar de que no sea mayoritario.

Estos razonamientos eran tan ilegales, e ilógicos.

En lo primero, porque la circunstancia de que una persona o entidad represente a otra sin un mandato voluntario, expreso y explícito, es absolutamente excepcional, casi privativa del derecho colectivo del trabajo, y por lo tanto tiene que provenir de una fuente normativa indiscutible. En realidad, lo extraño no es que el Sindicato no represente a algún grupo de trabajadores cuando no es mayoritario; lo especial, lo que solo existe en nuestra disciplina, es que en algún caso (según nuestra norma, cuando agrupa a la mayoría) represente a quienes no son sus miembros ni le han conferido representación.

El artículo 9° de la LRCT no puede leerse partiendo de que el Sindicato tiene la representación de la totalidad de los trabajadores, pues no la tiene. La norma le confiere esa representación en un caso especial: el de la mayoría absoluta.

No aplicar un convenio colectivo a quien no está afiliado al Sindicato en forma alguna “lo discrimina”. Si ese trabajador quiere beneficiarse de las ventajas

que obtenga el Sindicato, puede hacerlo; para eso tiene la libertad irrestricta de afiliarse a la organización.

Segundo cambio.- La extensión puede ser cuestionable, pero es válida.-

En la misma época de las resoluciones antes reseñadas, El Tribunal Constitucional emitió una serie de resoluciones sobre la extensión de los convenios colectivos.

En un proceso seguido contra ALICORP (Exp. N.º 02974-2010-PA/TC), el Tribunal Constitucional determinó que no hay trato discriminatorio en el otorgamiento de aumentos a los trabajadores no sindicalizados, en tanto que los trabajadores sindicalizados tienen (tengan) acceso a aumentos a través de su negociación colectiva. Si suena conocido, es porque se trata de una máxima exactamente contraria a la que ha sostenido el Tribunal en la Resolución que hemos venido comentando.

Ciertamente, el propio Tribunal Constitucional introdujo matices adicionales sobre este aspecto, los que plasmó en su sentencia emitida en un proceso de amparo seguido contra GLORIA S.A. (Exp. 2476-2010-PA/TC).

282

A diferencia del primer pronunciamiento, que fue más bien escueto, en este segundo caso el Tribunal emitió una sentencia muy extensa, que trató a fondo lo que considera aquél es un acto antisindical, y lo que es el derecho a la igualdad.

El Tribunal califica acertadamente como antijurídico todo acto *cuya finalidad sea fomentar* la desafiliación de trabajadores, o la no afiliación de los mismos, y para el caso específico, el Tribunal concluyó que había habido acto de discriminación “contra los trabajadores afiliados cuando en plena tramitación de una negociación colectiva, el empleador decide entregar incentivos económicos a los trabajadores condicionando éstos a que no se encuentren sindicalizados”.

Pero, como hemos adelantado ya, no es lo mismo tener regímenes distintos de fijación de remuneraciones, que puedan mostrar diferencias prudenciales en montos u oportunidades, que favorecer a un grupo sobre el otro.

Si el resultado de una negociación se va a aplicar como mejora a toda la empresa, y ésta adelanta dinero a cuenta de aquella únicamente a los no sindicalizados, es claro que los está prefiriendo, y por lo tanto está discriminando a los trabajadores sindicalizados.

Pero la extensión como tal, si va a significar simplemente tratamientos diferenciados en función a regímenes distintos de fijación de las remuneraciones, vale decir fundados o no en la negociación colectiva, no tiene que ser ilegítima.

En todo caso, el criterio del Tribunal Constitucional que fluye de las dos sentencias que hemos citado, supuso que para determinar si el acto de una empresa tenía o no finalidad de discriminar, tuviera que examinarse las circunstancias, lo que resulta indispensable si de lo que se trata es de definir intenciones.

El criterio de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional para Alicorp permanece, y tiene que ser un elemento muy fuerte, definitorio, para resolver cualquier duda.

Tercer cambio.- La extensión podría estar prohibida.-

Durante la segunda mitad de la década pasada, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que es la que se ocupa de los asuntos laborales más importantes, emitió una seguidilla de sentencias en las que parecía poner en cuestión la legitimidad de la extensión unilateral de beneficios a trabajadores no sindicalizados, en dos etapas.

En la primera, iniciada con la sentencia emitida en el Exp. 12885-2014 (caso seguido contra CORPAC), la Sala planteó que *“cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores no puede extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados del mismo, pues, permitirlo desalentaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a una organización sindical, pues de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”*.

Ahora bien, dicho fundamento no tenía que llevar a entender que estaba prohibido extender *voluntariamente* los beneficios pactados en el convenio colectivo. Dicha interpretación – que fue muy extendida – provenía de un análisis superficial de los hechos materia de casación, generando una lectura errónea del fallo contenido en la sentencia.

En efecto, en dichos procesos se discutía la pretensión planteada por trabajadores demandantes no afiliados a los sindicatos minoritarios, que solicitaban se les concedieran los beneficios del convenio colectivo de manera obligatoria, es decir, sin una decisión de la Empresa al respecto o, lo que es lo mismo, sin una

extensión voluntaria de sus beneficios. Era una discusión como la que se había dado en los casos de UNIVERSAL TEXTIL (en el primero de los cambios de criterio), pero con resultado de signo completamente opuesto.

La sentencia en el caso de CORPAC estableció que el convenio colectivo tiene eficacia limitada cuando es suscrito por un sindicato minoritario, de manera que su ámbito de aplicación se circunscribe a los trabajadores afiliados, que es exactamente lo que dice la ley.

No se pronunció – ni debía hacerlo, pues no era el caso que se le estaba sometiendo – sobre los supuestos en los que el empleador decide extender voluntariamente el otorgamiento de uno o más beneficios de un convenio colectivo a trabajadores no afiliados, precisamente porque se discute la situación diametralmente opuesta.

De hecho, en la sentencia del caso CORPAC y sus derivadas (la casación 12901-2014 (que elevó el considerando antes transcrito a la categoría de doctrina jurisprudencial y 1315-2016), la Corte Suprema daba la razón a las empresas demandadas, que no habían extendido sus convenios colectivos firmados con sindicatos minoritarios.

Posteriormente, en la casación 16995-2016, la misma Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social ahondó o amplió su razonamiento, como sigue:

“(...) cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, no puede extender los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados, salvo disposición en contrario expresa en el propio convenio colectivo, o cuando limite al trabajador su ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical individual positiva, respecto a la facultad de afiliarse a un sindicato”.

Nuevamente era un caso en que se discutía la extensión forzosa, no voluntaria por el empleador, del convenio colectivo. Tanto así que la segunda “excepción” que planteó la sentencia al principio de que no existe aplicación extensiva, versaba sobre el escenario en que el trabajador no ha podido sindicalizarse, en el caso específico porque no estaba registrado en planilla.

De hecho, la Sala se puso en el problema que supone dicho escenario cuando hay más de un sindicato, y lo resolvió determinando que se aplique el convenio colectivo más favorable.

Una vez más, pues, el lenguaje utilizado parecía apuntar a que la Corte Suprema era contraria a la extensión de los convenios colectivos de los sindicatos minoritarios, pero no había resuelto la extensión unilateral o voluntaria por parte del empleador.

Un “Pleno Jurisdiccional” de los jueces de Lima Metropolitana acogió el texto de las sentencias de la Segunda Sala Laboral tal cual venía, y, nuevamente, la tesis contra la que se opuso el criterio adoptado no era que es válido extender voluntariamente el convenio, sino que el mismo tenga que extenderse en base al principio de igualdad.

El asunto, pues, tuvo vaivenes, pero finalmente se decantó en el sentido – esta vez sí sentado con toda claridad – del Pleno.

Que la Resolución lo ignore no está bien, como tampoco está bien que ignore los varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República que consistentemente han sentado los dos criterios que planteábamos en la primera parte del presente artículo, a saber (i) que no es discriminación conceder beneficios solo a quienes no tienen acceso a la negociación colectiva, precisamente por estar preteridos de la misma (aunque sea por voluntad propia, y (ii) que igualar no es discriminar, sino todo lo contrario, es decir, que igualar es igualar.

En su sentencia del 7 de mayo del 2014³, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la demandada, expresando:

Fundamento décimo sexto: “(...) no existen diferencias económicas entre los trabajadores afiliados al Sindicato demandante, el Sindicato de Trabajadores Obreros de SPCC (STOI), el Sindicato de Empleados de la Refinería de Cobre Ilo (SERCUI) y los trabajadores no sindicalizados, mucho menos discriminaciones, toda vez que se puede verificar que la demandada otorgó la gratificación extraordinaria de S/ 8,000.00 con la finalidad de eliminar toda diferencia económica percibida por sus

3 Casación Laboral N° 10766-2013 Moquegua: Sindicato Unificado de Trabajadores de Southern Peru- Ilo contra Southern Peru

trabajadores generadas por el beneficio denominado bolsa de cierre de pliego (...) lo que dio como resultado que todos los trabajadores de la empresa reciban la misma cantidad de dinero”.

Esta sentencia fue impugnada por la organización sindical a través de un proceso de amparo. El Tribunal Constitucional, en su STC N° 0553 -2016 -PA/TC (3.10.19), desestimó la demanda y validó el criterio de la Corte Suprema.

La sentencia del 18 de enero del 22⁴, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, declaró fundado el recurso de casación de la empresa, expresando:

Fundamento décimo: “(...) no existe en la legislación peruana norma alguna que faculte al empleador a “extender” los alcances de un convenio colectivo a trabajadores que no fueron parte del mismo, debiendo entenderse que a lo único que se encuentra facultado es a otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo a terceros pero como un acto derivado de la voluntad unilateral de la parte empleadora.

Fundamento undécimo: “Asimismo, siendo pagos de naturaleza diferente el Bono de Integración y el Bono por Cierre de Pliego, el hacer extensivo el pago del primer beneficio nombrado a los trabajadores sindicalizados por considerarlo discriminatorio, constituiría un error que desalentaría la posibilidad que el empleador pueda unilateralmente otorgar mejoras a los trabajadores que ejercen su derecho a la libertad sindical negativa, por tal motivo, este Supremo Colegiado considera que no existe ninguna conducta antisindical por parte de la empresa demandada”.

En sentencia del 13 de diciembre del 2018⁵, la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema había declarado fundado el recurso de casación interpuesto por la empresa, por lo siguiente:

Fundamento décimo quinto: el empleador “se encuentra facultado a otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo a terceros, pero como un acto derivado de la voluntad unilateral de la parte empleadora”

Fundamento décimo sexto: “Que, siendo pagos de naturaleza diferente el Bono de Integración y el Bono por Cierre de Pliego, el hacer extensivo el pago del primer beneficio nombrado a los trabajadores sindicalizados por considerarlo discriminatorio, constituiría un error que desalentaría la posibilidad que el empleador pueda unilateralmente otorgar mejoras a los trabajadores que ejercen su derecho a la libertad

4 Casación Laboral N° 24304 -2019 Lima: Hermógenes Balladares Rosillo contra Compañía Minera Barrick Misquichilca S.A.

5 Casación Laboral N° 20956-2017 Lima: Sindicato Único de Trabajadores Empleados de Compañía Minera Barrick Misquichilca S. A. contra Compañía Minera Barrick Misquichilca S.A.

sindical negativa, por tal motivo este Supremo Colegiado considera que no existe ninguna conducta antisindical por parte de la empresa demandada, siendo el caso que si la organización sindical demandante lo tiene por conveniente podrá proponer en una próxima negociación colectiva el negociar el pago del Bono de Integración, sin perjuicio de percibir a la vez el Bono por Cierre de Pliego”.

Esta sentencia fue impugnada por el sindicato demandante a través de un proceso de amparo. El Tribunal Constitucional, en la STC N° 02789 -2021 -PA/TC (10.03.22), desestimó la demanda y validó lo resuelto por la Corte Suprema.

La tenacidad es una virtud. Pero tratándose de la determinación del derecho, no podemos alabar la persistencia del Tribunal en contradecir las fuentes más calificadas de fijación de criterios interpretativos y forzar a los administrados a la vía judicial. Reflexionemos sobre lo siguiente:

“En definitiva, no toda afectación negativa de los derechos sindicales puede ser calificada como lesión y, por ende, antisindical en sentido técnico-jurídico, sino que, más correctamente, sólo merecerá aquella denominación la que no esté permitida por el ordenamiento; esto es, la que incorpore la nota de la anti-juridicidad. Dicho carácter antijurídico presupone, por decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, no tanto la reducción o limitación de las posibilidades de acción de un sindicato, sino que aquéllas tengan «su origen en una decisión contraria a la ley o claramente arbitraria e injustificada» 29. Lo que significa negar la calificación de antisindicalidad a los ataques producidos contra los derechos sindicales que se apoyen en motivaciones jurídicamente aceptables como consecuencia del juicio del legislador acerca de su razonabilidad o justificación” (Valdeolivas García, 1994, p. 75).

IV. CONCLUSIÓN

El Tribunal está creando reglas donde no las hay, y aplicándolas sin un examen de la situación existente en la realidad específica inspeccionada.

Al hacerlo, no está protegiendo realmente la actividad sindical como tal, sino dotando de herramientas adicionales a las que el ordenamiento confiere a la organización sindical, para interferir en la afiliación o no afiliación sindical. Es decir, lo contrario de lo que fluye del ordenamiento vigente.

Esta tendencia resulta preocupante más allá del caso concreto, porque transparenta una concepción de la libertad sindical en la que ésta no es gestionada y hecha progresar por los trabajadores, sino por la autoridad.

En nuestro sistema, los sindicatos pueden obtener avances para sus afiliados con prescindencia de su envergadura o acción gremial, a través del altamente cuestionable *arbitraje potestativo*. Sobre eso, la Resolución quiere dotar al sindicato minoritario de un poder de veto sobre los beneficios de quienes decidan no afiliarse. Nada hay de bueno en esto, en nuestro concepto, para ninguno de los involucrados.

REFERENCIAS

Ermida Uriarte, O. (2012). *Sindicatos en Libertad Sindical*. Edición ampliada con La protección contra los actos sindicales, primera lectura de la Ley 17.940 de protección de la actividad sindical y crítica de la libertad sindical. Ed. (4). Montevideo: Uruguay.

Matos Zegarra, Mauricio & Manrique Valdivia, Fiorella (2020). Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa. Revista *Laborem* 22(20). Lima: Perú. Recuperado a partir de <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22-71-86.pdf>

288

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (consulta 13 de diciembre de 2022). Negociación Colectiva. En *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (cap. 15). Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3947747,1 (consulta 16 de diciembre de 2022). Protección contra la discriminación antisindical. En *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (cap. 13). Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3946840,1

Opertti, Paola, & Marabotto, Andrés. (2008). Libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. Revista De Derecho, 7(14), 37-52. Recuperado a partir de <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/777>

Valdeolivas García, Y. (1994). *Las Conductas Lesivas de la Libertad Sindical*. Madrid: España.

DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Tu palabra no es suficiente: notas sobre la aplicación de la perspectiva de género en el proceso laboral peruano

Your testimony is not enough: notes on the application of the gender perspective in the peruvian labor judicial process

“The life of the law has not been logic; it has been experience ...”

Oliver Wendell Holmes

DANIEL DE LA VEGA ZAVALA*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: ddelavega8@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-0798-4201>

RESUMEN: En este artículo el autor pretende exponer algunas razones por las que los jueces y juezas deberían de adoptar el enfoque de género como criterio de interpretación en los procesos laborales, así como señalar algunos elementos a tomar en cuenta para la aplicación de dicho enfoque en el propio desarrollo del proceso laboral.

ABSTRACT: In this article the author intends to present some reasons why judges should adopt the gender approach as a criterion for interpretation in labor proceedings, as well as to point out some elements to be taken into account for the application of this approach in the development of the labor proceedings themselves.

PALABRAS CLAVE: Juzgando con perspectiva de género, enfoque de género en procesos judiciales, género y justicia, proceso laboral, equidad.

KEYWORDS: Judging with a gender perspective, gender focus in judicial processes, gender and justice, labor process, equity.

Recibido: 06/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

291

Revista LABOREM

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Juzgar con perspectiva de género. 1. *Justificación*. 2. *Cómo aplicar la perspectiva de género a los procesos judiciales*. III. La perspectiva de género en el proceso laboral. 1. *El principio de imparcialidad*. 2. *Principio de Inmediación*. 3. *Las reglas de concentración, celeridad y publicidad*. 4. *El principio de igualdad por compensación*. 5. *Suplencia de queja deficiente*. 6. *Indubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa*. 7. *Algunas notas sobre la valoración probatoria*. IV. Conclusiones. Referencias.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema de este artículo inicia con dos sentencias recientes sobre despido. En ambos casos, se trata de un trabajador (varón), que fue acusado de incurrir en actos de hostigamiento sexual y violencia en contra de una compañera de trabajo (mujer).

En el primer caso, más allá de los detalles del proceso, que no resultan relevantes para los fines de este artículo, la jueza señaló:

La judicatura desprende que las declaraciones efectuadas por la Sra. Xxxx (víctima de acoso), no se encuentran respaldadas con otros medios de prueba que puedan acreditar sus dichos, tales como conversaciones, audios y/o videos (...)

Además de ello, la judicatura estima que se debe tener en cuenta que de ser cierto las alegaciones dadas por la denunciante Sra. Xxxx, ellas no configuran hostigamiento sexual, por no presentarse el sometimiento a dichos actos por parte de la denunciante, condición a través de la cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral (...) si el demandante hubiera actuado aprovechándose de su cargo de jefe de la denunciante, la denunciante podría haber acreditado que el ahora demandante la castigaba frente a la actitud de rechazo. (Trigésimo Octavo Juzgado Especializado de Trabajo de Lima, 2020, p. 17)

En el segundo caso, la jueza señaló:

La señorita Xxxx en su declaración de fecha 11 de junio de 2019 (fojas 70 del EJE) refiere que el demandante le dijo “(...) lo que pasa es que tú te escudas en tu condición de mujer, si fueras hombre, te rompería todos los huesos (...)”; al respecto se debe realizar un análisis literal de la frase que ha utilizado (si + pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo + condicional compuesto) oración que en definitiva, que si bien es afirmativa pero significa que la situación o escenario no

ha tenido lugar lo cual evidencia que la supuesta amenaza con actos de violencia física no fue de forma directa sino se trata de un condicional compuesto, por lo que se ha dado en un contexto general; por lo que ésta Judicatura concluye que no se habría configurado la falta grave contemplada en el inciso d) del artículo 25° de la norma antes citada.

(...) reconoce que ha tenido diferencias con algunos compañeros (...) le dicen: porque no vas a lavar platos, seguro estas en tus días (...); y en cuanto al incidente realizado el 07 de junio de 2019 (...) los hechos sucedieron en un ambiente del centro de trabajo, el cual se produjo debido a que una puerta se encontraba abierta y otra puerta se estaba malograda; de lo que se infiere que no se habría acreditado la concurrencia del elemento objetivo consistente en que el faltamiento de palabra no se deriva directamente de la relación laboral. (...) atendiendo a que el móvil o motivo de los hechos suscitados, no se deriva efectivamente de las labores desarrolladas por el demandante ni por la trabajadora sino corresponden a un contexto distinto al laboral; dicho comportamiento no reviste una gravedad de tal índole que hiciera insostenible la relación laboral. (Octavo Juzgado Especializado Permanente de Trabajo de Lima, 2022, pp. 14 y 16)

Más allá del hecho de que ambas sentencias fueron emitidas por juezas, debemos señalar que el común denominador del análisis judicial fue el no aceptar la declaración de la víctima y los testigos como elemento suficiente para verificar la falta imputada. Por el contrario, las juezas le requirieron al empleador prueba plena e indubitable del acto de hostigamiento o de violencia imputado (un video, audios o el moretón de la agresión). Ni siquiera, en el segundo caso, la propia declaración del demandante reconociendo el uso de las frases sexistas y violentas fue suficiente para establecer la falta como grave¹.

Claramente, el análisis de las juezas en estos dos procesos parte del principio protector o de desigualdad compensatoria, según el cual, el evidente desequilibrio o desigualdad entre el empleador y el trabajador, debe ser compensado en el proceso, creando nuevas desigualdades en sentido inverso. Puntualmente, redistribuyendo la carga de la prueba, imponiendo al empleador la obligación de probar la ocurrencia de la causa del despido alegada (Pasco, 1998, p.153). En el caso particular, probar cabalmente que ocurrió el hostigamiento o la violencia imputada al trabajador.

1 El demandante reconoció que llamó loca en repetidas ocasiones a la denunciante y le dijo que, si fuera hombre, se habrían generado una “trompeadera”.

Incluso es posible señalar que las juezas aplicaron un criterio puramente lógico y positivista, pues en estricto, las normas que regulan la prevención y sanción del hostigamiento sexual y violencia contra la mujer establecen criterios particulares para el análisis y cargas probatorias en la investigación y sanción en procedimientos donde la partes son la víctima y el agresor o acosador, pero en el proceso laboral, las partes son otras: empleador y trabajador². Por lo que, no necesariamente las cargas de los procedimientos de hostigamiento y violencia contra la mujer tendrían que ser trasladadas al proceso laboral. Sólo así se explicaría la necesidad de las juezas de determinar que la sola declaración de la víctima del hostigamiento y del acto de violencia, no es suficiente para sustentar el despido.

El problema inmediato que le vemos a dicha interpretación es que, para determinar si la imputación del despido fue o no real, las juzgadoras estaban obligadas a dilucidar si hubo o no una conducta de hostigamiento sexual o de actos de violencia. Y la única forma de determinar si ello ocurrió, es recurriendo a los propios criterios de las normas que regulan el procedimiento de prevención y sanción del hostigamiento sexual y violencia contra la mujer. Entre ellos, los criterios particulares de análisis y asignación de cargas probatorias.

294

Claramente, a nuestro entender, las juezas de este proceso decidieron limitar la actuación probatoria del mismo a reglas generales de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, apartando la vista del artículo IV del Título Preliminar de dicha norma, pues de lo contrario creo que el resultado hubiera sido diferente:

Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral

Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2 Esta no es una regla general. Hay supuestos donde el agresor si puede ser identificado con el empleador. Puntualmente los casos donde el empleador vulnera el principio de igualdad y el mandato de no) discriminación.

II. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Justificación

Todo justiciable espera de un juez o jueza un pronunciamiento razonable, acorde a derecho y actual. Y es que el juez o jueza del Estado Constitucional de Derecho no es pues el de la Constitución de Montesquieu, sino uno que razona e interpreta las normas conforme a los principios constitucionales, derechos humanos y tratados internacionales.

Sus fallos, son pronunciamientos de justicia fundados en principios, normas y cierto margen discrecionalidad³, pero siempre enmarcados en los principios y derechos fundamentales de la Constitución. Y es que “el juez, en un estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”. El juez tiene que aplicar principios que constan en la constitución y convertirse en “cerebro y boca de la constitución” (Ávila, 2009, p. 786).

Como señala Pietro Sanchís, hoy en día parece indiscutible, en todos nuestros sistemas jurídicos, que todos los jueces pueden y deben aplicar directamente las cláusulas sustantivas de la constitución a la resolución de todo tipo de conflictos (Pietro, 2010, p.473).

Por tanto, no cabe duda que las sentencias judiciales tienen “un poder individual y colectivo que impacta en la vida de las personas y conforman la identidad del Poder Judicial como un actor imprescindible en la construcción de un Estado democrático de derecho” (Suprema Corte de la Nación, 2013) .

Lamentablemente, tampoco caben dudas de que la violencia de género y en particular violencia contra la mujer, entendida esta última como cualquier forma de violencia ejercida sobre la mujer por el sólo hecho de ser tal⁴, es un problema de envergadura mundial que, a pesar de diversos esfuerzos realizados para erradicarla, persiste en la actualidad.

3 Discrecionalidad no es arbitrariedad. El acto discrecional está regulado y limitado, la arbitrariedad supone plena libertad.

4 El artículo 5 de la Ley 30364, Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, define violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Sin embargo, si consideramos a los jueces y juezas como agentes claves en la sociedad, no cabe duda que, con sus pronunciamientos, tienen la oportunidad de contribuir en la lucha contra la violencia contra la mujer y fortalecer la igualdad.

Un ejemplo claro de lo señalado es la sentencia del Expediente 5527-2008-AA/TC⁵ emitida por el Tribunal Constitucional, donde el Tribunal ordena reincorporar a la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú a una cadete que fue retirada por haberse verificado su embarazo. Alegando que el embarazo, legalmente, era incompatible con la condición de cadete o estudiante de dicha institución. Al respecto el Tribunal expresó:

15. (...) el paso de la historia lo ha demostrado, de que las diferentes perspectivas, participaciones y voces características de las mujeres han sido excluidas sin justificación razonable del discurso público y del contexto social. Aún hay rezagos de las diferencias entre hombres y mujeres culturalmente creadas en muchas sociedades. Y el Perú no escapa a tal realidad. Sin embargo, como Estado constitucional tiene el deber de combatir las desigualdades de manera efectiva, por ello, además del reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, ha constitucionalizado otras obligaciones como el deber del Estado de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), el principio de igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y el deber de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191). (...)

24. (...) la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto; sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de los distintos tipos de relaciones que se pueden entablar en una sociedad: educativa, laboral, entre otras. (...)

25. Por ello, la prohibición de acceso a la educación o la expulsión de una estudiante por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo puede ser por ejemplo la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior a la de un trabajador por un mismo trabajo (...).

5 Ver: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/01423-2013-AA.pdf>.

33. Por tanto, las decisiones de estudiar la carrera militar como opción profesional y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

En este caso el Tribunal no sólo dispuso el retorno de la estudiante a la escuela de oficiales, dejando claro que la norma contemplaba un supuesto de discriminación, sino que además requirió al Ministerio de Defensa la modificación de la norma que impedía a las estudiantes embarazadas continuar con sus estudios y ordenó a los jueces de todas las instancias aplicar control difuso, en todos los casos donde los jueces aprecien supuestos de discriminación contra la mujer⁶.

En el ámbito internacional tenemos también sentencias como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) contra el Perú, caso del Penal Castro Castro⁷, donde la Corte IDH determina, entre otros, la vulneración de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) debido a actos manifiestos de violencia contra las reclusas del penal. Violencia directamente relacionada a su condición de mujer, de madres, así como su honra, intimidad e integridad emocional⁸.

Así, claramente la introducción de la perspectiva de género en el análisis judicial busca otorgar a los jueces una herramienta adicional para desterrar del proceso estereotipos contrarios al principio de igualdad, empoderando a las víctimas de la violencia para equilibrar judicialmente el desbalance de poder existente en la realidad.

6 Entre otras sentencias relevantes del Tribunal Constitucional podemos señalar las resueltas en los expedientes 2005-2009PA/TC, 5003-2009-PHC/TC, 5527-2008-PA/TC, 3112-2015-PA/TC, 01594-2020-PA/TC, 1272-2017-PA/TC, 1479-2018PA/TC, 5121-2015-PA. Un recuento y análisis de dichas sentencias se encuentran en: Garcés Peralta, Carolina. Jurisprudencia Relevante del Tribunal Constitucional en materia de Género.

7 Ver: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es.

8 Entre otros casos de la Corte IDH también podemos considerar:

- Caso González y otras “Campo algodónero” Vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf
- Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf

Y es que las normas sobre igualdad formal e incluso muchas disposiciones específicas sobre derechos de las mujeres no han sido suficientes para hacer efectivo el derecho de igualdad. Son conocidos los casos donde una mujer denuncia múltiples veces actos de violencia que no son atendidos y terminan con su asesinato (feminicidio), o procesos donde las cortes le exigen a la víctima acreditar plenamente su negativa o resistencia física al acto sexual al que fue sometida, para poder hacer atendible en el proceso su argumento sobre violencia sexual.

Es posible señalar que las normas procesales son iguales para todos, que no tienen género. Sin embargo, más allá de la formalidad de la igualdad legal, su aplicación literal puede producir un resultado que no garantice el goce de derechos para todos los sujetos (por ejemplo la regla genérica de la carga de la prueba). Y es ahí donde el juez o jueza resultan obligados a profundizar, desde la perspectiva de género, como categoría de análisis:

en aras de identificar resultados limitativos y/o no garantistas de derechos. Se trata, por tanto, de posicionarse en el lugar real de los sujetos destinatarios de las normas y decisiones jurídicas y, específicamente, en el lugar en el que el sistema sexo/género ha posicionado o ubicado a las mujeres. (Torres, 2017, pp. 184 - 185)

Ahora bien, en Perú existe un amplio marco constitucional y legal para que los jueces apliquen en los procesos judiciales la perspectiva de género⁹. En particular:

- 9 Entre las múltiples normas aplicables podemos mencionar:
 - I. Normas internacionales:
 - a. Declaración Universal de Derecho Humanos, ratificada por Resolución Legislativa N. 13282 de 1959.
 - b. Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Perú el 12 de julio de 1978, a través del Decreto Ley N° 22231.
 - c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Perú el 28 de abril de 1978, a través del Decreto Ley N° 22128.
 - d. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW, ratificada por Perú el 13 de septiembre de 1982, a través de la Resolución Legislativa N° 23432.
 - e. Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por el Perú el 05 de diciembre de 1993, a través de la Resolución Legislativa N° 26253.
 - f. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención Belém Do Pará, ratificada por Perú el 4 de junio de 1996, por la Resolución Legislativa N° 26583.
 - g. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de

vulnerabilidad, adoptadas por el Poder Judicial de Perú el 1 de agosto de 2020, a través de Resolución Administrativa, N° 000198- 2020-CE-PJ, así mismo, adoptaron las actualizaciones de las Reglas el 17 de agosto de 2020, a través de las Resolución Administrativa N° 002 y 011-2020-CE-PJ.

- h. Declaración de Beijing y Plataforma de Acción de Beijing, adoptadas en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

II. Normas nacionales:

- a. Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.
- b. Ley N° 30862 que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.
- c. Ley N° 30926, Ley que fortalece la interoperabilidad en el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.
- d. Decreto Legislativo N° 1368, que crea el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar.
- e. Decreto Legislativo N° 1470, que establece medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria declarada por el COVID-19.
- f. Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, y su modificatoria aprobada por el Decreto Supremo N° 04-2019- MIMP.
- g. Ley No. 27942, de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.
- h. Decreto Supremo N° 021-2021-MIMP. Reglamento de la ley de prevención y sanción de hostigamiento sexual.
- i. Protocolo de administración de justicia con enfoque de Género del Poder Judicial. Versión 001, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 000114-2022-P-CE-PJ
- j. Protocolo Interinstitucional de Acción frente al Feminicidio, Tentativa de Feminicidio y Violencia de Pareja de Alto Riesgo”, actualizado mediante el Decreto Supremo N.º 004- 2018-MIMP.
- k. Protocolo de actuación conjunta de los Centros de Emergencia Mujer y Comisarias o Comisarias Especializadas en materia de Protección Contra la Violencia Familiar de la Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2018-MIMP.
- l. Protocolo de actuación conjunta entre los Centros Emergencia Mujer (CEM) y los Establecimientos de Salud (EE.SS.) para la atención a las víctimas de violencia, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2019- SA.
- m. Lineamientos para incorporar el enfoque intercultural en la prevención, atención y protección frente a la violencia sexual contra niñas, niños, adolescentes y mujeres indígenas u originarias, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2019-MC.
- n. Protocolo Base de Actuación Conjunta en el ámbito de la atención integral y protección frente a la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2019-MIMP.
- o. Texto Único Ordenado de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2020-MIMP.
- p. Protocolo de Actuación Conjunta entre el Centro Emergencia Mujer y los servicios de Defensa Pública aprobado por Decreto Supremo N° 008- 2020-JUS.
- q. Protocolo de Atención Integral de los Centros Emergencia Mujer aprobado por Resolución Ministerial N°100-2021-MIMP. 21
- r. Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2021, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2016-MIMP.

1. El artículo 2 Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), donde los estados se comprometen, entre otros, a asegurar por todos los medios necesarios la realización práctica del principio de igualdad y a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
2. El artículo 5 del CEDAW, donde los estados se comprometen a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.
3. El artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), donde los estados se comprometen a adoptar medidas específicas y programas para fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de las normas sobre prevención, sanción y eliminación de violencia contra la mujer.
4. La Constitución, que en su artículo 2 establece expresamente el principio de igualdad y el mandato de no discriminación.
5. El artículo 7 de la Ley 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que dispone la formación y Capacitación del personal de la administración de justicia en materias de género y derechos humanos de las mujeres.

-
- s. Política Nacional de Igualdad de Género, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008- 2019-MIMP c) Plan Estratégico Multisectorial de igualdad de género de la Política Nacional de Igualdad de Género, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2020-MIMP Programa Presupuestal Orientado a Resultados de reducción de la Violencia contra la Mujer (PPoR), aprobado mediante Resolución Suprema N° 024-2019-EF
 - t. Resolución Ministerial N° 88-2020-MIMP, que aprueba la matriz de cumplimiento, relacionado a asegurar los resultados de desempeño del Programa Presupuestal orientado a Resultados para la reducción de la violencia contra la mujer.

6. El reciente Protocolo de Administración de Justicia con Enfoque de Género, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 000114-2022-P-CE-PJ del 14 de noviembre de 2022, documento que expresamente establece que los jueces son “responsables del análisis y la determinación de las desigualdades durante las etapas del proceso de juzgamiento, con la finalidad de identificar las asimetrías de género y aplicar el enfoque de género, como una técnica jurisdiccional que busca garantizar la imparcialidad sin injerencia de prejuicios y estereotipos de género.” (Consejo Ejecutivo del Poder judicial, 2022, p.11).

Así, resulta claro que legislativamente están dados los medios para incorporar la perspectiva de género a la solución de los conflictos judiciales. Lo que implica:

hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder. (XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, 2015, p. 21)

No debemos olvidar además que el Tribunal Constitucional, el expediente N° 01479-2018-PA/TC señaló que las Cortes deben aplicar la perspectiva de género en la resolución de sus casos:

11. (...) “la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria.

(...)

16. (...) 9 el sistema de administración de justicia también es un actor — probablemente el más importante— en la ejecución de la política pública de lucha contra la violencia de género y, por ello, el enfoque o perspectiva de género debe ser incorporado y practicado en el ejercicio de la función judicial y fiscal.

Lo mismo que la Sala Penal Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad N.º 398-2020 LIMA NORTE, “en la investigación y juzgamiento de los delitos motivados en el género de la víctima debe adoptarse una perspectiva de género” (2020, considerando 3.5).

Por tanto, hoy en día resulta totalmente legítimo para todo juez o jueza, aplicar la perspectiva de género¹⁰ en el proceso judicial.

2. Cómo aplicar la perspectiva de género a los procesos judiciales

La Ley 30364 define enfoque de género cómo:

reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. (Art. 3, numeral 1)

Así, claramente la perspectiva de análisis parte del concepto de discriminación, pero no se agota en la clásica situación de trato peyorativo, sino que se extiende a cualquier situación donde se produzca un trato desigual, como resultado de la subordinación de la mujer en la sociedad. Implica determinar y erradicar los estereotipos de género y las situaciones preexistentes de desigualdad.

Pero no todo proceso donde se encuentre una mujer debe activar esta metodología, sino “solo en aquellos casos en los que se involucren esas relaciones asimétricas de poder, es decir, que se produzca un impacto de género como consecuencia de los estereotipos y prejuicios sociales imperantes” (Jiménez, 2019, p.36).

Así, juzgar con perspectiva de género debe entenderse como una metodología para la solución de conflictos, destinada a corregir las situaciones desiguales de género existentes en la realidad (relación asimétrica de poder), a fin de erradicar la misma mediante mecanismos de compensación del desequilibrio (análisis de la evidencia probatoria, verificar como ciertos hechos o normas impactan en

10 Cabe anotar que otros países de la región como México, Uruguay, Argentina, Paraguay, Bolivia, Guatemala, Chile, entre otros, ya habían optado, con anterioridad, por establecer protocolos para juzgar con perspectiva de género.

forma diferente a hombres y mujeres, etc) que permitan alcanzar un real trato igualitario.

Conforme a lo señalado, y siguiendo a la Magistrada Adoración Jimenez (2019, p. 40), la metodología para juzgar con perspectiva de género mínimamente supone:

- a. Detectar la influencia en el conflicto de un determinado estereotipo de género (menor valor de la remuneración por ejemplo o el “rol” de esposa sumisa a los deseos del esposo, por ejemplo).
- b. Verificar que dicho estereotipo genera o puede generar una diferencia de oportunidades o derechos (por ejemplo, asumiendo una voluntad implícita de la mujer debido a que es sumisa a su pareja).
- c. Erradicar el estereotipo de la aplicación o interpretación de la norma (por ejemplo, considerando que la mujer tiene derecho a decidir o que su negativa no sólo se expresa mediante un rechazo expreso).
- d. Compensar el desequilibrio generado. (por ejemplo, modifico las cargas probatorias).

Este análisis debe realizarse a lo largo del proceso judicial, operando al menos, en las siguientes etapas (Poyatos, 2017, p.176):

1. Facilitar todas las medidas de protección previas al inicio al proceso, así como tener en claro al momento de la admisibilidad del mismo que hay un tema de género involucrado. Ello implica, incluso, iniciar acciones de oficio.
2. En la tramitación del proceso judicial, aplicando en todo momento diversos mecanismos de protección jurisdiccional efectiva a fin de flexibilizar el rigor procesal y alcanzar la tutela efectiva de las víctimas, garantizando la efectiva igualdad de género en el proceso.
3. En la etapa probatoria. Permitiendo y actuando todo tipo de prueba que permita verificar los hechos alegados, distribuyendo la carga de la prueba y otorgando especial relevancia a la declaración de la víctima.
4. En lo que se refiere a la aplicación del derecho material y la argumentación jurídica, interpretando las normas con arreglo al principio de igualdad, al mandato de no discriminación, a la protección de la maternidad y a la protección frente a la violencia de género.

5. Al momento de sentenciar, establecer medidas que propicien la reparación del daño causado o del impacto diferenciado generado.

Sobre el particular, el Protocolo Administración de Justicia con Enfoque de Género (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2022), recoge de manera adecuada una propuesta metodológica para la aplicación de la perspectiva de género en los procesos judiciales en Perú, detallando seis pasos:

1. Análisis preliminar del caso desde el enfoque de género, cuyo objetivo es verificar si en el caso se presenta una relación asimétrica de poder o de desigualdad que deba ser compensada.
2. Determinar las situaciones de desigualdad entre las partes y verificar si existe una situación de vulnerabilidad o discriminación. Donde el Juez o Jueza deben verificar si las partes que intervienen pertenecen a un grupo históricamente discriminado por razones de género, identidad étnico racial, edad, orientación sexual, entre otras.
3. Determinación de los hechos e interpretación de la prueba. En esta etapa el Juez o Jueza deben poner especial atención al contexto en que se desarrollan los hechos, así como a la presencia de posibles estereotipos alegados por las partes. Deben valorar debidamente la declaración de la víctima, teniendo en cuenta que la sola declaración de la víctima es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa: i) la ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) la verosimilitud del testimonio y iii) la persistencia en la incriminación¹¹.
4. Determinación del derecho aplicable. Donde el Juez o Jueza deben tener en cuenta los estándares en derechos humanos y que se han ido desarrollando en la jurisprudencia nacional e internacional al momento de interpretar y aplicar la norma al caso.
5. Deber de motivación. En esta etapa el Juez o Jueza deben considerar que su argumentación debe estar destinada a combatir los estereotipos de género mediante un razonamiento justo. El protocolo sugiere además el uso de lenguaje inclusivo.

11 Conforme a los artículos 12 y 62 del Reglamento de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

6. Reparación integral del daño. El proceso no puede implicar el restablecimiento de la situación anterior al daño, pues ello no genera la eliminación de los efectos de la vulneración. En tal sentido el juez o Jueza deben buscar un efecto correctivo y transformador.

El protocolo incluye además un instructivo detallado, con ejemplos y citas jurisprudenciales que muy clara y didácticamente guían al juzgador en tono a la aplicación de la perspectiva de género en los procesos judiciales.

III. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PROCESO LABORAL

Nos hemos referido ya a la importancia y necesidad de aplicar la perspectiva de género en los procesos judiciales en general. Y claramente, el proceso laboral no está excluido de esta situación.

La discriminación en el empleo, la desigualdad salarial, los casos de hostigamiento sexual en el trabajo, la protección adecuada a la madre trabajadora, consideraciones en materia de seguridad y salud, entre otros, son elementos claros de los problemas cotidianos que enfrentan las mujeres trabajadoras.

Si bien las normas materiales han ido buscando reducir las inequidades, como hemos señalado previamente, ello no ha sido suficiente y para muestra los dos casos mencionados al inicio de este artículo, donde los jueces decidieron obviar totalmente la declaración de las víctimas y testigos, solicitando pruebas adicionales para acreditar el acto de hostigamiento o de violencia.

Esto resulta peculiar en tanto, para el proceso laboral, más que para otras ramas, el principio tuitivo y, en materia procesal, el de igualdad por compensación, resulta casi natural. En efecto, no es extraño para el proceso laboral establecer mayores protecciones para la parte débil de la relación procesal, entonces no debería ser complicado para el juez o jueza de trabajo entender que, cuando se presenta una situación de violencia de género, es necesaria su intervención con una perspectiva diferente.

Ello no implica en forma alguna, dejar de aplicar los principios del proceso laboral, sino de que éstos sean aplicados interpretándolos en armonía con la perspectiva de género.

1. El principio de imparcialidad

La imparcialidad, como señala Paul Paredes (2013, pp. 212-214), supone que las decisiones del juez o jueza siempre estén sometidas a las razones del Derecho. Nuestro modelo de proceso oral supone que el Juez o Jueza participe activamente del proceso para conocer mejor los hechos del mismo y, de esa manera, aplique el derecho adecuado al caso, pero no sólo el de la norma legal, sino también, los derechos fundamentales consagrados en la constitución y tratados internacionales.

Adicionalmente, siguiendo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *PABLA KY v. FINLAND* (*fundamento 27*)¹², podemos afirmar además que la imparcialidad tiene un aspecto subjetivo, relacionado a que el juez o jueza no deben tener prejuicios personales, y otro objetivo, referente a que el juez o jueza deben ofrecer garantías suficientes para que no haya duda alguna sobre su imparcialidad.

Bajo tales definiciones, juzgar con perspectiva de género resulta absolutamente compatible con el principio de imparcialidad en el proceso laboral. Pues el juzgador o la juzgadora necesariamente deben encontrarse libres de todo tipo de prejuicios de género y tiene que generar confianza fundamentando debidamente sus resoluciones en base a principios constitucionales, los mismos que, como hemos expuesto de manera precedente, respaldan plenamente la aplicación de la perspectiva de género al proceso a los procesos judiciales.

Solo un juez o jueza verdaderamente imparcial podrá evaluar debidamente si el caso que debe resolver requiere o no un análisis de género debido a la asimetría de poder entre las personas involucradas en el mismo, identificando los diferentes roles y condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas en el proceso.

A manera de ejemplo, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 05652-2007-PA/TC señaló:

12 Ver: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-61829&filename=CASE%20OF%20PABLA%20KY%20v.%20FINLAND.docx&logEvent=False>.

48. (...) en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo de discriminación por razón de sexo.

49. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.

50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial (...)

51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador.

Como señala Villanueva (2021) si una decisión judicial se sustenta en un prejuicio o estereotipo de género, se vulnera no solo el derecho a no ser discriminado, sino también el principio de imparcialidad judicial, que es lo que sucede en los casos señalados al inicio de este artículo, donde las juezes simplemente estereotipan a las víctimas, señalando en el primer caso que la demandante expresamente no rechazó la conducta de hostigamiento y, en el segundo caso, que “loca” es una frase ofensiva pero no grave en una discusión de trabajo.

2. Principio de Inmediación

La inmediación se refiere a la relación directa entre el juez o jueza y la prueba, la posibilidad de conocerla de manera directa, una forma de tratar de alcanzar la verdad de los hechos.

Que duda cabe que este principio conversa perfectamente con la perspectiva de género. Como habíamos mencionado, juzgar con perspectiva de género impone al juez o jueza la obligación de detectar la presencia, en el conflicto que les es propuesto, de un determinado estereotipo de género, determinar si el mismo genera una diferencia de oportunidades y erradicarlo.

Al respecto, que mejor forma de hacerlo que con un juez o jueza que conoce directamente de las pruebas del proceso, conversa con las partes y testigos ofrecidos, incluso hace preguntas en forma directa.

Recordemos además que conforme al Protocolo Administración de Justicia con Enfoque de Género (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2022, pp. 13-20) el juez o jueza deben identificar a todas las personas involucradas en el caso, verificar si alguna está en situación de vulnerabilidad o discriminación e identificar si entre dichas personas subyace una relación asimétrica de poder. Que mejor forma de hacerlo patente con la inmediatez.

Un ejemplo claro de las ventajas de la inmediatez en casos de violencia de género lo podemos ver en el caso *Duarte Huircan, Rubi Juana c/ Aegis Argentina S.A. y otro s/ despido*¹³ proceso seguido ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Buenos Aires, donde la inmediatez del Juez en las declaraciones de los compañeros de trabajo de la demandante le permitieron determinar con claridad que la trabajadora demandante quedó expuesta a discriminación y acoso laboral por parte de sus compañeros y jefe (siendo una persona trans la llamaban por su nombre masculino -Ruben-, la obligaban a presentarse con dicho nombre ante los clientes, no le permitían el ingreso al baño de mujeres, entre otros) y que el empleador no adoptó ninguna medida para evitar que la trabajadora pudiera quedar expuesta a sufrir las vejaciones que recibió.

Así, claramente la inmediatez es una enorme ventaja para que el juez o jueza conozca e identifique las situaciones de vulnerabilidad de las personas que se presentan en el proceso.

Debemos aceptar que es posible alegar que la inmediatez, en estos casos, puede afectar subjetivamente la valoración del juzgador, restando independencia. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, las decisiones del juez o jueza están sometidas a normas y principios constitucionales, por lo que aún cuando el juez o jueza cuenta con cierta discrecionalidad, no puede actuar arbitrariamente, dado que las normas y la propia constitución genera parámetros claros para su actuación.

13 Ver: <http://www.sajj.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-duarte-huircan-rubi-juana-aegis-argentina-sa-otro-despido-fa19040391-20-19-03-29/123456789-193-0409-lots-eupmocsollaf?#>.

3. Las reglas de concentración, celeridad y publicidad

Claramente ninguna de éstas reglas entra en conflicto con la aplicación de la perspectiva de género en el proceso laboral.

La concentración implica reunir en un solo acto (audiencia de juzgamiento) todas las actuaciones procesales posibles. Esto resulta idóneo para la facilitación del estándar probatorio que debe verificar el juzgador a fin de determinar si existe una situación desigualdad, pues podrá conocer y contraponer las pruebas en un único momento, interactuando incluso con los posibles testigos y las partes. Además, puede ayudar a evitar la revictimización de la persona afectada, pues en una sola diligencia se verificarán todas las actuaciones, resultando innecesario que la víctima concurra a la corte en múltiples ocasiones para volver a recordar los hechos denunciados.

La celeridad, que duda cabe, opera de la mano con la perspectiva de género. Pues permite una atención rápida de la víctima. En el tema que nos concierne no sólo pensamos en celeridad respecto de los plazos procesales, sino además desde el inicio del proceso, facilitando la generación y actuación de pruebas o, incluso, medidas de protección previas al proceso judicial.

Finalmente, la publicidad garantiza la transparencia en el proceso. Claramente, es una regla que garantizará la imparcialidad del juez o jueza y la debida motivación de sus resoluciones, así como democratizar el tema materia de controversia. Pues recordemos que la violencia de género no es un problema individual, sino de la sociedad.

4. El principio de igualdad por compensación

Este principio del proceso laboral parte por reconocer que las partes del proceso laboral no son iguales (empleador y trabajador), razón por la cual en el proceso se establecen algunas reglas, desiguales a decir verdad, para compensar dicha situación.

Establecer determinadas cargas probatorias al empleador, la presunción de laboralidad, la legitimación de los sindicatos, entre otras, son ejemplos de esta regla de compensación.

En los casos donde la mujer trabajadora demanda a su empleador, no nos cabe duda de la aplicación clara de este principio. Pues la desigualdad natural que genera la relación laboral se acentúa por la condición de vulnerabilidad de la víctima.

Como habíamos señalado anteriormente, uno de los elementos de la perspectiva de género en los procesos judiciales, supone el compensar las desigualdades. Al respecto el Protocolo Administración de Justicia con enfoque de Género establece que el juez o jueza deben poder considerar cuando “sea posible jurídicamente, la inversión de la carga de la prueba en los casos en que la persona afectada se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad o riesgo que pueda haberle impedido presentar las pruebas en el momento oportuno” (Consejo Ejecutivo del poder Judicial, 2022, p.26).

En éstos casos, a fin equiparar la desigualdad de las partes y procurar un fallo correcto, el juez o jueza pueden aplicar principios como el de facilitación probatoria (Paredes, 2018, pp. 22-23), que es más amplio que el de compensación y aplicar reglas como las de privilegiar el fondo sobre forma, solicitar pruebas de oficio, inversión de la carga probatoria, la carga dinámica de la prueba (donde el juez o jueza como director/a del proceso, excepcionalmente, podrá requerir a quien esté en mejor posición de acreditar un hecho, hacerlo). Siempre, claro está, garantizando a las partes su derecho de defensa y a la seguridad jurídica, en concordancia con las normas constitucionales.

Una clara muestra de la aplicación este principio se encuentra en la carga que impone el artículo 12 del Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, el mismo que determina que la sola declaración de la víctima es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa: i) la ausencia de incredibilidad subjetiva, ii) la verosimilitud del testimonio y iii) la persistencia en la incriminación.

Cabe anotar que, en aquellos casos donde la víctima de la violencia de género no sea parte del proceso, pero sí un sujeto involucrado en el mismo, sigue aplicando este principio. Y el juez o la jueza tendrá que evaluar debidamente su aplicación y determinar equitativamente las cargas. Considerando que uno de los sujetos involucrados en el proceso es una persona vulnerable.

Por ejemplo, en un caso de despido por hostigamiento sexual, el juzgador no podrá pedir al empleador prueba plena del acoso (videos), sino que tendrá que analizar razonablemente si el empleador, al realizar la imputación, cumplió con las cargas probatorias que establece el procedimiento de hostigamiento sexual y determinó objetivamente la responsabilidad de la víctima. Incluso si la única prueba fue la declaración de la víctima, el Juzgador tendrá que valorar la misma conforme al 12 del Reglamento de la Ley 30364 antes mencionado.

Un ejemplo claro de este principio lo podemos verificar en la sentencia de Vista del Expediente 8090-2020-1801-JR-LA-84, donde la Corte valora en forma conjunta la declaración de la víctima con un Whatsaap de fecha posterior a los hechos declarados, lo que genera credibilidad interna en la declaración de la víctima y concluye que efectivamente los hechos no fueron inventados por el empleador:

Abogado de la demandada: ¿Podría comentarnos cual fue el comentario que hizo el señor Xxxx en una reunión de trabajo?

Yyyyy (testigo): Estuvimos reunidos en la sala de gerente (...) me acerqué a cada uno dándole la bolsa de los papilitos para que puedan sacar el amigo secreto, agarró e hizo una expresión porque mi cierre de mi pantalón se bajó hizo una expresión de burla que mi paloma quiere volar esa fue la expresión tal cual dado mi caso, fui motivo de burla en ese momento de todos mis compañeros y de parte de él»

Abogado de la demandada: ¿Cuál fue su reacción?

Yyyyy (testigo): «(...) me avergoncé, me mantuve callada(...)»

Abogado de la demandada: ¿En algún momento el señor Vasallo le pidió disculpas por la expresión?

Yyyyy (testigo): «en ningún momento (...)»

25. De acuerdo a lo actuado en el proceso y, especialmente, de las declaraciones de la trabajadora Yyyy y de la trabajadora Zzzz, se infiere que no se ha formulado en contra del actor ninguna falta o hecho falso que conlleve a determinar que se le habría imputado actos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, pues se advierte que el demandante, en su trato con las trabajadoras agraviadas, ha hecho uso de términos de naturaleza o connotación sexual e insinuaciones de carácter sexual, lo cual se corrobora con la impresión de un mensaje de WhatsApp (fojas 72 a 73), en el cual se verifica que el demandante manifiesta a la trabajadora agraviada (...) lo siguiente: «Yaa gracias mi Reynitaaa, Sabes, Hoy quiero soñar otra vez »”.

Otro ejemplo lo vemos en la sentencia del Tribunal Constitucional del expediente 02748-2021-PA/TC, donde el Tribunal acude a los hechos verificados en la realidad por encima de los documentos presentados (fondo sobre forma):

10. En consecuencia, para este Tribunal Constitucional, el hecho de que la demandante se encontrase embarazada de seis meses y que fuera notorio su estado de gestación, no es un hecho controvertido, sino, por el contrario, pacífico; lo que únicamente no existe es un documento entregado por la demandante, en el que hubiese comunicado su estado de gestación.

5. Suplencia de queja deficiente

Supongamos el caso de una trabajadora que cuestiona su despido, pero en su petitorio no señala que el real motivo del mismo fue un caso de discriminación. No obstante, en los hechos de su demanda, indica que estaba embarazada cuando fue despedida y pidió un día de descanso por el embarazo.

Lo que corresponde, en base al principio en cuestión y aplicando la perspectiva de género, en tanto la demandante es una persona vulnerable (mujer embarazada), es que el juzgador solicite a la demandante que precise si su alegación incluye o no el hecho de ser despedida por encontrarse embarazada. Luego de ello, se informará a la parte demandada para que ejerza su derecho de defensa.

Así, este principio del proceso laboral, tampoco entra en conflicto con la perspectiva de género y, por el contrario, potencia su aplicación frente a la situación de vulnerabilidad.

6. Indubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa

Claramente ninguno de estos principios entra en conflicto con la perspectiva de género. Por el contrario, al ser principios que buscan beneficiar con el criterio de interpretación normativa a la parte vulnerable, se complementan con la perspectiva de género, estableciendo incluso una protección mas alta para la víctima de violencia de género.

Así las cosas, parece evidente que los principios del proceso laboral convierten perfectamente con al perspectiva de género y, lejos de generar conflictos

de interpretación potencian la protección de la trabajadora víctima de violencia de género.

7. Algunas notas sobre la valoración probatoria:

La Corte IDH ha destacado dos aspectos fundamentales en lo que concierne a la valoración probatoria:

- a) Que los jueces y juezas están obligados a evitar cualquier idea basada en estereotipos o prejuicios al momento de valorar las pruebas, pues ello sólo ayuda a perpetuar estereotipos (Corte IDH, 2017), y
- b) Que los jueces y juezas identifiquen la forma en la que el género incide al momento de otorgar valor a las pruebas aportadas a los juicios (Corte IDH, 2010).

Sobre esto último, consideramos que la valoración probatoria en materia de perspectiva de género mínimamente debe considerar (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2022, pp. 22-26):

1. El contexto donde se producen los hechos (antecedentes, contexto histórico, social, cultural, estereotipos que pueden haber influenciado en el caso, etc. Contextualizar adecuadamente resulta esclarecedor para visualizar las situaciones de desigualdad.

Y es que, en algunos casos, la situación puede aparentar ser neutra, no tener componentes de género. Pero al contextualizar podemos evidenciar que afecta/beneficia sólo o mayoritariamente a un grupo determinado.

A manera de ejemplo podemos citar la sentencia 5780/2016 del 14 de octubre de 2016 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia Sala de lo Social, Recurso 1513/2016 (JUR\2016\249172). En este caso, la Corte determinó que había una vulneración al principio de igualdad debido a que, la norma que contemplaba el beneficio que pretendía la demandante (que la enfermedad de tendinitis calcificante del hombro sea considerada como enfermedad profesional), sólo contemplaba el beneficio para determinadas profesiones (pintores, escayolistas y montadores de estructuras) realizadas mayoritariamente por hombres. Excluyendo injustificadamente a otras

profesiones que podían generar la misma patología, entre ellas las realizadas por la demandante. Concretamente la sentencia dice:

Para evitar esta deriva discriminatoria por razón de sexo en la aplicación de la normativa sobre enfermedades profesionales resulta necesario integrar esa normativa con el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres - artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo-, y, realizando esa integración, esta Sala entiende, en relación con la patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores del hombro, que, en la medida en que las profesiones contempladas reglamentariamente a título ellas ejemplificativo, mayoritariamente masculinizadas, se benefician de la presunción de que en se realizan los movimientos articulares determinantes de la enfermedad profesional, esa misma conclusión se debe predicar de las profesiones a que se dedica la trabajadora demandante una vez constatado que se encuentran entre las profesiones que habitualmente incluyen entre sus tareas fundamentales aquellas que, según la norma reglamentaria, pueden generar dicha patología, sin perjuicio de que esa presunción pueda ser desvirtuada con prueba en contrario de que dichas tareas no son las realizadas efectivamente en el puesto de trabajo de que se trata, o que son meramente ocasionales, una posibilidad de prueba en contrario que también se admite en relación con las profesiones masculinizadas a las que se refiere de manera expresa el cuadro de enfermedades profesionales.

Así, haciendo un análisis de contexto, la Corte claramente determinó la presencia de elementos de discriminación.

2. Identificar manifestaciones de sexismo y estereotipos de género, tanto en los hechos narrados como en las declaraciones, para verificar si hay situaciones de desigualdad, discriminación o violencia.

Típicas frases sexistas como “mujer tenía que ser ...”, “pero ella se vestía provocadoramente ...”, entre otras más denotan manifestaciones de sexistas que deben ser debidamente calificadas por el juzgador al valor los hechos, las declaraciones y los testimonios.

3. Otorgar un valor especial a la declaración de la persona agraviada y de los testigos. Pues normalmente es complicado para las víctimas de violencia denunciar, debido a su condición de agraviada, vergüenza,

desigualdad o discriminación o violencia. Por tanto, el Juez debe tomar especial atención al evaluar y valorar dicha prueba.

A manera de ejemplo nos remitimos a la sentencia del Expediente 8090-2020-0-1801-JR-LA-84, donde la Sala Laboral da pleno valor a las declaraciones de las dos víctimas de acoso, considerando que los indicios aportados al proceso (declaraciones de dos personas que confirman ser víctimas de acoso, Whatsaaps que contextualizan frases con connotación sexual y sexista utilizadas por el actor hacia las víctimas y la declaración de testigos), generan una convicción en la declaración de las víctimas y confirman los hechos imputados:

25. De acuerdo a lo actuado en el proceso y, especialmente, de las declaraciones de la trabajadora Yyyy y de la trabajadora Xxxx, se infiere que no se ha formulado en contra del actor ninguna falta o hecho falso que conlleve a determinar que se le habría imputado actos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, pues se advierte que el demandante, en su trato con las trabajadoras agraviadas, ha hecho uso de términos de naturaleza o connotación sexual e insinuaciones de carácter sexual, lo cual se corrobora con la impresión de un mensaje de WhatsApp (fojas 72 a 73), en el cual se verifica que el demandante manifiesta a la trabajadora agraviada (Claudia Rioja) lo siguiente: «Yaa gracias mi Reynitaaa, Sabes, Hoy quiero soñar otra vez »”.

4. Analizar si las pruebas presentadas tienen valoraciones sexistas o estereotipadas, a fin de eliminarlas al momento de valorar los hechos, o utilizarlas como medio para acreditar una condición sexista o estereotipada pre existente y permanente.
5. Finalmente evaluar, cuando sea posible, acudir a la inversión de la carga probatoria o a reglas de favorecimiento probatorio, utilizando, dentro de los límites del debido proceso, los medios necesarios para esclarecer los hechos del caso.

En suma, las y los jueces tiene la obligación de identificar en los hechos y en las normas aplicables a cada caso posibles situaciones de desigualdad o discriminación (directa o indirecta) y acto seguido, enmendar el impacto que dicha situación genera.

IV. CONCLUSIONES

Si bien la creación de la Comisión de Justicia de Género del Poder judicial supuso un avance importante para la implementación e la justicia con enfoque de género en el Perú, hasta fines del año 2022 la Comisión había emitido diversos documentos e impartido charlas a jueces, juezas y personal del Poder Judicial sobre enfoque de género, pero es a partir del Protocolo Administración de Justicia con enfoque de Género de fines del 2022 que el Poder Judicial asume la tarea e impone a las y los jueces la obligación, de juzgar con enfoque de género, tarea que estaba pendiente en nuestro ordenamiento.

De lo expuesto precedentemente, me parece indiscutible el sustento legal, constitucional y supra constitucional que avala la incorporación del enfoque de género en la actuación judicial y sobre todo en el proceso laboral, para corregir las asimetrías palpables en nuestra sociedad que padecen las mujeres trabajadoras, a fin de alcanzar un trato realmente igualitario y sin discriminación. Labor que queda en manos de los jueces y juezas laborales y que, indiscutiblemente, debe realizarse dentro los marcos que la constitución y normas internacionales les permite.

316

Concluyo haciendo mía una frase de la Magistrada Gloria Poyatos, que me parece grafica totalmente, para el tema de este artículo, la concepción del derecho que propone Oliver Wendell Holmes:

Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo de forma contextualizada con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistémicas asimetrías sociales entre sexos, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género, no es justicia. (Poyatos, 2017, p. 180)

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2001). Sobre la constitución del Estado Constitucional. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24). (pp. 429-457)
- Álvarez, D. (2017). La igualdad ¿pueden las juezas y los jueces hacerlo realidad?. *Revista Judicial*, 120. (pp. 165-172)

- Atienza, M. (2009). Corrupción y ética judicial. *Diario Información*. <https://www.informacion.es/opinion/2009/08/16/corrupcion-etica-judicial-7295237.html>
- Atienza, M. (2004). Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el estado de derecho. En M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (Comps.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos* (pp. 3-30). Universidad Autónoma de México.
- Ávila, R. (2009). Del Estado legal al Estado constitucional de derechos y justicia. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (p.786). Fundación Konrad Adenauer-Stiftung.
- Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (30 de agosto de 2010). <https://www.catalogode-rechoshumanos.com/sentencia-215-cidh/>
- Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (24 de agosto de 2017). https://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf.
- Corte Suprema de Justicia del Paraguay. (2022). Guía para garantizar el acceso a la justicia a todas las personas sin distinción en Paraguay. Apoyo a la transversalización del enfoque de género en la administración de justicia. <https://bit.ly/3UbxBGU>
- Corte Superior de Justicia de Lima. Trigésimo Octavo Juzgado Especializado de Trabajo de Lima. Sentencia N° 48-2022-38°-JETP-ZAL, Expediente N° 8090-2020-1801-JR-LA-84. 23 de febrero de 2022.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Octavo Juzgado Especializado Permanente de Trabajo de Lima. Sentencia N° 291 -2022, Expediente N° 17600-2019-0-1801-JR-LA-08. 03 de octubre de 2022.
- Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. (2018). Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación del Poder Judicial de la República de Chile. <https://bit.ly/3icUH21>.

- Garcés, C. (2021). Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional en materia de género. En: Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial, *Reflexiones jurídicas desde el enfoque de género*. Segunda Edición. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6985a880492e7cf9ba68fe9026c349a4/JURISPRUDENCIA+RELEVANTE+DEL+TRIBUNAL+CONSTITUCIONAL+EN+MATERIA+DE+G%C3%89NERO+.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6985a880492e7cf9ba68fe9026c349a4>
- García, A. (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, (IX), pp.13-42. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Ministerio de Justicia.
- Grupo Interagencial de Género del Sistema de Naciones Unidas en Uruguay. (2020). Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres. Centro de Estudios Judiciales del Poder Judicial y la Fiscalía General de la Nación. <https://bit.ly/3i6PCYX>
- Jiménez, A. (2019). Juzgar con perspectiva de género en la jurisdicción de lo social. *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, (197), 24-51.
- Maturana, P. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Fundamentos y análisis de sentencias. *Anuario De Derechos Humanos*, 15(2), 279-290. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2019.53129>
- Moll, R. (2021). La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más?. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 2(2), 83-98. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6218>
- Monero, J. y Triguero, L. (2009). *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*. Tirant lo Blanch.
- Ministerio de las Mujeres, géneros y diversidad de la República Argentina. (2020). Lineamientos para la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia: Administración de justicia y perspectiva de género. <https://bit.ly/3VsKs8J>
- Paredes, P. (2013). El nuevo proceso laboral peruano dentro del sistema de mecanismos de protección de los derechos laborales. *Laborem*, (13), 205-218.

- Paredes, P. (2018). El principio de facilidad probatoria. Universitat de Girona. <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/19427?show=full>
- Pasco, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Derecho PUCP*, (48), 149-169. <https://doi.org/10.18800/derechopucp>
- Pietro, L. (2001). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En M. Carbonell, J. A. Cruz Parceró y R. Vásquez Comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 17-67). Porrúa.
- Pietro, L. (2010). Neoconstitucionalismos (Un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 461-506.
- Poyatos, G.(2017). Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género». *Revista Peruana de Derecho Constitucional Mujer y Constitución*, (10), 171-180. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/07/Revista-10.pdf>
- Poyatos Glória. (2019). Juzgado con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa. *Iqual. Revista de género e igualdad*, (2), 1-21. <https://revistas.um.es/igual/article/view/341501/257391>
- Protocolo Administración de Justicia con Enfoque de Género. (2022). Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/27e8a9804946b9eb81daf59026c349a4/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA-000114-2022-P-CE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=27e8a9804946b9eb81daf59026c349a4>
- Oficinas Regionales de OACNUDH y ONU MUJERES. (2014). Modelo de Protocolo Latinoamericano para la investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)
- Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia. (2016). Protocolo para Juzgar con perspectiva de género, adoptado por acuerdo de Sala Plena N.º 126/2016. <https://bit.ly/3u2EkrS>
- Organismo judicial de Guatemala. (2021). Herramienta para incorporar el enfoque de derechos humanos, género e interseccionalidad en sentencias sobre violencia de género. <https://bit.ly/3ihVn6l>

- Ruay, F. (2014). Análisis crítico de las potestades atípicas del juez laboral ante el principio de juridicidad. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5(9), pp. 83-105
- Sobrino, G. (2013). La protección laboral de la violencia de género: Déficits y ventajas. Primera Edición. Tirant lo Blanch.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (2013). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Actualizado el 2020. <https://bit.ly/3VA1BfY>
- Torres, M. (2017). El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género. *Revista Peruana de Derecho Constitucional Mujer y Constitución* (10), 181- 214. <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2019/07/Revista-10.pdf>
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. (2021). Protocolo de juzgamiento con perspectiva de género interseccional para la jurisdicción constitucional. <https://bit.ly/3icxVHv>
- Villanueva, R. (2021). Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial. *Derecho PUCP*, (86), 363-394.
- XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana. (2015). Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”. https://observatoriojusticiaygenero.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/buenas_practicas/DBP_4.Guia_aplicacion_Modelo_incorporacion_PEG_sentencias2019.pdf

SEGURIDAD SOCIAL

Contratación laboral de adultos mayores en el Perú: El derecho a la igualdad como solución a la crisis de seguridad social que se avecina

**Labor recruitment of older adults: The right to equality as a solution to
the social security crisis that is coming**

CÉSAR ALEJANDRO NÁJAR BECERRA*

Universidad Católica de Santa María
(Arequipa, Perú)

Contacto: cnajar96@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-8954-8918>

RESUMEN: Durante la última década la demografía, las crisis económicas y la robotización - automatización del empleo, han traído consigo una crisis latente en el campo de la seguridad social que poco a poco ha venido siendo materia de estudio por los profesionales del derecho. En efecto, el envejecimiento de la población como fenómeno en las distintas sociedades del mundo, sumado a la ausencia de empleo generado por la economía informal y la robotización, han traído consigo una preocupación por la imposibilidad futura de sostener el sistema de seguridad social vigente, lo que hace necesaria la adopción de políticas públicas claras para enfrentar el inminente colapso de dicho sistema. De cara a lo anterior, el presente artículo tiene como intención identificar dicha problemática en el contexto peruano, reflexionando sobre como la contratación laboral de adultos mayores puede representar una alternativa de solución a la crisis de seguridad social que se avecina, garantizando a su vez, el principio de igualdad contenido en nuestra Constitución.

PALABRAS CLAVE: Seguridad social, jubilación, pensiones, contratación laboral, adultos mayores, igualdad, discriminación.

ABSTRACT: During the last decade, demography, economic crises and the robotization - automation of employment, are the elements that generated a latent crisis in the field of social security that little by little has been the subject of study by legal professionals. In effect, the aging of the population as a phenomenon in the different societies of the world, added to the absence of a job that allows sustaining the current social security plans, has brought with it a concern for the lack of clear policies to face the imminent collapse of such systems. In view of the above, this article intends to identify this problem in the Peruvian context, reflecting on how the employment of older adults can represent

* Magister en Relaciones Laborales, Dirección de Recursos Humanos, Globalización y Digitalización por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Docente de Derecho del Trabajo de la Universidad Tecnológica del Perú – Sede Arequipa. Miembro de la Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional. Socio del Estudio Vargas & Nájar.

an alternative solution to the looming social security crisis, guaranteeing in turn, the principle of equality contained in our Constitution.

KEYWORDS: Social security, retirement, pensions, labor contracting, older adults, equality, discrimination.

Recibido: 06/02/2023

Aceptado: 06/03/2023

Publicado en línea: 16/03/2023

SUMARIO: I. Introducción. II. La crisis que se avecina: El colapso del sistema de seguridad social en pensiones. 1. Factores que coadyuvan a la crisis de seguridad social en pensiones. A) *La informalidad laboral*. B) *La afiliación voluntaria del trabajador independiente al sistema de seguridad social*. C) *El surgimiento de las nuevas relaciones de trabajo*. D) *La jubilación anticipada*. E) *La libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP*. F) *La demografía y el envejecimiento poblacional*. III. La contratación de adultos mayores como solución a la crisis. 1. Situación de la población adulta mayor en el ámbito laboral. 2. La contratación de adultos mayores y el principio de igualdad. 3. La contratación de adultos mayores como solución a la crisis de seguridad social. IV. Conclusiones. Referencias.



I. INTRODUCCIÓN

324

Con el avance del tiempo, nuestro país ha perdido de vista una problemática que de forma silenciosa se viene convirtiendo en una de las dificultades más graves que deberemos afrontar como sociedad peruana. A lo largo de los últimos años y pese a las advertencias efectuadas por muchos especialistas, poco o nada se hace por la necesaria reforma de la seguridad social en pensiones que debe adecuarse a las características propias de nuestra cultura y economía.

Tal y como se aprecia de distintos estudios, el sistema previsional de pensiones es uno de los problemas sociales más álgidos en nuestra sociedad, y es que como bien lo señala Gonzales (2019) el sistema de pensiones en el Perú presenta dos principales problemas y deficiencias: La universalidad en la cobertura y la sostenibilidad fiscal del sistema, que debido a diversos factores como: la informalidad laboral, la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes, el surgimiento de nuevas relaciones de trabajo, el fenómeno del envejecimiento poblacional, la libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP, y la ampliación del Régimen de Jubilación Anticipada (REJA), vienen generando una crisis latente ante una imposible consolidación del sistema que pueda cubrir las necesidades de los pensionistas por parte del tesoro público a futuro (p. 184).

En efecto y como lo demuestra el INEI (2021) la tasa de afiliación a los sistemas de pensiones de la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada en nuestro país, alcanzó para el año 2021 una tasa de 34.9%, mientras que el 65.1% restante no se encuentran afiliadas a un sistema de pensión (p. 89), hecho que evidencia una preocupante situación social en atención a que la proporción de personas que integran y por lo tanto participan en la sostenibilidad del sistema de pensiones, no cubrirían el volumen de ciudadanos que a futuro deberán hacer uso de dicho sistema, el cual, incluso incorporará a personas que no se encuentran dentro del espectro de la PEA vigente.

Si bien este problema no es actual, y en cambio las tasas de afiliación han evidenciado un cierto incremento en los últimos 20 años, lo cierto es que a la fecha la sostenibilidad de nuestro sistema pensionario se ve en un peligro mayor no solo por los aspectos reconocidos en nuestro país por la propia OIT (2020) tales como la persistente desigualdad de género, la utilización de la pensión anticipada como regla y no excepción, el tiempo de abono y cuantía de las prestaciones y la falta de participación de los actores sociales en la gestión del sistema, sino que además, por factores que van desde el proceso de envejecimiento de la población, hasta el aumento de la precariedad laboral e informalidad producida por el uso de nuevas tecnologías y la situación económica post pandemia.

Atendiendo a ello y siendo conscientes del problema que enfrentamos, el presente trabajo busca brindar una solución que no solo de respuesta a la problemática antes expuesta, sino que, además, permita esbozar una propuesta que paralelamente garantice la aplicación del derecho de igualdad en las relaciones de trabajo, a través de la contratación de adultos mayores, para permitir la sostenibilidad del sistema de pensiones y coadyuvar a la reinserción laboral y el respeto de la dignidad de este sector de la población, hasta una modificación total del sistema de seguridad social en nuestro país.

II. LA CRISIS QUE SE AVECINA: EL COLAPSO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Tal y como lo reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y

al libre desarrollo de su personalidad, razón por la cual, debe gozar del derecho a seguros en casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad, tales como el desempleo, la enfermedad, la vejez, la invalidez u otros.

En ese sentido, la Constitución Política del Perú de 1993 incorpora en sus artículos 10, 11 y 12 que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección y elevación de su calidad de vida, contando para ello con el derecho de acceder a prestaciones de salud y pensiones, que le permita asegurar una protección ante las contingencias propias de la vida, pudiendo para ello gozar de determinadas prestaciones para su desarrollo cabal en sociedad.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC y acumulados, precisó que las prestaciones en las que pretende incidir la Constitución son justamente las prestaciones de salud y pensiones, por lo que el Estado debe mantener una actuación positiva para asegurar su vigencia y estabilidad, considerando la importancia que poseen dichas prestaciones para una adecuada calidad de vida.

326

En efecto, el Estado Peruano consciente de dicha situación, asume la responsabilidad de contar con los medios necesarios para cubrir las necesidades de sus ciudadanos y hacer sostenible el sistema de seguridad social, pues de no lograr otorgar la protección suficiente para afrontar los riesgos y contingencias que pudieran generarse a lo largo de la vida de sus habitantes, el Estado no estaría cumpliendo con sus obligaciones más elementales. Atendiendo a ello, es de resaltar que para que dicha responsabilidad sea cumplida, el sistema de seguridad social ya sea en salud o en pensiones, deberá apoyarse en principios, que, de fallar, harían complejo e inviable un sistema como el expuesto, siendo importante, por tanto, considerar los principios de universalidad y solidaridad.

Gonzales & Paitán (2017) precisan que el principio de universalidad se encuentra relacionado con el hecho de que todas las personas sin distinción deben encontrarse protegidas por la seguridad social y que todas las contingencias o riesgos que se presenten a lo largo de la vida deben estar cubiertas por la seguridad social, mientras que el principio de solidaridad se encuentra referido a que todos los miembros de una sociedad, así como el Estado, contribuyen al financiamiento del sistema de protección de la seguridad social, de acuerdo

a sus posibilidades, con la finalidad de recibir protección ante contingencias y según sus propias necesidades (pp.31-32).

Siendo esto así entonces, debemos comprender que para que el sistema de seguridad social en pensiones funcione, será necesario que el mismo sea universal en su cobertura, pero, además, sostenible a partir de la participación de aportantes regulares al sistema.

Lamentablemente, en los últimos años y a pesar de las diversas advertencias efectuadas en distintos estudios, hoy la arquitectura de nuestro sistema de pensiones evidencia una cobertura mínima que incluso no es sostenible en el tiempo.

Sobre ello, Gonzales (2019) refiere, por ejemplo, que uno de los principales problemas vinculados a la cobertura de la seguridad social es que la misma se dirige únicamente a trabajadores asalariados y dependientes, dejando de lado el grueso de población que debido a que se encuentra en la informalidad laboral y/o que no cuenta con cultura en seguridad social, prefiere no adoptar medidas para mantener su permanencia en el sistema (p.181). Asimismo, y en esa misma línea, el autor antes citado precisa que, respecto a la sostenibilidad del sistema, uno de los principales problemas es el envejecimiento de la población, apreciación con la que coincidimos pues como lo evidencia la información demográfica proporcionada por el INEI esa es la tendencia actual.

La INEI (2022) precisa que, como resultado de los grandes cambios demográficos experimentados en las últimas décadas en el país, la estructura por edad y sexo de la población está experimentando cambios significativos. En la década de los años cincuenta, la estructura de la población peruana estaba compuesta básicamente por niños/as; así de cada 100 personas 42 eran menores de 15 años de edad; en el año 2022 son menores de 15 años, 24 de cada 100 habitantes. En este proceso de envejecimiento de la población peruana, aumenta la proporción de la población adulta mayor de 5,7% en el año 1950 a 13,3% en el año 2022 (p.1)

De esta manera, no podemos pasar desapercibido que la universalidad y sostenibilidad del sistema se encuentran en un peligro real, razón por la cual deben adoptarse medidas que permitan mantener a flote el sistema conforme a sus características vigentes.

Atendiendo a lo anterior, debemos partir del hecho que los problemas y deficiencias de la cobertura y sostenibilidad antes expuesta, se encuentran en factores que como bien expone Gonzales (2019) se encuentran vinculados a la informalidad laboral, la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes, el surgimiento de las relaciones de trabajo a partir del fenómeno de la globalización y cuarta revolución industrial, la ampliación de supuestos que permiten acceder a la jubilación anticipada, el retiro anticipado de fondos pensionarios y el envejecimiento poblacional (p.184) por lo que las medidas en seguridad social a adoptar deben cuanto menos dar respuesta a alguno o todos los factores de referencia.

De esta manera y previamente a ensayar una propuesta que permita brindar una solución o al menos contener dicha problemática, es importante conocer de que forma los factores antes expuestos inciden en una afectación al sistema de seguridad social.

1. Factores que coadyuvan a la crisis de seguridad social en pensiones

Conforme lo indicamos en párrafos previos, son diversos los factores que coadyuvan a la crisis de seguridad social en pensiones, razón por la que previamente a ensayar una propuesta que permita garantizar la solidez de dicho sistema, es importante analizar cuales son los aspectos que generan su inestabilidad.

A) La informalidad laboral:

Conforme lo advierte Torres (2020) la informalidad crece cuando hay más personas buscando empleo que puestos de trabajo formales disponibles. Así, cuando la economía no crece lo suficiente como para crear nuevos puestos de trabajo, las personas no tienen otra alternativa que el autoempleo o el emprendimiento. Atendiendo a ello, y desde que la informalidad empezó a ser medida en el año 2002, la tasa de actividad informal ha ido fluctuando entre un 85% y 75% a lo largo de los últimos 20 años, habiéndose incrementado como consecuencia de sucesos como la pandemia de la COVID-19 (p.73).

En ese contexto, es de precisar que la informalidad laboral guarda relación con aquellos trabajadores asalariados y dependientes que no se encuentran

registrados en planilla y que no acceden a los beneficios laborales que les corresponde por ley.

En efecto, hay que tener claro que la informalidad es un fenómeno multi-dimensional, esto quiere decir que hay informalidad laboral, tributaria, registral, municipal, etcétera. Implica, ciertamente, el incumplimiento de algún tipo de regulación sobre esos campos. Por tanto, son varias áreas que deben distinguirse para un mejor análisis. Solo se puede hablar de informalidad laboral en el ámbito de trabajadores sujetos a la regulación laboral, es decir, todos aquellos que laboran en relación de dependencia con un empleador donde hay reglas que cumplir. No corresponde hablar de informalidad laboral en el ámbito de prestadores de servicios que no están bajo la cobertura de regulación laboral alguna: independientes o familiares, por ejemplo. La razón y distinción es muy clara: no hay incumplimiento de alguna regla laboral si no hay relación laboral (Cuadros, 2018, p. 6)

De forma que debe tenerse claro que el trabajador informal es aquel que pese a contar con los elementos propios de una relación de trabajo, no accede a los beneficios laborales que por ley le corresponden, lo que implica además que se encuentren fuera de las cargas tributarias y de seguridad social propias del sistema.

Siendo esto así, es de indicar que según el Informe Técnico N° 4 – Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional efectuado por el INEI (2022), la tasa de empleo formal fue del 23.9%, mientras que la tasa de empleo informal alcanzó el 76.1% entre octubre de 2021 y setiembre de 2022, lo que evidencia que tan solo hablando de aquella población que ejerce actividades laborales y que por lo tanto debería cotizar a la seguridad social según el sistema vigente (sin considerar por tanto el autoempleo y el trabajo familiar no remunerado), solo un 23.9% de personas sostiene el sistema de seguridad social.

Atendiendo a ello queda claro que la informalidad laboral es un factor que incide en la crisis vigente, y es que el sostenimiento del sistema de seguridad social que debería caracterizarse en el principio de universalidad, se sostiene a la fecha, en el aporte de un minúsculo número de trabajadores que deben soportar la carga de un sistema con cada vez más ciudadanos que necesitan protección, debiéndose buscar por tanto, incentivos a la formalidad que permitan un sistema de recaudación adecuado, considerando que a la fecha el sistema existente se

mantiene estancado en una seguridad social laboral, es decir, una seguridad social dependiente necesariamente de una prestación de labores para que el potencial aportante pueda formar parte del sistema.

La propia OIT (2020) ha precisado que resulta necesario que la matriz de provisión de servicios de la seguridad social incluya una combinación de esquemas semicontributivos – ligados o no al empleo- o no contributivos que alcancen a segmentos de difícil cobertura como los trabajadores independientes, rurales, migrantes y otros trabajadores de baja capacidad contributiva.

Sin embargo y hasta que no se opte por una reforma integral del sistema que permita “deslaborizar” la seguridad social en pensiones, las medidas ha adoptar deberán considerar medidas de carácter laboral para superar estos problemas.

B) La afiliación voluntaria del trabajador independiente al sistema de seguridad social

Conforme es sabido, mediante la Ley N° 30237 – Ley que deroga el aporte obligatorio de los trabajadores independientes, se dejó sin efecto la disposición que obligaba a los trabajadores independientes menores de 40 años a aportar obligatoriamente a un sistema previsional.

Este hecho, como muchas otras medidas populistas, trajo consigo que desde el mes de setiembre de 2014 el sistema de pensiones no solo pierda ingresos que apoyaran su sostenibilidad desde el punto de vista del principio de solidaridad, sino que, además, trajo consigo una mínima cantidad de trabajadores independientes que decidieran acogerse a un régimen de seguridad social en pensiones, hecho que a la fecha viene ocasionando que el sistema no cuente con los aportes suficientes para cubrir las necesidades de una población que cada vez exige una asistencia en salud y pensiones mayores.

Asimismo, es de resaltar que sorprende que la medida bajo comentario haya derivado de una decisión que no se justificó en un fin superior que buscará ser protegido, sino que en cambio, en una decisión particular de los afiliados que desconociendo o restando importancia a la necesidad de contar con un sistema que pueda cubrir sus necesidades futuras, optaron por no encontrarse obligados a aportar.

En efecto y como reconocen algunos eliminar la obligatoriedad de la afiliación de los independientes representa un retroceso en la consolidación de un mejor modelo de previsión social, no solo por la disminución del ámbito subjetivo de la misma, sino por el hecho de que no exista un fin superior que se intente privilegiar con esta medida. En efecto, volver al estado anterior implica mantener la situación de desprotección de un grupo importante de miembros de la sociedad, sustentada en el rechazo de estos de destinar parte de sus ingresos a fondo previsional futuro. Esto, sin lugar a dudas, no constituye un elemento que merezca ser ponderado, en atención a que constituye inejecutar la garantía de la Seguridad Social respecto de los independientes. (Gonzales & Antola, 2015, pp. 137-138)

De esta manera, la medida destinada a que el trabajador independiente optará por su afiliación voluntaria adoptada por el legislador, más allá de representar una herramienta que permitiera la consolidación del sistema de seguridad social, terminó por convertirse en una de las causas de la actual crisis, aspecto que debe ser valorado para la adopción de medidas que pretendan dar solución al problema vigente.

C) El surgimiento de las nuevas relaciones de trabajo

Con el surgimiento de la cuarta revolución industrial, los cambios y tendencias que afectan el mundo del trabajo se caracterizan por la automatización de las actividades laborales y el consecuente desplazamiento de trabajadores gracias a la robotización e inteligencias artificiales.

Es en este contexto que, por ejemplo, el Parlamento Europeo en el año 2017 aprobó una Resolución relativa a normas de Derecho Civil en la robótica, la cual incluyó entre otras algunas normas reguladoras sobre los daños que podrían ocasionar los robots y las nuevas máquinas inteligentes, creando para ello incluso una Comisión (Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica) que se encargaría de analizar el impacto de la robotización en el enfoque jurídico, considerando el ámbito laboral.

Dicha Resolución, como lo indica Gómez (2018) consideró que ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen

dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad, por lo que resulta de especial interés que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación, planteando de esta forma si el desarrollo de estas máquinas inteligentes debería comportar la contribución a través de cotizaciones a la Seguridad Social (p.158)

Es en este contexto, que queda en evidencia un problema que, si bien ha sido identificado, no ha sido cuestionado ni analizado con firmeza en nuestra doctrina, lo que hace necesario pensar en soluciones que permitan la sostenibilidad del sistema una vez que las máquinas lleguen a tomar los puestos de trabajo vigentes o futuros y no exista un volumen de trabajadores suficiente que permitan contener el sistema actual.

Sobre ello, autores como Ford citado en Gómez (2018) “defiende la necesidad de costear una renta básica con el objeto de hacer frente a las desigualdades sociales derivadas de la revolución robótica, lo que permitiría un ingreso periódico de subsistencia a los ciudadanos” (p.162).

332

En esa misma línea autores como Mercader (2017) y Gómez (2018) sostienen que los robots que desplacen a los trabajadores, deben cotizar a la seguridad social, ya sea a través de una renta básica pagada por las empresas de acuerdo a la cantidad de robots que se encuentren operando, así como a través de la aplicación de dividendos.

Incluso el segundo de los autores citados precisa que las empresas deberían estar obligadas a comunicar: El número de “robots inteligentes” que utilizan, los ahorros realizados en cotizaciones a la seguridad social gracias a la utilización de la robótica en lugar del personal humano y una evaluación de la cuantía y la proporción de los ingresos de la empresa procedentes de la utilización de la robótica y la inteligencia artificial con el objeto de determinar los montos a cotizar a la seguridad social.

Así pues, queda claro que a nivel global y por tanto en nuestro país, las nuevas formas de empleo estarían representando a futuro una de las causas de la crisis en seguridad social, y es que con menos trabajadores y más máquinas, el sistema debería cambiar su enfoque de sostenibilidad, dependiendo ahora de una cotización sobre las nuevas tecnologías y no sobre los trabajadores dependientes.

D) La jubilación anticipada

Dentro del marco legal del Sistema Privado de Pensiones existente en nuestro país, se contempló el supuesto de la jubilación anticipada en mérito a la existencia de: i) Fondos sobrantes y suficientes, ii) Labores de riesgo, iii) Desempleo y iv) Al derecho adquirido en el Sistema Nacional de Pensiones.

Así pues, el REJA representó un mecanismo transitorio que permitió acceder a una jubilación antes de tiempo, contando para ello con ciertos requisitos para su acceso que a partir del 2016 hicieron más fácil su aplicación.

En atención a ello, como bien lo evidenció la SBS en su boletín semanal N° 2 de enero 2019, a partir del 2016 la jubilación a los 65 años se redujo progresivamente, aumentando aceleradamente la jubilación por el REJA, convirtiéndose el SPP ya no en un sistema de jubilación, sino que, en cambio, en un sistema de ahorro forzoso para la mediana edad.

De la propia información brindada en el documento citado, se aprecia que hasta el año 2015 la edad de jubilación promedio en Perú en el SPP era de 65 años, sin embargo, a partir del 2016 dicha edad se fue reduciendo hasta llegar a los 59 años en el año 2018.

Por lo que queda en evidencia que considerando las características propias del sistema de seguridad social, el sistema posee cada vez más personas accediendo a una pensión de jubilación y menos trabajadores en el campo laboral que permitan dinamizar la economía y en cierta medida la sostenibilidad del sistema, razón por la cual las políticas públicas a adoptar no deben ir en la dirección de reducir la edad de jubilación, sino que en cambio en mantener o incluso aumentar en algunos casos la misma, ello con el objeto de reducir los niveles de contingencia que trae este punto a la crisis de seguridad social que conocemos.

E) La libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP

Mediante las Leyes N° 30425 y N°30478, y de forma contraria al principio de sostenibilidad, se estableció la posibilidad de que los afiliados a las AFP a partir de los 65 años pudieran solicitar una pensión en cualquier modalidad ofrecida por el SPP o la entrega de hasta el 95.5% de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) en las armadas que considerará necesarias, así como que

el afiliado de cualquier edad pueda retirar hasta el 25% del fondo acumulado en su CIC para la cuota inicial de la primera vivienda.

Bajo este entendido, las disposiciones legales de referencia conllevaron a que los aportes que tenían como intención sufragar la vejez, se conviertan en simples fondos de ahorro que, con su disposición, desnaturalizan la función para la que fueron creados.

Como lo indica Gonzales (2019) la habilitación de disponer los fondos pensionarios de las AFP, conforme al contenido de las normas antes expuestas, vulnera el derecho fundamental a la pensión en cuanto a su contenido esencial pues permite que el afiliado ejecute una acción – solicitar la entrega del fondo acumulado-cuya consecuencia directa es expulsarlo del régimen previsional y por tanto impedirle el acceso a una pensión (p. 193)

En esa misma línea y al margen que lo dispuesto contraviene lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución Política del Perú respecto a la intangibilidad de los fondos previsionales, es de indicar que estas disposiciones a la larga traerá consigo contingencias sobre aquellos aportantes que luego del retiro no podrán gozar de una pensión cuando llegue el momento.

En efecto, el Reporte de Estabilidad Financiera de noviembre 2020 efectuado por el BCR (2020) preciso que, hasta agosto de 2020, un conjunto de 325 181 afiliados optó por retiro del 95,5% de la CIC por un monto total de S/ 28 610 millones (retiro promedio de S/ 87 982 soles), principalmente bajo el Régimen Especial de Jubilación Anticipada (REJA).

Lo que evidencia una gran cantidad de aportantes que en los años próximos no gozarán de una pensión, siendo estos hechos parte de las causas de la crisis de pensiones vigente.

Cabe resaltar que estos hechos, lejos de haber sido enmendados en los últimos años, han ido acrecentando la crisis y es que desde la pandemia de la COVID-19 se han autorizado hasta seis retiros de fondos de pensiones, hecho que en los próximos años podrán ser el motivo que origine el colapso del sistema de seguridad social que conocemos.

F) La demografía y el envejecimiento poblacional

Finalmente, y al margen de los puntos antes expuestos, nos parece importante resaltar que tal vez una de las principales causas que originarán una crisis en la seguridad social es el aumento del envejecimiento poblacional en nuestro país.

Conforme lo expresa Torres (2020) la población en Perú si bien se ha casi duplicado, también ha envejecido y es que, tan solo partiendo del análisis del porcentaje de personas mayores de dieciocho años, a la fecha el 71% de personas cumple con esa condición.

Así, precisa que el cambio en la estructura etaria tiene dos explicaciones: i) La reducción de la tasa de fertilidad que disminuyó de 5 hijos por mujer en 1980 a 2.2 en el año 2020, y ii) La mejora en la alimentación y salud pública lo que permitió el aumento en la esperanza de vida de 62 años en 1980 a 77 años en el 2019 (p.64).

Considerando ello, es posible apreciar que el crecimiento demográfico se ha reducido por lo que la población joven cada vez es menor y la población de adultos mayores va en aumento como consecuencia de la mortalidad y fecundidad. De esta manera, las personas que a la fecha se encuentran aportando a la seguridad social, no encontrarán en el futuro, un volumen de población que se encuentre realizando actividades laborales de forma activa para sostener o financiar el sistema de seguridad social.

Ello, claramente se agrava si consideramos que el crecimiento económico en nuestro país viene enfrentando una serie de crisis que podrán afectar su normal desenvolvimiento, por lo que se hace necesario tomar nota de estos hechos para intentar revertir el posible colapso del sistema a futuro.

Nuestro país, si bien viene aprovechando lo que en términos de Torres (2020) es considerado como “bono demográfico” (p.65), es decir, que se aproveche que el grueso de nuestra población se encuentra en edad de trabajar, al contar con una tasa de desempleo de tan solo 4%, no esta considerando que ello es momentáneo y que en los años venideros serán más los adultos mayores a los que deberá otorgarse una pensión.

Asimismo, no se está considerando que como lo indicamos en párrafos precedentes, tan solo el 23.9% de personas aporta a la seguridad social, hecho

que hace necesario que las medidas a adoptar garanticen la sostenibilidad del sistema a futuro.

Considerando los puntos antes expuestos ha quedado en evidencia que nuestro sistema de pensiones es cada vez más frágil, siendo posible afirmar la existencia de una crisis motivada por diversos factores.

En ese sentido, nuestro Estado se encuentra en la obligación de adoptar decisiones que permitan frenar o por lo menos garantizar la sostenibilidad y evitar el colapso del sistema hasta una reforma integral de la seguridad social. Pero entonces ¿Qué medidas podemos implementar?

III. LA CONTRATACIÓN DE ADULTOS MAYORES COMO SOLUCIÓN A LA CRISIS

1. Situación de la población adulta mayor en el ámbito laboral

Como lo precisamos en los párrafos precedentes, nuestra demografía hace cada vez más importante que tomemos medidas con la finalidad de garantizar una adecuada sostenibilidad del sistema de seguridad social, considerando que cada vez son más las personas próximas a ser consideradas como personas adultas mayores (que para efectos del presente trabajo son personas mayores de 60 años conforme al criterio adoptado por la Naciones Unidas) y menos las personas “jóvenes” que aportan al sistema.

En efecto y lejos de lo que algunos piensan, la proporción de las personas adultas mayores en nuestro país, conforme a lo indicado por el INEI (2022) ha aumentado a 13,3% en el año 2022, corroborándose que el 26% del total de hogares en Perú tiene como jefe/a de hogar a un/a adulto/a mayor.

Considerando lo antes expuesto y siendo que al menos 1 de cada 4 familias en nuestro país depende de un adulto mayor, se identificó que tan solo el 32.9% de adultos mayores tienen un sistema de pensión, no contando la población restante con un sistema de pensión. Asimismo, se evidenció que el 57.9% de la población adulta mayor se encuentra dentro de la Población Económicamente Activa (PEA), quedando tan solo un 43.5% en la NO PEA.

Siendo esto así entonces, es posible apreciar que casi la mitad de adultos mayores se encuentran en la condición de disponibles para la producción de bienes y servicios, por lo que es necesario que se adopten medidas para promover su participación en el mercado laboral, aprovechando de esta forma no solo su fuerza de trabajo y experiencia, sino que, además, promoviendo una solución al problema de seguridad social que resaltamos en páginas precedentes.

2. La contratación de adultos mayores y el principio de igualdad

La igualdad desde una perspectiva constitucional tiene una doble dimensión, en primer lugar, constituye un valor jurídico, un principio rector de la actuación y la organización del Estado y de todo el ordenamiento jurídico, y por otro lado, es concebido como un derecho que confiere a las personas el derecho de recibir el mismo trato y las mismas oportunidades quedando prohibidas las diferencias arbitrarias y los privilegios que excluyen a determinadas personas sobre otras (Defensoría del Pueblo, 2007, pp. 32-33)

En el campo del derecho del trabajo, la igualdad representa un principio – derecho destinado a garantizar un trato digno, con respeto y consideración en el ámbito laboral.

Si bien la Constitución Política del Perú reconoce de forma general en su artículo 2.2 el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y la no discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, el mismo cuerpo normativo en su artículo 26.1 establece como uno de los “principios” de la relación laboral “la igualdad de oportunidades sin discriminación”.

Como lo refiere Blancas (2016) es importante distinguir entre lo que significa el derecho a la igualdad – igualdad ante la ley contenido en el artículo 2.2 de la Constitución, y la igualdad de oportunidades contenido en el artículo 26.1 de la Constitución – de la interdicción de la discriminación, pues la primera se encuentra referida a la prohibición de los tratamientos desiguales carentes de justificación, que se manifiesten en el contenido de la ley o en la aplicación de esta, y la segunda de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, por lo que el mandato de no discriminación

exige que no se excluya o impida a los miembros de estos grupos gozar de las mismas oportunidades para avanzar hacia una noción de igualdad (pp.134-135).

De esta manera, debemos señalar que cuando hablamos de casos en los que este principio – derecho puede verse afectado, encontramos aquellas situaciones vinculadas a la contratación laboral de personas adultas mayores, pues en estos casos, nos encontramos frente a un grupo demográfico que siempre ha experimentado dificultades para ser parte del mercado laboral en atención a las particulares atenciones que merecen y los propios prejuicios generados en nuestra sociedad. Es bien sabido, que muchas empresas más allá de valorar la experiencia temen que los adultos mayores tarden más en adaptarse, realizar sus tareas y adecuarse a las nuevas formas de trabajo, estereotipos que solo terminan por hacer que sea cada vez sea más difícil encontrar un adulto mayor ejecutando actividades laborales.

Sin embargo, debemos tener presente que estos actos atentan directamente contra una serie de derechos de ius cogens reconocidos a nivel internacional, y es que tal y como lo precisa el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores ratificada por nuestro país, las personas mayores tienen derecho al trato digno y decente, así como a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad, por lo que es deber del Estado promover políticas laborales que garanticen mínimamente una adecuada protección, ello partiendo justamente del derecho a la igualdad.

Bajo este entendido, nos parece importante rescatar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC reconoció que la noción del derecho de igualdad comporta “dos planos convergentes”: El ser tratado igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes, y por ende a obtener un trato igual y evitar los privilegios y desigualdades arbitrarias, es decir la igualdad ante la ley y la igualdad en oportunidades de trato.

Atendiendo a lo antes expuesto, la igualdad ante la ley debe ser entendida como un precepto que excluye que puedan dictarse normas diferentes más favorables a una persona sin que ello se base en una norma general sostenida en la naturaleza de las cosas, es decir a que existan normas especiales que no se justifiquen en razones objetivas.

De esta forma el derecho a la igualdad se configura como una “técnica de control” dirigida a constatar la razonabilidad de las diferencias que introduzca el legislador o los órganos de aplicación de las normas (Fernández López, 19992, p.170).

Consecuentemente la igualdad ante la ley proscribe que se establezcan diferencias de trato entre las personas por sus condiciones particulares.

Sin embargo, no debe perderse de vista que mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC se consideró que el principio a la igualdad es “(...) *una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad ante los hombres*” (Número 3.1.), por lo que la noción de igualdad en este punto también garantizaría la adopción de medidas positivas para revertir situaciones de hecho que atentan contra el principio de igualdad. En efecto es de recordar que mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 001-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional señaló que: “*el principio de igualdad en el Estado Constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora*”, por lo que si bien estaría proscrito que se establezcan diferencias legislativas entre personas, existe la posibilidad de adoptar medidas diferenciadoras que permitan revertir las condiciones de desigualdad, por lo que sería legítimo establecer diferencias de trato.

Por otro lado, debemos referir que la igualdad en oportunidades de trato se encuentra referido a que el trabajador sea tratado igual que otros trabajadores.

En efecto, este principio supone un límite fundamenta a la autonomía empresarial y consiste en la prohibición de que el empleador adopte diferenciaciones arbitrarias, habiéndose de justificar toda diferenciación de trato entre los trabajadores en base a su razonabilidad y respecto de la situación concreta de que se trate (Rodríguez-Piñero, 1979, pp. 402-403).

En este sentido y atendiendo a lo antes expuesto, es posible apreciar que en atención a las dificultades que presenta la contratación de adultos mayores, el principio de igualdad permitiría la adopción de medidas para fomentar su contratación, y es que de cara al derecho en referencia, es posible adoptar lo que se denominan “acciones positivas” para conferir un trato diferenciado y más favorable a grupos o sectores que se encuentren en un estado de subordinación o

marginación para otorgarles mayores oportunidades de acceso, más aún cuando el propio artículo 103 de la Constitución Política del Perú, señala que: “*Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas*”.

Cabe resaltar en este punto entonces que la adopción de políticas positivas que permitan la contratación de adultos mayores, permitiría no solo el ejercicio del principio de igualdad que permitan reinsertar a este sector poblacional en el mercado laboral, sino que además la sostenibilidad del sistema de pensiones y el respeto de su dignidad.

3. La contratación de adultos mayores como solución a la crisis de seguridad social

Considerando lo desarrollado en las páginas precedentes, es posible apreciar que: i) El sistema de seguridad social en pensiones vigente se encuentra próximo a un inminente colapso por diversos factores que inciden en la pérdida de su sostenibilidad, y ii) En mérito al derecho de igualdad reconocido en nuestra Constitución y aplicable en las relaciones de trabajo, es posible la adopción de medidas positivas para promover la contratación de adultos mayores.

En este sentido y atendiendo a la urgente necesidad de contar con soluciones para enfrentar la crisis de seguridad social de pensiones vigente, consideramos importante que el legislador adopte medidas que promuevan e incentiven a las empresas y entidades públicas a la contratación de adultos mayores.

Ello es así, pues como hemos podido analizar la crisis de pensiones vigente deriva no solo de una serie de elementos externos difíciles de controlar como la revolución 4.0 o las medidas populistas que en su aplicación ya generaron un daño irreversible al sistema, sino que además de una falta de trabajo efectivo por parte de una población adulta cada vez mayor.

Por lo tanto, y como ha quedado demostrado, parte del actual problema en el sistema de seguridad social es que contamos con menos trabajadores jóvenes que puedan aportar para el sostenimiento del sistema, además de contar con una baja tasa de trabajadores formales que permitan que el mismo pueda ser rentable a futuro. Sin embargo, con la adopción de medidas que se sostengan

en la promoción e incentivos a favor de la contratación de adultos mayores al mercado laboral formal, se habilita la posibilidad de dar solución o por lo menos contener la crisis vigente.

Si bien esta solución parece suficiente, lo cierto es que previamente deben superarse algunos de los problemas que representa este planteamiento, tales como las desventajas que trae consigo la contratación de este tipo de trabajadores, y es que tal y como lo refieren algunos, dicha contratación puede ser desventajosa para la actividad empresarial.

De acuerdo a Ardon (2017) señala que entre las desventajas percibidas en la contratación de adultos mayores encontramos los problemas de salud mental, los problemas de adaptabilidad para con la tecnología, la falta de energía, el deterioro en las capacidades físicas y retención, así como las potenciales ausencias laborales que traen consigo las enfermedades y chequeos médicos de este personal (p. 47).

Asimismo dicha autora citando al coordinador de académico de la Universidad del Pacífico, René Rivera, refiere que aunque no superando las ventajas de la contratación, existen algunos elementos que podrían considerarse como desventajas en la contratación de adultos mayores, tales como: i) El hecho que la tercera edad es poco proclive al cambio y prefiere ambientes más estructurados, ii) El hecho que existe un natural deterioro biológico que en determinadas funciones afectaría la eficiencia del adulto mayor en el trabajo, iii) La corta vida laboral que les queda a los adultos mayores no les permitiría una proyección de una carrera, y iv) La imposibilidad de cumplir con funciones donde el esfuerzo humano o fuerza sea una condición de acceso al trabajo (p.7).

Sin embargo, debemos tener presente que lejos de que dichos argumentos representan estereotipos que se encuentran vinculados a la discriminación estructural generada sobre dicho grupo de personas, lo cierto es que la contratación de dichos trabajadores no solo puede superar dichas “desventajas”, sino que además permite como ya lo habíamos planteado, superar la crisis de seguridad social vigente.

En efecto y citando nuevamente a Ardón (2017) dicha autora reconoce que, al margen de las desventajas, la contratación de adultos mayores incorpora también experiencia, estrategias de afrontamiento y resolución de conflictos,

conocimientos y habilidades adquiridas, valores, entre otros, que permiten una actividad empresarial eficiente (p. 46).

Por su lado, el propio René Rivera citado en la investigación referida, señala que entre las ventajas se encuentran: i) Un mejor servicio o calidad de atención al cliente, ya que el adulto mayor cuenta con más experiencia laboral además de la capacidad de distinguir entre las demandas de los usuarios y el cumplimiento en la calidad del producto o servicio ofrecido, ii) Una mayor estabilidad laboral, iii) Creatividad frente a la solución de problemas, iv) La existencia de personal más concentrado, y v) Una vinculación con el mundo real y la responsabilidad social empresarial (p.7)

Asimismo, es de resaltar que las “desventajas” referidas pueden ser fácilmente superadas con beneficios tales como deducciones de impuestos o beneficios tributarios a los empleadores que permitan una contratación que garantice una labor adecuada de los adultos mayores y que les permita gozar de capacitaciones adecuadas para su reinserción al campo laboral, a su vez de una adecuada protección y garantía para salvaguardar su salud ante los problemas médicos propios de la edad que no perjudiquen al empleador y que puedan ser asumidos, por ejemplo, por la propia seguridad social.

En este sentido, si bien se podría suponer que la contratación de adultos mayores no es más que una fantasía, lo cierto es que dichas contrataciones permiten dar respuesta a problemas vigentes como la crisis de seguridad social expuesta a lo largo del presente artículo.

Incluso, es de señalar que la propuesta formulada guarda relación con el actual sistema en tanto mantiene la posición de la laboralización de la seguridad social, sin caer en el asistencialismo, no representando una medida que pueda contraponerse al manejo actual del sistema en pensiones, pues lo que se busca es brindar una solución factible sin recurrir a medidas drásticas como el aumento de las tasas de aportación el incremento de la edad jubilatoria o la contribución tripartita, las cuales necesariamente tienen que existir en una reforma integral del sistema.

Así, lo que busca la contratación de adultos mayores es dar solución a dos problemas que a su vez garantizan en alguna medida la protección de la dignidad humana de este sector de la población: i) La existencia de un vínculo laboral formal que permita que el trabajador pueda aportar a los fondos de la seguridad

social, alcanzando en algunos casos los aportes mínimos que necesitan para gozar de una pensión, y ii) La sostenibilidad del sistema al ser que el mismo no solo recibe un mayor número de aportes por extenderse el número de aportantes y años en los que estos cotizan, sino que además, por retrasar el goce de pensiones hasta el momento en que los adultos mayores contratados culminen los vínculos laborales producidos por los incentivos antes referidos, permitiendo con ello que el sistema pueda nivelarse hasta una modificación profunda del sistema, todo ello al amparo del derecho de igualdad que pretende garantizar el respeto y disfrute pleno de los derechos de la población adulta mayor.

IV. CONCLUSIONES

De esta manera, y luego de lo expuesto en el presente artículo podemos concluir lo siguiente:

1. En la actualidad hay una serie de factores que vienen poniendo en riesgo la sostenibilidad del sistema de seguridad social en pensiones en nuestro país. Atendiendo a ello, la adopción de medidas para garantizar su vigencia es una tarea urgente de las autoridades en pleno 2023.
2. La falta de oportunidades en el mercado laboral peruano a favor de personas adultas mayores, es un problema que a la fecha viene agudizando la crisis de seguridad social en pensiones. Atendiendo a ello y en aplicación al derecho de igualdad, es posible proponer acciones positivas con la finalidad de incentivar la contratación de personas adultas mayores y con ello asegurar la sostenibilidad del sistema de pensiones, a su vez de coadyuvar a la reinserción laboral y el respeto de la dignidad de dichas personas.
3. La contratación laboral de adultos mayores permite que este sector de la población pueda contar con un vínculo laboral formal que les permita aportar a los fondos de la seguridad social para cumplir con los aportes mínimos que les haga falta para gozar de una pensión. Asimismo, dicha medida busca retrasar la aplicación del sistema previsional durante la vigencia de los vínculos laborales promovidos por los incentivos, permitiendo de esta forma que los fondos de pensiones puedan nivelarse ante los factores que como hemos explicado, lo mantienen en una crisis a punto de estallar.

REFERENCIAS

Ardón J. (2017) *Ventajas y desventajas de la contratación de adultos mayores en puestos de atención al cliente según el criterio de un grupo de jefes y supervisores que laboran en áreas de trabajo afines*. [Tesis de Grado, Universidad Rafael Landívar] Repositorio Rafael Landívar. Recuperado de: https://crailan-divarlibrary.primo.exlibrisgroup.com/discovery/search?vid=502URL_INST:502URL&tab=tesis

Banco Central de Reserva (2020) *Reporte de Estabilidad Financiera de noviembre 2020*. Recuperado el 27 de enero de 2023 de <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Estabilidad-Financiera/2020/noviembre/ref-noviembre-2020-recuadro-3.pdf>

Blancas, C. (2016) *Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cuadros F. (2018, junio). “*Debemos incorporar nuevas locomotoras que contribuyan a la formalización laboral. en ese sentido es preciso fortalecer la inspección del trabajo que ha estado debilitada en el país*”. En: Revista Análisis Laboral N° 492, pp. 6-10.

Defensoría del Pueblo (2007) *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Recuperado el 27 de enero de 2023 de https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/dd_002_07.pdf

Fernández M. (1992) *La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional*. En: Constitución y derecho del trabajo:1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), pp. 161-274.

Gómez, M (2018) *Robótica, empleo y seguridad social*. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo. Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT, pp. 139-170.

Gonzales, C. (2019) *El dilema del sistema de pensiones peruano: Ampliar su baja cobertura y lograr su sostenibilidad*. En: El derecho del trabajo en la actualidad: Problemática y Prospectiva. Estudios en homenaje a la facultad de derecho PUCP en su centenario, pp. 173-204.

Gonzales, C., Paitán, J. (2017) *El derecho a la seguridad social*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gonzales, C., Antola, M. (2015) *La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones*. En: Laborem N° 15/2015, pp. 115 - 139.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022) *Situación de la población adulta mayor Julio – Agosto – septiembre 2022 – Informe Técnica N° 04 diciembre 2022*. Recuperado el 27 de enero de 2023 de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1870/libro.pdf.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022) *Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional Julio – Agosto – septiembre 2022 – Informe Técnica N° 04 noviembre 2022*. Recuperado el 27 de enero de 2023 de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3852450/04%20Informe%20Tecnico%20Empleo%20Nacional%20Jul-Ago-Set%202022.pdf.pdf>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2021) *Evolución de los indicadores de empleo e ingreso por departamento 2007 – 2021*. Recuperado el 27 de enero de 2023 de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1870/libro.pdf

Mercader J. (2017) *La robotización y el futuro del trabajo*, En: Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, N. 27, pp. 13-24

Rodríguez, M. (1979) *El principio de igualdad y las relaciones laborales*. En: Revista de política social, 121, pp. 381-414.

Torres, A. (2020) Elecciones y Decepciones: Historia de una democracia en construcción. Lima. Fondo Editorial Planeta. .

Organización Internacional del Trabajo (2020) *El futuro de las pensiones en el Perú: Un análisis a partir de la situación actual y las normas internacionales de trabajo*. Recuperado el 27 de enero de 2023 de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_741409.pdf

Superintendencia de Banca y Seguros (2019) SBS Informa. Boletín Semanal N° 2 enero 2019. Recuperado el 27 de enero de 2023 de https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/BOLETIN-SEMANAL/2019/B_S_N_02_2019.pdf



Vol. 20, n.º 27, marzo-agosto, 2023

La Revista se terminó de producir digitalmente
en marzo 2023
Lima - Perú

ISSN 1996-4897 (impresa), ISSN 1996-5230 (en línea)
<https://doi.org/10.56932/laborem.20.27>