



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



ETIINLPT
EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL
DE IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA
LEY PROCESAL DEL TRABAJO

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de
Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial



ISSN: 2708-9274 (En línea)
DOI: 10.47308/rdpt.v5i5

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022
Lima, Perú

5



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú

DIRECTORA

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ
Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4126-7348>
E-mail: jmedinaj@pj.gob.pe

EDITORA EN JEFE

GLADYS FLORES HEREDIA
Fondo Editorial del Poder Judicial, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>
E-mail: gfloreshe@pj.gob.pe

COMITÉ EDITORIAL

ANDRÉS MITZARAEI MEDINA VALENCIA
Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7505-5194>
E-mail: amedinav@pj.gob.pe

ELICEA INÉS ZÚÑIGA HERRERA
Corte Superior de Justicia de Puente Piedra-Ventanilla, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-4088-9855>
E-mail: ezuniga@pj.gob.pe

VÍCTOR ANTONIO CASTILLO LEÓN
Corte Superior de Justicia de La Libertad, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-8226-7283>
E-mail: vcastillo@pj.gob.pe

BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS
Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-9303-3845>
E-mail: bnovoac@pj.gob.pe

BEATRIZ ELENA DÁVILA RAMÓN
Programa Presupuestal por Resultados 0099 «Celeridad en los Procesos
Judiciales Laborales», Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7426-0222>
E-mail: edavila@pj.gob.pe

CONSEJO CONSULTIVO

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0382-6268>
E-mail: lgamarravilchez@gmail.com

CARLOS JIMÉNEZ SILVA
Universidad de San Martín de Porres, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-8338-8068>
E-mail: cjsabogado@hotmail.com

SANDRO NÚÑEZ PAZ
Universidad de San Martín de Porres, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9909-2683>
E-mail: snunez@rubio.pe

MÓNICA PIZARRO DÍAZ
Universidad de Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-1676-2996>
E-mail: monicabpizarro@gmail.com

JOSÉ LUIS RAMÍREZ-GASTÓN BALLÓN
Universidad de Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3166-6852>
E-mail: ramirezgastongerman@gmail.com

FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ
Universidad de San Martín de Porres, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-1981-8924>
E-mail: varelafernando@gmail.com

LUIS MANUEL VINATEA RECOBA
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-6724-5115>
E-mail: lvinatea@vinateatoyama.com

LUIGINO PILOTTO CARREÑO
Universidad de Boloña, Italia
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0200-9888>
E-mail: lpilotto@gmail.com

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA
Universidad de Alcalá, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7380-5932>
E-mail: eduardo.lopez@uah.es

CARMEN MORENO DE TORO
Universidad de Córdoba, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9977-0827>
E-mail: dt1motoc@uco.es

EQUIPO TÉCNICO

Luis Abraham Garrido Huamán y Ronald Robert Junior
Callapiña Galvez (asistentes), Jayro Jurado Urbina (corrección de textos),
Rodolfo Loyola Mejía (diseño y diagramación), Joel Jonathan Alhuay Quispe
y Erik Almonte Ruiz (gestión electrónica).

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-04364

© Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley
Procesal del Trabajo del Poder Judicial del Perú
Palacio Nacional de Justicia, av. Paseo de la República
cuadra 2 s/n, segundo piso, Lima 21, Perú.
revistaprocalsdetrabajo@pj.gob.pe

© Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú
Palacio Nacional de Justicia, 4.º piso, oficina 421
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú
Teléfono: (511) 410-1010, anexo: 11260
fondoeditorial@pj.gob.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Palacio Nacional de Justicia,
av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, segundo piso, Lima 21, Perú.
revistaprocalsdetrabajo@pj.gob.pe

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores en sus trabajos.

INDIZACIONES

Crossref
Google Scholar

LICENCIA



La *Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial* se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)

Ilustración en portada: Robert Hermann Sterl, *Cantera con transportadores de piedra en un vagón basculante* (1916).



La *Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial* es una publicación de periodicidad semestral, cuyo objetivo principal es la divulgación de artículos de investigación inéditos relacionados con el derecho procesal laboral para la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, con predominio de la Ley n.º 29497, así como otra documentación relevante en materia laboral. Los artículos de la revista son arbitrados de manera anónima por especialistas externos a la institución, quienes toman en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte del trabajo, actualidad y contribución al conocimiento jurídico. La revista se reserva el derecho de publicación y, en caso de que el artículo presentado sea aceptado, podrá realizar las correcciones de estilo y demás adecuaciones necesarias para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista de Derecho Procesal del Trabajo* recibe las colaboraciones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los trabajos de jueces nacionales y extranjeros en general, e investigadores sobre el derecho laboral. La presente publicación está dirigida a magistrados, investigadores, docentes universitarios, profesores, estudiantes y a un público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica de temática laboral.

The *Review of Procedural Labor Law. Specialized Publication of the Institutional Technical Team for Implementation of the New Labor Procedural Law of the Judiciary* is a biannual publication whose main objective is the dissemination of unpublished research articles related to labor procedural law for the protection of the rights and interests of citizens, with predominance of Act No. 29497, as well as other relevant documentation in labor matters. The article is then made anonymous and it is reviewed by external referees. It has based on the following evaluation criteria: originality, topicality and relevant contribution to legal knowledge. The journal reserves the right to publish or not an article. After this selection, it can make style corrections and other necessary adjustments required.

The *Review of Procedural Labor Law* receives the collaboration of all the Justices of the Supreme Court of the Republic of Peru, as well as the works of national and foreign judges, lawyers and others legal professional researchers. This publication is aimed at judges, researchers, university teachers, professors, students and a public interested in academic thinking, critical work and issues related to legal matters.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2708-9274 (En línea)
DOI: 10.47308/rdpt.v5i5

CONTENIDOS

PRESENTACIÓN

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ 11

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

JAVIER ARÉVALO VELA 15
La huelga en el derecho laboral peruano

STEFANO BINI 51
España apuesta por transiciones sostenibles: el Mecanismo
RED en la reforma laboral de 2021-2022

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ 69
El Estado como sujeto obligado al pago de los costos
procesales en los procesos laborales y contencioso-
administrativos laborales: un espacio de quiebre y de
afianzamiento de las prerrogativas administrativas

BRUNO JAIRO MORALES RIVADENEYRA	117
La responsabilidad de los organismos públicos en los casos de accidentes de los trabajadores de las empresas de intermediación laboral	
LUIS JESÚS BALDEÓN BEDÓN	135
La variación de la demanda dentro de la audiencia de juzgamiento: ¿se puede negar todavía su validez?	
ROSA ISABEL TORRES CADILLO	155
La migración laboral y su incidencia en la dignidad humana: una problemática del trabajador migrante	



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 11-12

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.614

PRESENTACIÓN

Me complace presentar el quinto número de la *Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial*.

La aplicación del derecho procesal del trabajo propicia una diversidad de opiniones y criterios, los mismos que requieren de un análisis exhaustivo con la finalidad de alcanzar la justicia social y la equidad en las relaciones laborales. Ello motiva la difusión de trabajos de investigación a través de los cuales se pretende dar mayores luces a los problemas de la vida cotidiana, sobre los que el derecho procesal del trabajo juega un rol importante.

En esa dirección, el presente número cuenta con la participación de destacados miembros de la academia, el foro y la judicatura, quienes, mediante su experticia en el derecho laboral, procesal laboral y contencioso-administrativo laboral, analizan diversos problemas y desafíos en dichas materias.

Los artículos de este número contienen propuestas que buscan solucionar los problemas relacionados con la huelga en el derecho laboral peruano; el Estado como sujeto obligado al pago de los costos procesales en los procesos laborales y contencioso-administrativos

laborales; la responsabilidad de los organismos públicos en casos de accidentes de los trabajadores de las empresas de intermediación laboral; la variación de la demanda dentro de la audiencia de juzgamiento; y la migración laboral y su incidencia en la dignidad humana. En cuanto a la doctrina internacional, se realiza un estudio sobre España y su apuesta por transiciones sostenibles: el Mecanismo RED en la reforma laboral de 2021-2022.

Asimismo, cabe indicar que la finalidad de este espacio de disertación académica y de investigación es que los principios, las instituciones y las normas que integran el derecho del trabajo material y procesal salvaguarden los diferentes cambios económicos y sociales que protegen, tutelan y reivindican a las personas que viven de su trabajo.

Finalmente, es importante reconocer y agradecer a los autores, a los miembros del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial y a los integrantes del Fondo Editorial de nuestra institución, quienes han participado en la publicación de este quinto número.

Lima, junio de 2022

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ
Presidenta del Equipo Técnico Institucional de Implementación de
la Nueva Ley Procesal del Trabajo

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 15-49

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.586

LA HUELGA EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

THE STRIKE IN THE PERUVIAN LABOR LAW

JAVIER ARÉVALO VELA

Corte Suprema de Justicia de la República

(Lima, Perú)

Contacto: jarevalo@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3827-8740>

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan las disposiciones legales y los criterios jurisprudenciales, así como de la doctrina, sobre el derecho de huelga en el régimen laboral peruano de la actividad privada. Como principal herramienta legal se examina el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Asimismo, entre los principales aspectos de la huelga, se busca señalar su definición, características, contenido esencial, titularidad, límites, requisitos, entre otros. Por otra parte, se explica la legalidad e ilegalidad de la huelga, cuya determinación es emitida mediante una resolución por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Palabras clave: derecho de huelga; huelga improcedente; huelga ilegal; TUOLRCT; Decreto Supremo n.º 011-92-TR.

ABSTRACT

This paper presents a review and analysis of legal provisions and jurisprudential criteria, as well as doctrine, on the right to strike in the Peruvian labor regime of private sector. The Single Consolidated Text of the Collective Labor Relations Act is analyzed as the main legal tool. Also, the main aspect of the strike includes seeking to point out its definition, characteristics, essential content, ownership, limits, requirements, among others. Furthermore, the legality and illegality of the strike is defined, the determination of which is issued by a decision of the Administrative Labor Authority

Key words: right to strike; strike action; illegal strike; Single Consolidated Text of the Collective Labor Relations Act; Supreme Executive Order No. 011-92-TR.

Recibido: 05/05/2022 Aceptado: 12/05/2022

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la huelga puede ser abordado utilizando distintas disciplinas del conocimiento, tales como la sociología, la historia, la economía, entre otras. En este artículo nos ocuparemos de analizar la huelga desde el punto de vista del derecho y solamente con relación al régimen laboral de la actividad privada, dejando para otra oportunidad el estudio de su regulación en el régimen laboral público.

Serán materia de nuestro comentario las principales normas vigentes al respecto, tales como la Constitución Política del Perú de 1993; el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante el TUOLRCT), aprobado por el Decreto Supremo n.º 010-2003-TR; el Reglamento del texto original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante el Reglamento), aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-92-TR, y la legislación complementaria

dictada en este aspecto. Para esta labor de exégesis, nos auxiliaremos principalmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como con las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante CLS) y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

2. EL DERECHO DE HUELGA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Los convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) no han regulado expresamente el derecho de huelga; sin embargo, el CLS y el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante el CEACR) lo reconocen como derivado del Convenio n.º 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, aprobado por el Perú mediante la Resolución Legislativa n.º 13281, del 15 de diciembre de 1959, pues consideran que dicho convenio, en su artículo 3, establece como objeto de las organizaciones sindicales fomentar y defender los intereses de los trabajadores y los empleadores (Gernigón et al., 2000, p. 8).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969), que forma parte de nuestro derecho nacional conforme al Decreto Ley n.º 22129, del 28 de marzo de 1978, establece que sus Estados signatarios se comprometen a garantizar el derecho de huelga, ejercido según las leyes de cada país. Este tratado entró en vigencia para el Perú el 28 de julio de 1978, de acuerdo con el artículo 27 de su texto.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador» (1988), aprobado por el Perú mediante la Resolución Legislativa n.º 26448, del 27 de diciembre de 1994,

señala que los Estados que lo suscriben garantizan el derecho de huelga (inciso 1.b del artículo 8).

La Corte IDH, en su Opinión Consultiva OC-27/21, del 5 de mayo de 2021, sobre derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, ha reconocido la huelga como «uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones» (fundamento 95).

En el ámbito nacional, encontramos que el derecho de huelga ha sido consagrado en el inciso 3 del artículo 28 de la Constitución de 1993, que reconoce este derecho y lo regula para su ejercicio en armonía con el interés social, y señala sus excepciones y limitaciones.

3. DEFINICIÓN DE HUELGA

Establecer una definición de huelga es difícil, porque los conceptos jurídicos varían con el tiempo, pero, sobre todo, porque los diversos ordenamientos positivos de los Estados la definen teniendo en cuenta mayormente criterios que buscan limitarla.

Sobre el derecho de huelga, el Tribunal Constitucional (2005), al desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, lo define como «la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores» (fundamento 40).

La definición antes citada ha sido precisada posteriormente por el mismo supremo intérprete de la Constitución, cuando señala que:

Mediante el ejercicio del derecho de huelga los trabajadores se encuentran pues facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales (Tribunal Constitucional, 2009b, fundamento 6).

De otro lado, la Corte IDH (2021) define la huelga en los términos siguientes: «es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales» (fundamento 98).

En la doctrina, encontramos que existen dos corrientes para definir el derecho de huelga: una corriente dinámica, que concibe a la huelga como la perturbación de la manera habitual de cumplir con las prestaciones laborales; y otra «tradicional», que concibe a la huelga como la suspensión colectiva, mayoritaria, voluntaria y pacífica de las labores, que implica abandonar el centro de trabajo y cuyos fines son de carácter económico o profesional.

Adhiriéndose a la concepción tradicional de huelga, el TUOLRCT nos da la definición siguiente:

Artículo 72°.- Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.

Nosotros creemos que la huelga puede definirse como toda suspensión colectiva, concertada y pacífica de las labores, con la finalidad de defender los intereses profesionales, económicos y sociales de los trabajadores.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA HUELGA

Del artículo 72 del TUOLRCT, se desprenden las características siguientes:

4.1. Suspensión colectiva del trabajo

La huelga tiene efecto suspensivo; es decir, los trabajadores, agrupados o no en una organización sindical, deciden colectivamente dejar de

laborar. Como consecuencia de ello, el empleador, a su vez, queda liberado de abonar las remuneraciones por los días de paralización.

Los alcances de la suspensión colectiva de actividades (artículo 62 del Reglamento, sustituido por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 024-2007-TR) comprenden dos supuestos: el de la mayoría de los trabajadores del ámbito de la huelga y el de la mayoría de trabajadores del sindicato.

En el primer caso, se suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en el ámbito de la huelga, excepto aquellos que tienen cargos de dirección y los que deben ocuparse de los servicios mínimos; en el segundo caso, si la decisión fue tomada por la mayoría de los trabajadores sindicalizados, pero no por la mayoría de los trabajadores del ámbito comprendido, se suspende la relación laboral de aquellos que integran el sindicato, teniendo en cuenta las excepciones ya señaladas.

Según el inciso h del artículo 12 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR (en adelante el TUOLPCL), el ejercicio del derecho de huelga implica una suspensión perfecta de labores.

4.2. Acuerdo mayoritario

El ejercicio democrático del derecho de huelga se garantiza exigiendo un acuerdo mayoritario de los trabajadores (OIT, 2018, p. 154) para hacerlo efectivo; este acuerdo deberá ser tomado en una asamblea que cumpla con las formalidades exigidas por el artículo 73 del TUOLRCT.

En los casos de sindicatos de rama de actividad o de gremio (artículo 64 del Reglamento), cuando la asamblea la conformen delegados, materializar la huelga dependerá de que esta decisión sea ratificada por las bases, y deberá realizarse de acuerdo con las formalidades que

señala el primer párrafo del inciso b del artículo 73 del TUOLRCT y el artículo 66 del Reglamento.

La organización sindical podrá declarar la huelga según lo previsto en sus estatutos, siempre que la mayoría de sus afiliados votantes y asistentes a la asamblea, es decir, más de la mitad de los trabajadores votantes, adopten dicha decisión (artículo 62 del Reglamento, sustituido por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 024-2007-TR).

La norma reglamentaria precisa que si no existe organización sindical, podrán declarar la huelga la mayoría de los trabajadores votantes en la asamblea.

Sobre el *quorum* para declarar una huelga, el CLS ha sostenido que «la exigencia de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declararla es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas» (OIT, 2018, p. 154).

4.3. Realización voluntaria

La decisión de ejercitar el derecho de huelga debe ser independiente de cualquier tipo de presión, este es un acuerdo que obligatoriamente debe efectuarse sin coacción alguna sobre los trabajadores.

4.4. Realización pacífica

El ejercicio del derecho de huelga debe efectuarse de manera pacífica. Nuestra legislación proscribe los actos de violencia sobre las cosas y las personas durante su materialización, tal sería el caso de cometer agresiones contra los directivos de la empresa o contra los bienes de la misma (destrucción de la maquinaria o de las instalaciones). Este aspecto es reiterado en el artículo 79 del TUOLRCT.

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2006, fundamento 18) ha señalado que el ejercicio del derecho de huelga debe respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico. Dicho ejercicio se efectuará

respetando derechos de terceros; están prohibidos y son sancionables los actos violentos y aquellos que puedan constituir delito. Incurrir en tales conductas implica ejercer ilegítimamente el derecho de huelga.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República (2016b) consideró válido el despido de un trabajador que, durante una huelga, conjuntamente con otros, tomó las instalaciones del empleador, actitud que continuó a pesar de la exhortación efectuada por el Ministerio Público para que deponga su actitud violenta.

4.5. Abandono del centro de trabajo

La huelga debe realizarse en los exteriores de las instalaciones del centro de trabajo o empresa. Por lo tanto, no están permitidas las modalidades huelguísticas en las que los trabajadores permanecen dentro del local de la empresa, como sería, por ejemplo, una huelga de brazos caídos.

5. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA

Se sabe que el contenido esencial de todo derecho es el conjunto de características que lo hacen reconocible. Si estas características se suprimen, el derecho se desnaturaliza.

El Tribunal Constitucional (2009c), en su fundamento 14, considera que las garantías o facultades que conforman el contenido esencial de la huelga son las que siguen: i) ejercer o no el derecho de huelga; ii) convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. Cabe ejercitar, asimismo, el atributo de su posterior desconvocatoria; iii) establecer el petitorio de reivindicaciones, cuyo objetivo debe ser la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga; iv) adoptar las medidas necesarias para el desarrollo de la huelga, siempre y cuando sea dentro del marco previsto en la Constitución y la ley; v) establecer la modalidad de huelga, que puede ser a plazo determinado o indeterminado.

Por nuestra parte, coincidimos con lo señalado por el Tribunal Constitucional en cuanto al contenido del derecho de huelga.

6. TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Sobre la titularidad del derecho de huelga, el Tribunal Constitucional (2005), al analizar los artículos 72 y 73 del TUOLRCT, ha considerado que la titularidad de aquel corresponde a los trabajadores y no al sindicato. Por esta razón se dice que es un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo.

7. LÍMITES AL DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga, como todo derecho, no es absoluto y se ejerce con los límites que la ley le imponga, pues su puesta en práctica no debe vulnerar otros derechos constitucionalmente protegidos, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (2011, fundamento 6).

Los límites al derecho de huelga pueden ser de dos clases: subjetivos y objetivos. Los límites subjetivos están en relación con las personas que no pueden ejercer el derecho de huelga, es decir, que lo tienen prohibido conforme a los artículos 42 y 153 de la Constitución; mientras que los límites objetivos están referidos a la naturaleza de los servicios que pueden ser afectados por la huelga. En este caso estamos hablando de los servicios públicos esenciales señalados en los artículos 82 y 83 del TUOLRCT.

8. REQUISITOS PARA LA DECLARACIÓN DE HUELGA

Los requisitos que en forma concurrente se deben presentar para poder adoptar válidamente una declaratoria de huelga son los señalados en el artículo 73 del TUOLRCT. Si estos no se cumplieran, la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante AAT) podrá declarar

la improcedencia de la huelga o calificarla de ilegal cuando no se curse la comunicación respectiva.

A continuación, comentaremos brevemente cada uno de los requisitos exigidos por el artículo señalado.

8.1. Finalidad de la huelga (inciso a)

La huelga debe perseguir la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores que esta comprende (inciso a del artículo 73 del TUOLRCT).

La defensa de los intereses socioeconómicos o profesionales, por lo general, está relacionada con la negociación colectiva. De otro lado, la defensa de los derechos de los trabajadores tiene que ver con los conflictos derivados de la interpretación o aplicación de normas legales o convencionales. En este segundo caso (artículo 63 del Reglamento), se considera la huelga que ha sido declarada cuando el empleador se niega a cumplir una resolución judicial consentida o ejecutoriada, emitida respecto del incumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo.

Somos de la opinión de que resulta más efectivo seguir los trámites procesales para la ejecución de resoluciones judiciales firmes en lugar de realizar una huelga para lograr dicho cumplimiento.

En cuanto a los fines de la huelga, el CLS ha señalado:

El derecho de huelga no debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros (OIT, 2018, p. 148).

El CLS también se ha pronunciado en diversas oportunidades admitiendo que la finalidad de la huelga puede tener un carácter más amplio de lo que le permite la legislación peruana, tal como sería el

caso de las huelgas de protesta contra la política económica y social de los gobiernos, las huelgas de solidaridad, entre otras (OIT, 2018, p. 148).

La Corte IDH (2021) ha considerado que los fines de la huelga, que deben ser objeto de protección, pueden agruparse en tres categorías: los de naturaleza laboral, los de naturaleza sindical y los que impugnan políticas públicas (fundamento 99).

A pesar de lo indicado, la redacción actual del TUOLRCT no permite ni las huelgas políticas ni las de solidaridad.

8.2. Acuerdo de huelga (inciso b)

El acuerdo de huelga debe adoptarse según lo disponen los estatutos y, en todo caso, debe contar con la participación mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito. Asimismo, es obligatorio el refrendo de la asamblea de huelga por parte de un notario público o, en su ausencia, por el juez de paz de la localidad (inciso b del artículo 73 del TUOLRCT).

La organización sindical declara la huelga en la forma dispuesta por sus estatutos, decisión que debe ser adoptada, como mínimo, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea (artículo 62 del Reglamento, sustituido por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 024-2007-TR).

El TUOLRCT ha procurado democratizar la votación para decidir la huelga. Así, ha previsto que esta sea refrendada por un notario público o, a falta de este, por el juez de paz de la localidad. Con esta ratificación se busca garantizar la transparencia de la decisión del ejercicio del derecho de huelga.

En un primer momento, el refrendo notarial fue interpretado como un requerimiento para que el notario se encuentre presente en la asamblea durante la votación; posteriormente, la Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento especificó que dicho refrendo debía

entenderse como la legalización del acta, y que el notario o juez de paz de la localidad con su firma da fe del documento final, es decir, certifica que la copia del acta de la asamblea sea fidedigna con respecto a su original, mas no de su contenido.

8.3. Comunicación al empleador y a la Autoridad de Trabajo (inciso c)

La declaración de huelga debe informarse con al menos cinco (5) días útiles de antelación al empleador y a la AAT. En caso se trate de servicios públicos esenciales, se debe informar con diez (10) días útiles de antelación. Esta comunicación debe ir acompañada de la copia del acta de votación (inciso c del artículo 73 del TUOLRCT).

Cabe precisar que el cómputo del plazo se efectúa excluyendo el día en que el empleador y la Autoridad de Trabajo fueron notificados de la declaratoria de huelga y el día de inicio de la paralización.

Esta comunicación tiene dos finalidades: se comunica a la AAT para que esta se pronuncie sobre la procedencia o no de la declaración de la huelga; por otro lado, se comunica al empleador, en primer lugar, para darle un tiempo prudencial a fin de que tome las precauciones para el establecimiento de los servicios mínimos y, en segundo lugar, para presionarlo a fin de que busque una solución antes de que inicie la huelga.

La AAT puede declarar improcedente la declaratoria de huelga, indicando con precisión el o los requisitos omitidos (artículo 69 del Reglamento).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República (2021) ha establecido como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

1. La huelga materializada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo, en forma previa declaró su improcedencia, acarrea la correspondiente responsabilidad disciplinaria para sus autores por los días de inasistencia al trabajo.

2. La huelga realizada a pesar que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha declarado su ilegalidad, solo acarrea responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencia al trabajo; siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante cartelón o medio análogo colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de labores bajo fe notarial o a falta de notario, bajo constatación policial. Los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento (octavo considerando).

La comunicación de huelga debe especificar su ámbito, el motivo que la origina, su duración y el día y la hora fijados para su iniciación (artículo 65 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo n.º 003-2017-TR).

8.4. No sometimiento a arbitraje en caso de huelga (inciso d)

Cuando las huelgas se realizan dentro de una negociación colectiva, resulta coherente que si ambas partes han acordado solucionar sus diferencias por medio del arbitraje (inciso d del artículo 73 del TUOLRCT), no recurran a la huelga para obtener el mismo resultado; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el sometimiento a arbitraje no constituye un impedimento para el ejercicio del derecho de huelga.

Antes de tomar la decisión de ejercer el derecho de huelga, debe haberse agotado la negociación directa entre las partes, es decir, que estas hayan realizado los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo sin que se logre (artículo 75 del TUOLRCT).

La intención de la norma es que, a través del trato directo o utilizando los medios alternativos de resolución de conflictos, se consigan soluciones antes de recurrir al ejercicio de la huelga los trabajadores.

8.5. Adjuntar nómina de trabajadores que deben continuar laborando cuando corresponda (inciso c del artículo 65 del Reglamento)

En cuanto a los servicios esenciales y el caso previsto en el artículo 68 del TUOLRCT, se debe acompañar la nómina de trabajadores que deben seguir laborando debido a su función necesaria en la empresa. Este personal puede ser no sindicalizado o no huelguista, pues los servicios esenciales que realizan se mantienen no solo porque es necesario tutelar el centro de trabajo, sino también por la seguridad de las personas y los bienes.

9. CALIFICACIÓN DE LA HUELGA

En el Perú, la calificación de la huelga se encuentra a cargo de la AAT; sin embargo, el CLS considera que toda calificación de ilegalidad de la huelga debería encargarse a una autoridad independiente e imparcial, como el Poder Judicial (OIT, 2018, pp. 174-175).

El artículo 74 del TUOLRCT precisa que dentro de los tres (3) días útiles de recibida la comunicación deberá pronunciarse sobre su improcedencia cuando no cumpla los requisitos previstos en el artículo 73 de la misma norma legal.

La Corte IDH (2021) también considera que el órgano encargado de calificar la ilegalidad de una huelga es el Poder Judicial y no un órgano administrativo (fundamento 101).

La resolución calificatoria que se emita es apelable dentro del tercer día de notificada a la parte. La resolución en segunda instancia deberá ser emitida dentro del plazo de dos (2) días luego de recibidos los autos, bajo responsabilidad.

De acuerdo con el artículo 4 del Decreto Supremo n.º 017-2012-TR, procede el recurso de revisión ante la Dirección General de Trabajo y Promoción del Empleo contra lo resuelto en segunda instancia

por las direcciones o gerencias regionales de trabajo y promoción del empleo, en los procedimientos sobre declaratoria de improcedencia o ilegalidad de la huelga, según lo previsto en el literal b del artículo 4 del Decreto Supremo n.º 004-2014-TR. Esta resolución constituye la última instancia administrativa.

En cuanto al resultado de la calificación de la huelga, se advierten dos situaciones:

- a) Si la declaratoria de huelga fuera declarada improcedente, la AAT deberá expedir una resolución en la cual indique con precisión el o los requisitos omitidos (artículo 69 del Reglamento).
- b) Si, por el contrario, cumpliera con todos los requisitos legales de fondo y forma que establece la ley, la AAT solo tendrá presente la comunicación que le ha sido cursada sin expedir resolución alguna.

10. ÁMBITO DE LA HUELGA

El ámbito de la huelga comprende tres niveles:

- a) A nivel de empresa. Abarca a la totalidad de una empresa o una parte de ella (secciones o categorías de trabajadores).
- b) A una rama de actividad. La convocatoria de huelga puede ser por parte de un sindicato de rama de actividad, una federación de ese ámbito o los trabajadores de esa rama.
- c) A un gremio. La huelga afecta a varias empresas en las que laboran los trabajadores de ese gremio.

En cuanto a la duración, según el artículo 76 del TUOLRCT, si no se indica en la comunicación de la declaración de huelga, se debe entender que esta es por tiempo indefinido, puesto que su mención no es un requisito esencial.

11. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE HUELGA

La huelga se realiza cuando se cumplen los requisitos previstos en el artículo 73 del TUOLRCT y produce los efectos siguientes:

11.1. Abstención total de labores (inciso a del artículo 77 del TUOLRCT)

La paralización de las actividades en el ámbito donde se ejerce la huelga resulta coherente con el respeto a la decisión adoptada mayoritariamente de acatarla. Del mismo modo, dicha paralización se relaciona de modo directo con el ejercicio del derecho de huelga. El Estado debe garantizar tanto el ejercicio de la huelga como su finalidad.

Todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar y, por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para desarrollar las actividades de los trabajadores en huelga (artículo 70 del Reglamento).

Al respecto, el numeral 25.9 del artículo 25 del Decreto Supremo n.º 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo n.º 019-2007-TR, establece que, en materia de relaciones laborales, el empleador que realice actos que impidan el ejercicio del derecho de huelga incurre en infracción muy grave. Uno de estos actos puede ser la sustitución de trabajadores que se encuentran en huelga, ya sea bajo contratación directa, a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios.

La Corte Suprema de Justicia de la República (2016a) ha considerado como prohibida toda medida del empleador que tienda a reducir o eliminar los efectos de la huelga y ha proscrito el esquirolaje tanto interno como externo (novenno considerando).

Cabe precisar que la abstención no procede con el personal indispensable para la empresa, según lo refiere el artículo 78 del

TUOLRCT; tampoco con el personal de dirección y de confianza debidamente calificado, de conformidad con el TUOLPCL; así como con el personal encargado de los servicios públicos esenciales que garantizan la continuidad del servicio.

11.2. Suspensión de los efectos del contrato de trabajo (inciso b del artículo 77 del TUOLRCT)

Durante la huelga se suspende el contrato de trabajo; en consecuencia, no existe prestación de servicios por parte del trabajador, lo que origina que tampoco exista obligación por parte del empleador de abonar remuneraciones. Ello al margen de si las partes llegan a un acuerdo para la recuperación de los días no laborados y su pago.

Durante este período de huelga queda suspendido el poder de dirección del empleador, esto es, no puede amonestar ni sancionar a ningún trabajador que acate la huelga.

Sobre el efecto suspensivo respecto de la relación laboral que tiene la huelga, la Corte Suprema de Justicia de la República (2021), en su considerando octavo, establece la doctrina jurisprudencial siguiente:

El ejercicio del derecho de huelga constituye una suspensión perfecta del contrato de trabajo, por lo tanto, durante el período de paralización de labores no existe obligación por parte del trabajador de prestar servicios ni del empleador de abonar remuneraciones.

En cuanto al descuento de los salarios de los trabajadores en huelga, el CLS considera que tal medida no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de libertad sindical; asimismo, estima que la imposición del pago de salarios cuando se declara que la huelga es responsabilidad del empleador es una medida gravosa que plantea problemas de conformidad con los principios de libertad sindical (OIT, 2018, pp. 180-181).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2009d) sostiene lo siguiente:

2. [...] el artículo 77° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, establece que la huelga declarada conforme lo dispuesto por el artículo 73 tiene el efecto de suspender todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral (fundamento 2).

11.3. Prohibición del retiro de bienes y materias primas por el empleador (inciso c del artículo 77 del TUOLRCT)

La huelga es una medida con la que se presiona al empleador a fin de que este reconozca determinados beneficios a favor de los trabajadores. Es por ello que se ha establecido que mientras la huelga dure, no se podrá extraer ningún bien que sea propiedad de la empresa, con el fin de salvaguardar el patrimonio que respalde el pago de los beneficios de los trabajadores.

El inciso 25.9 del artículo 25 del Decreto Supremo n.º 019-2006-TR, modificado por el Decreto Supremo n.º 019-2007-TR, tipifica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la AAT.

11.4. Respeto a la antigüedad en el trabajo (inciso d del artículo 77 del TUOLRCT)

La suspensión de labores no significa que se dé por resuelto el contrato de trabajo. Por este motivo, la legislación laboral contempla casos específicos en que persiste la antigüedad a pesar de la huelga, así tenemos los siguientes:

- a) Son computables como días de trabajo efectivo para efectos de la compensación por tiempo de servicios (CTS) los días de huelga, siempre que esta no haya sido declarada improcedente o ilegal (literal d del artículo 8 del TUO del Decreto Legislativo n.º 650, aprobado por el Decreto Supremo n.º 001-97-TR).

- b) En el récord vacacional, los días de huelga son considerados como días efectivos de trabajo, a menos que la huelga haya sido declarada improcedente o ilegal (literal i del artículo 12 del Decreto Legislativo n.º 713).

12. EXCEPCIÓN A LA SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES

De conformidad con el artículo 78 del TUOLRCT quedan exceptuadas de la suspensión de actividades las labores indispensables para la empresa, es decir, aquellas funciones que por su naturaleza tengan tal importancia que su interrupción generaría una situación de peligro para las personas, la seguridad o la conservación de los bienes de la empresa o que impida la reanudación inmediata de sus actividades una vez finalizada la huelga.

Con esta excepción se garantiza la preservación del centro de trabajo, a fin de que, cuando termine la huelga, la situación interna se normalice y se prosiga con el quehacer cotidiano; por lo tanto, las labores a realizar deben estar encaminadas al desarrollo exclusivo de actividades de mantenimiento y seguridad que impidan el cierre de la empresa.

Para estos efectos, el empleador comunicará a los trabajadores o, si fuese el caso, a las organizaciones sindicales y a la AAT el número y la ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales, los horarios y turnos, así como la periodicidad en la que se deben efectuar los reemplazos.

Es importante señalar que las garantías del servicio mínimo no son de exclusividad de las empresas que brindan servicios esenciales, sino también de aquellas donde sea necesaria la adopción de medidas de mantenimiento y seguridad.

13. HUELGA PACÍFICA

La huelga debe desarrollarse de forma pacífica, sin que medie el uso de algún tipo de violencia sobre las personas o los bienes (artículo 79 del TUOLRCT). Si los huelguistas incurren en actos de violencia, ello puede implicar las responsabilidades siguientes:

- a) Que sean sancionados con el despido por la comisión de las faltas graves previstas en los incisos f y g del artículo 25 del TUOLPCL.
- b) Que sean denunciados penalmente por los delitos previstos en los artículos 121, 122 y 205 del Código Penal.

14. REQUERIMIENTO DE RATIFICACIÓN DE LA CONTINUACIÓN DE LA HUELGA

Como ya se ha expresado, la huelga es un derecho de los trabajadores. En este sentido, ellos pueden pedir su suspensión en el momento que lo consideren pertinente. Al respecto, el artículo 80 del TUOLRCT señala que para que se haga efectiva la suspensión debe ser esta solicitada por, al menos, la quinta parte de los trabajadores afectados. Asimismo, la ratificación de la continuación de la huelga deberá cumplir los mismos requisitos que su declaratoria.

15. MODALIDADES DE HUELGA PROHIBIDAS

En la visión clásica del derecho de huelga no hay lugar para las medidas de fuerza que no impliquen la abstención total en la prestación de los servicios. El artículo 81 del TUOLRCT señala que se encuentran prohibidas las modalidades irregulares de paralización de labores siguientes:

15.1. Paralización intempestiva

Consiste en la interrupción total o parcial de labores sin haber cursado comunicación alguna al empleador. Cuando estas paralizaciones intempestivas son reiteradas constituyen falta grave causal de despido (inciso a del artículo 25 del TUOLPCL).

15.2. Paralización de zonas o secciones neurálgicas

Consiste en la paralización de zonas o secciones cuyo funcionamiento es fundamental para el desarrollo del proceso productivo. Esta paralización afectará a gran parte o a la totalidad de la empresa.

15.3. Trabajo a desgano

Consiste en la disminución intencional del ritmo de trabajo, así como su realización descuidada con la finalidad de laborar lo menos posible, pero sin incurrir en un cese total de las actividades.

15.4. Trabajo a ritmo lento

Consiste en laborar a una velocidad por debajo de los estándares preestablecidos, pero sin paralizar las actividades.

15.5. Trabajo a reglamento

Consiste en el cumplimiento exacto y riguroso de la forma en que se ha establecido el desarrollo de las actividades, lo que origina una lentitud en la forma como se ejecutan las labores, con el perjuicio correspondiente.

15.6. Otras formas

Están prohibidas otras formas de paralización en las cuales los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo o que obstruyan el ingreso a este.

El fundamento de prohibir estas formas de huelga radica en el hecho de que esta es una medida de presión cuyo objetivo es afectar

los intereses del empleador, pero que, a la vez, implica un sacrificio de parte de los trabajadores en la medida que el tiempo que dure la paralización no genera pago de remuneraciones.

A tal efecto, las modalidades irregulares no quedan amparadas por la ley, pues implican un daño para el empleador sin que haya el correspondiente desmedro en los haberes de los trabajadores.

Respecto a las modalidades de huelga prohibidas por la legislación peruana (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro de trabajo), el CLS consideró que tales limitaciones solo se justifican en los casos en que la huelga deja de ser pacífica (OIT, 2018, p. 150).

16. LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

Son actividades a cargo de entidades públicas o privadas a través de las cuales se persigue satisfacer necesidades de interés general de la población en forma regular y continua.

Según el CLS, el concepto de servicios esenciales depende de las condiciones propias de cada país; es decir, no es un concepto absoluto, pues un servicio no esencial puede convertirse en esencial cuando la duración de la huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población (OIT, 2018, p. 159).

De acuerdo con el artículo 83 del TUOLRCT, los servicios públicos esenciales son aquellos relacionados con la sanidad y salubridad; limpieza y saneamiento; electricidad, agua y desagüe, gas y combustible; sepelio, inhumaciones y necropsias; establecimientos penales; comunicaciones y telecomunicaciones; transporte; aquellos que tengan naturaleza estratégica o que se vinculen con la defensa y la seguridad nacional; con la administración de justicia por declaración de la

Corte Suprema de Justicia de la República; entre otros que hayan sido determinados por la ley.

Entre los casos en que por normas especiales se han declarado determinadas actividades como servicios públicos esenciales tenemos los siguientes:

- a) La Ley n.º 28988, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 21 de marzo de 2007, cuyo artículo 1 ha declarado la educación básica regular como servicio público esencial, habiendo el Tribunal Constitucional (2009a) confirmado que dicha norma es acorde con la Constitución (fundamentos 21, 22 y 23).
- b) En el Decreto Legislativo n.º 1280, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 29 de diciembre de 2016, el numeral 2 del artículo III de su título preliminar declara que los servicios de saneamiento son servicios públicos esenciales por su impacto en la salud de la población, el ambiente y el desarrollo económico sustentable.
- c) Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, mediante la Resolución de Sala Plena n.º 006-2003-SP-CS, del 30 de octubre de 2003, ha declarado como servicio público esencial a la administración de justicia.
- d) La Corte IDH (2021) admite que pueda limitarse el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores que brinden servicios esenciales, considerando dentro de estos a aquellos cuya interrupción conlleve una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población (fundamento 103).

17. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

Como ya se ha explicado, los servicios públicos esenciales son aquellos que de ser paralizados total o parcialmente se podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de una población.

En nuestro país no está prohibida la huelga en los servicios públicos esenciales, sino que su ejercicio se restringe a garantizar el cumplimiento de actividades indispensables. Por ello, corresponde a los trabajadores en conflicto asegurar la permanencia del personal necesario que impida la interrupción total de dichos servicios y asegure su continuidad y las actividades que así lo exijan (TUOLRCT, artículo 82, primer párrafo).

Sobre la comunicación de los servicios mínimos o indispensables, que se refieren en el artículo 78 del TUOLRCT en caso de huelga (artículo 67 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR), se establece que para cumplir lo dispuesto en el artículo 82 del referido cuerpo legal, anualmente y durante el primer trimestre, las empresas deben comunicar a los trabajadores o a las organizaciones sindicales que los representan, así como a la AAT, el número y la ocupación de los trabajadores que sean necesarios para mantener el funcionamiento del servicio, los horarios y los turnos que deben cumplir, así como la periodicidad de los respectivos reemplazos (segundo párrafo del artículo 82 del TUOLRCT).

El objetivo de esta comunicación es que los trabajadores o la organización sindical que los representa cumplan con proporcionar la nómina respectiva para cuando se produzca la huelga. Debe tenerse en cuenta que los trabajadores que sin causa justificada incumplan con el servicio pueden ser sancionados de acuerdo con la ley (artículo 82 del TUOLRCT).

En los casos en que exista divergencia sobre los servicios mínimos, corresponde a la AAT resolver conforme al procedimiento respectivo (artículo 68 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).

Actualmente, no se considera falta grave el hecho de que los trabajadores incumplan con el servicio sin que den alguna justificación. Únicamente se establece que se les sancionará con arreglo a ley. Esto

quiere decir que se les puede aplicar otras medidas disciplinarias diferentes al despido, como la amonestación o la suspensión sin goce de remuneraciones.

Respecto a los servicios públicos esenciales, el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 15 de setiembre de 2018, ha modificado los artículos 67 y 68 del Reglamento, en relación con la comunicación de los servicios mínimos en caso de huelga y con el procedimiento de divergencia.

La cantidad de trabajadores por puestos, los horarios, los turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deben realizarse los servicios mínimos deberán estar contenidos en el informe técnico justificatorio.

Tratándose de servicios públicos esenciales, la justificación mencionada debe estar relacionada con la preservación de la seguridad, la salud, la vida o la preservación de las condiciones normales de existencia de toda o una parte de la población. Si se tratase de labores indispensables, la justificación debe estar relacionada con la seguridad de las personas y de los bienes o el impedimento de reanudación inmediata de actividades luego de concluida la huelga.

Si el empleador no presenta en el plazo debido el listado de servicios mínimos y el informe técnico antes comentado, corresponde a la AAT tomar en cuenta el orden de prelación siguiente:

- a) Acuerdo de partes o resolución de divergencia inmediata anterior.
- b) Última comunicación de servicios mínimos del empleador según el informe técnico correspondiente.

En cuanto a los servicios públicos esenciales, se admite la presentación extemporánea de la comunicación del empleador siempre y cuando no sea posterior a una comunicación de huelga. Si ocurre primero esta comunicación, se aplicará lo señalado en el párrafo anterior.

17.1. El procedimiento de divergencia

La divergencia es un procedimiento administrativo que tiene como finalidad obtener un pronunciamiento de la AAT sobre el cuestionamiento, por parte de los trabajadores o de la organización sindical, a la comunicación de servicios mínimos realizada por el empleador y al sustento técnico respectivo (numeral 9.1 del artículo 9 de la Resolución Ministerial n.º 048-2019-TR).

El procedimiento de divergencia se encuentra regulado por los artículos 68, 68-A y 68-B del Reglamento, modificados e incorporados por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR, así como por la Resolución Ministerial n.º 048-2019-TR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 9 de febrero de 2019, que aprobó las Normas Complementarias al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 011-92-TR. Además de regular el procedimiento de divergencia, estos documentos legales reglamentan la comunicación de servicios mínimos, las características técnicas y los honorarios referenciales del órgano independiente encargado de la divergencia, así como el formato referencial de comunicación de servicios mínimos.

El procedimiento es el siguiente:

- a) Dentro de los treinta (30) días naturales de que se hayan comunicado los servicios mínimos por parte del empleador, los trabajadores o la organización sindical deben presentar a la AAT un informe en el que se encuentren consignadas sus observaciones justificadas respecto al número de trabajadores, puestos, horarios, turnos, periodicidad u oportunidad de inicio que haya comunicado la empresa o entidad (artículo 68 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).
- b) La no presentación de la divergencia en el plazo señalado supone la aceptación tácita de lo comunicado por el empleador, salvo

que este no haya comunicado el listado de servicios mínimos junto con el informe técnico respectivo. Esta aceptación tácita no surte efectos más allá del período correspondiente (artículo 68 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).

- c) La AAT, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, designa a un órgano independiente cuya función es determinar los servicios mínimos. Lo que se decida será asumido como propio por la AAT, a fin de resolver la divergencia.
- d) En un plazo máximo de diez (10) días hábiles, luego de que se le haya notificado, el órgano independiente debe comunicar si acepta o no la designación. Si no hay respuesta luego de ese plazo, la AAT, por única vez, designa a otro órgano o resuelve la divergencia (artículo 68-A del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).
- e) Si el órgano independiente acepta la designación, deberá resolver la divergencia en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles. Vencido este plazo, si no hay una respuesta expresa, cualquiera de las partes puede solicitar a la AAT que resuelva la divergencia (artículo 68-A del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).
- f) Las partes deben facilitar al órgano independiente o a la AAT la información que requieran; asimismo, deben permitir el ingreso a sus instalaciones. Si el empleador se niega a otorgar las facilidades señaladas, el órgano independiente o la AAT pueden efectuar presunciones en contra de la postura del empleador (artículo 68-A del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).
- g) Una vez que el órgano independiente entrega el informe técnico final a la AAT, esta debe emitir la resolución que resuelva la

- divergencia dentro de un plazo máximo de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad (artículo 15 de la Resolución Ministerial n.º 048-2019-TR).
- h) La AAT resuelve con base en el informe técnico presentado por el empleador y las observaciones o los informes entregados por los trabajadores o la organización sindical. Si en caso lo requiriese, puede solicitar el apoyo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo o de otras entidades (artículo 68-A del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).
 - i) La AAT, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, debe trasladar el recurso al órgano independiente cuando las observaciones estén referidas al sustento técnico (artículo 68 del Reglamento, modificado por el Decreto Supremo n.º 009-2018-TR).
 - j) La AAT deberá resolver en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados a partir de que se le remite dicha solicitud. Esta disposición se refiere al cómputo del plazo luego de recibida la solicitud de avocamiento formulada por cualquiera de las partes, cuando en segunda designación el órgano independiente manifiesta su negativa o no responde dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados desde que se le comunicó la referida designación (artículo 17 de la Resolución Ministerial n.º 048-2019-TR).
 - k) La ADT deberá emitir su auto de avocamiento en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles luego de recibida la solicitud, bajo responsabilidad. Este plazo se computa desde el día siguiente en el que se recibe la solicitud de parte para la resolución directa de la divergencia (artículo 16, numeral 16.3, de la Resolución Ministerial n.º 048-2019-TR).
 - l) Las partes pueden interponer recurso de apelación contra la resolución que resuelva la divergencia, para lo cual tienen un plazo máximo de quince (15) días hábiles a partir de que se les haya notificado la resolución.

En caso de huelga, hasta que la divergencia no sea resuelta, se consideran los acuerdos previos sobre servicios mínimos o la resolución de una divergencia anterior en los aspectos que no hayan variado sustancialmente. Si, por último, faltasen dichos criterios, surtirá efecto la declaración realizada por el empleador según lo establecido en su informe técnico.

18. LA ILEGALIDAD DE LA HUELGA

El tema de la ilegalidad de la huelga está referido a si ha sido ejercitada con arreglo al ordenamiento legal. Cuando se materializa una huelga, esta debe cumplir con ciertas obligaciones previstas en la ley, cuya infracción origina su ilegalidad. Debe quedar claro que ya no se trata de cumplir requisitos formales, como ocurre en la declaratoria de improcedencia, sino de respetar las prohibiciones impuestas legalmente. Se puede dar el caso de que una huelga que haya sido legal en sus orígenes incurra en causal de ilegalidad.

El artículo 84 del TUOLRCT establece como supuestos por los cuales la huelga puede ser declarada ilegal los siguientes:

- a) Si se materializa pese a que fue declarada improcedente.
- b) Por haberse producido violencia sobre bienes o personas.
- c) Porque se ha incurrido en alguna de las modalidades previstas en el artículo 81.
- d) Porque los trabajadores no han cumplido con lo dispuesto en los artículos 78 y 82.
- e) Por no ser levantada después de que se haya notificado el laudo o la resolución definitiva que supone el término de la controversia.

La AAT es la encargada de emitir la resolución que declara ilegal la huelga si es que fuera el caso. Esta resolución debe ser de oficio o a pedido de parte, dentro de los dos (2) días de producidos los hechos;

asimismo, puede ser impugnada. La resolución de segunda instancia deberá ser emitida dentro del plazo máximo de dos (2) días (último párrafo del artículo 84 del TUOLRCT).

En este sentido, la huelga se considera legal cuando su declaratoria cumpla con los requisitos legales de fondo y forma establecidos por la ley. Si así fuese el caso, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar y, por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para efectuar las actividades de los trabajadores en huelga. La abstención no alcanza al personal indispensable para la empresa referido en el artículo 78 del TUOLRCT, ni al personal de dirección y de confianza, debidamente calificado como tal, así como el personal de los servicios públicos esenciales que debe garantizar la continuidad del servicio (artículo 70 del Reglamento). Finalmente, si la huelga es legal, no es necesario que se expida resolución alguna que así lo declare.

19. TÉRMINO DE LA HUELGA

La huelga culmina por los siguientes casos:

19.1. El acuerdo de partes

Resulta evidente que si las partes así lo acuerdan, pueden dar por terminada la huelga.

19.2. La decisión de los trabajadores

La huelga, como se sabe, es un derecho de la colectividad de los trabajadores. Por esta razón, son ellos quienes como titulares de dicho derecho pueden dar término a su ejercicio cuando lo consideren conveniente.

Si los trabajadores deciden levantar la huelga, deberán comunicar esta decisión al empleador y a la AAT, por lo menos con veinticuatro (24) horas de anticipación (artículo 72 del Reglamento).

19.3. Por resolución administrativa

En el artículo 68 del TUOLRCT se mencionan los supuestos en los que el Poder Ejecutivo puede intervenir para dar por terminada una huelga. Para estos casos, debido a la trascendencia de la decisión, deberá dictarse una resolución suprema, que será rubricada por el presidente de la República y firmada por el ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

19.4. Declaratoria de ilegalidad

La huelga puede ser declarada ilegal por la AAT cuando se presenten los supuestos establecidos en el artículo 84 del TUOLRCT. En estos casos deberá terminar la huelga, de lo contrario, los trabajadores que persistan en ella incurrirán en falta disciplinaria sancionable por el empleador.

La AAT es la responsable de declarar la ilegalidad de la huelga mediante una resolución consentida o ejecutoriada. Una vez comunicada la resolución, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente de que el empleador haya efectuado el requerimiento colectivo de aquellos mediante un cartelón ubicado en un lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial o del juez de paz, y a falta de estos, bajo constancia policial (primer párrafo del artículo 73 del Reglamento).

La resolución queda consentida a partir del vencimiento del plazo de apelación de la resolución de primera instancia, sin que esta se haya producido (segundo párrafo del artículo 73 del Reglamento).

La resolución dictada en segunda y última instancia causa ejecutoria desde el día siguiente a la fecha de su notificación (tercer párrafo del artículo 73 del Reglamento).

20. SANCIONES A LOS HUELGUISTAS

En principio, la facultad patronal de sancionar a los trabajadores que materializan una huelga improcedente o que continúan con la medida a pesar de que se haya declarado ilegal ha sido restringida por la legislación y las interpretaciones de la AAT; sin embargo, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como la del Tribunal Constitucional han sido de distinto parecer.

En el caso de los trabajadores que materialicen una huelga pese a que esta haya sido declarada improcedente por la AAT, la Corte Suprema de Justicia de la República (2021) ha establecido el criterio de que dichos trabajadores incurren en responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencia al trabajo, pero la sanción que debe aplicarse no puede ser el despido.

En el caso de los trabajadores que participen de una huelga declarada ilegal por la AAT, de conformidad con el artículo 39 del Decreto Supremo n.º 001-96-TR, estos incurren en responsabilidad disciplinaria por los días de inasistencias al trabajo. Ello procede así siempre y cuando el empleador haya emplazado colectivamente a los trabajadores mediante un cartelón u otro medio análogo colocado en un lugar visible de la puerta principal del centro de labores, bajo fe notarial; si no hubiese notario, deberá ser bajo constatación policial, siempre y cuando la resolución que declara ilegal la huelga haya quedado consentida o ejecutoriada.

Los días de inasistencias injustificadas se computan desde el día siguiente del emplazamiento patronal.

21. CONCLUSIONES

Primera. La huelga es la paralización colectiva y concertada de labores que se ejerce en forma pacífica con abandono del centro de trabajo, y que origina una suspensión perfecta de la relación laboral.

Segunda. El derecho de huelga no ha sido objeto de regulación expresa por los convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); sin embargo, teniendo en cuenta que su origen se cimienta en el derecho a la libertad sindical, es considerado por la OIT como un derecho derivado del Convenio n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948.

Tercera. La huelga es un derecho que tiene reconocimiento constitucional, pero que se ejerce en armonía con el interés social y que no es promovido por el Estado, como sí ocurre con el derecho de negociación colectiva.

Cuarta. La huelga en los servicios públicos a cargo de entidades públicas o privadas se encuentra sujeta a restricciones, cuando su ejecución pone en riesgo la vida, la seguridad o la salud de una parte o del conjunto de la población.

Quinta. Los trabajadores que participen de una huelga declarada improcedente o ilegal pueden ser sancionados por el empleador con amonestación o suspensión sin goce de remuneraciones, pero no con despido por la paralización en que han incurrido.

REFERENCIAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2021). Opinión Consultiva OC-27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. San José: 5 de mayo de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp1.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016a). Casación Laboral n.º 3480-2014 Lima. Lima: 24 de octubre de 2016. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/06/Casaci%C3%B3n-3480-2014-Lima-Legis.pe_.pdf

- Corte Suprema de Justicia de la República (2016b). Casación Laboral n.º 5333-2016 Loreto. Lima: 30 de diciembre de 2016. <https://lpderecho.pe/actos-violencia-huelgas-sancionados-despido-trabajador/>
- Corte Suprema de Justicia de la República (2021). Casación Laboral n.º 22596-2018 Lambayeque. Lima: 9 de setiembre de 2021. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Casacion-laboral-22596-2018-Lambayeque-LPDerecho.pdf>
- Gernigón, B., Odero, A. y Guido, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/publications/WCMS_087989/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. OIT. https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/freedom-of-association/WCMS_635185/lang--es/index.htm
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente n.º 008-2005-PI/TC. Lima: 12 de agosto de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- Tribunal Constitucional (2006). Expediente n.º 3311-2005-PA/TC. Lima: 5 de enero de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2009a). Expediente n.º 00008-2008-PI/TC. Lima: 22 de abril de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html>
- Tribunal Constitucional (2009b). Expediente n.º 00026-2007-PI/TC. Lima: 28 de abril de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00026-2007-AI.html>

- Tribunal Constitucional (2009c). Expediente n.º 00005-2008-PI/TC.
Lima: 4 de setiembre de 2009. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00005-2008-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional (2009d). Expediente n.º 02316-2009-PA/TC.
Lima: 24 de setiembre de 2009. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02316-2009-AA.html>
- Tribunal Constitucional (2011). Expediente n.º 06053-2009-PA/TC.
Lima: 11 de julio de 2011. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/06053-2009-AA.pdf>



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 51-68

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.602

ESPAÑA APUESTA POR TRANSICIONES SOSTENIBLES: EL MECANISMO RED EN LA REFORMA LABORAL DE 2021-2022

SPAIN BETS ON SUSTAINABLE TRANSITIONS: THE RED MECHANISM IN 2021-2022 LABOR REFORM

STEFANO BINI

Universidad de Córdoba

(Córdoba, España)

Contacto: sbini@uco.es

<https://orcid.org/0000-0003-2268-3335>

RESUMEN

El artículo propone un estudio crítico sobre un perfil específico de la reforma laboral, recientemente introducida en el ordenamiento jurídico español: el Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, instrumento innovador para la gestión inclusiva de las transiciones profesionales. Asimismo, se presta especial atención al papel clave de la formación y de la recualificación de las personas que trabajan.

Palabras clave: España; reforma laboral; formación profesional; transición; inclusión; Mecanismo RED.

ABSTRACT

The article proposes a critical study on the specific profile of the labor reform recently introduced in the Spanish legal order: the RED Mechanism of employment flexibility and stabilization, an innovative instrument for the management of professional transitions. Furthermore, special attention is given to the key role of the formation and requalification of those persons who work.

Key words: Spain; labor reform; professional training; transition; inclusion, RED Mechanism.

Recibido: 07/06/2022 Aceptado: 17/06/2022

1. INTRODUCCIÓN

A finales del 2021, el ordenamiento jurídico español conoció una importante reforma laboral que, como ha sido destacado en la doctrina, «pretende ubicarse en la categoría de las grandes reformas acometidas en nuestra normativa laboral desde la instauración de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales» (Cruz, 2022b, p. 11).

Se trata, de hecho, de una intervención significativa por su contenido y su método. Efectivamente, el Real Decreto-Ley 32/2021, del 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante RDL 32/2021), además de ser importante por sus líneas de intervención, adquiere relevancia por ser fruto de un diálogo social que ha visto a las partes sociales protagonistas en un virtuoso camino de participación.

Al respecto, el presente estudio propone una reflexión centrada en un perfil específico de la reforma: el Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, y dedica especial atención a su modalidad

sectorial. Se trata de una herramienta diseñada con la finalidad de permitir el acompañamiento de las empresas en procesos de transición, de modo que se favorezca el mantenimiento del empleo, a través de una importante apuesta por la recalificación —y, en general, la formación— profesional de las trabajadoras y los trabajadores de los sectores más significativamente afectados por las transformaciones contemporáneas (en particular, la transformación digital).

La introducción en el ordenamiento jurídico español de tal instrumento parece representar una contribución importante, en consideración, sobre todo, del impacto virtuoso que puede producir en términos de disminución de los efectos negativos de la digitalización de los modelos productivos. Se hace aquí referencia a la reducción de empleo que —como es sabido— constituye una de las grandes cuestiones que la *digital transformation* origina (*ex plurimis*, Kaplan, 2021).

Pues bien, el Mecanismo RED, en particular en su modalidad sectorial, pretende perseguir precisamente una finalidad de acompañamiento social en las transiciones digitales de los modelos productivos, que generen la necesidad de reconversión y transiciones ocupacionales. Representa, de alguna manera, una medida de «transformación» de la incidencia cuantitativa de la digitalización en una dimensión cualitativa virtuosa y sostenible.

Como se dirá más adelante, la vía maestra elegida por el legislador español es la de la formación profesional y de la recualificación del sistema de competencias de las personas que trabajan, reconociendo a estas últimas como verdaderas protagonistas de los cambios históricos y paradigmáticos.

En esa línea, en el presente trabajo se propone un análisis crítico de la reciente reforma laboral española con especial atención a la institución jurídica del Mecanismo RED, en su modalidad sectorial. De este modo, se desarrolla un razonamiento destinado a comprobar la hipótesis que identifica en la formación profesional la línea

estratégica fundamental para la consecución de una real actuación del modelo teórico denominado «*industry 5.0*», de reciente elaboración en el marco europeo, que es una construcción que revisa la relación persona-máquina, en una óptica humano-céntrica, como parte fundamental de una visión de Europa en transformación.

2. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS CLAVE DE LA REFORMA LABORAL 2021-2022

Antes de empezar con el análisis crítico del llamado Mecanismo RED, parece oportuno contextualizar este aspecto de la reciente intervención normativa, dentro de su marco normativo de referencia, a través de una breve introducción a la reforma laboral 2021-2022.

Efectivamente, esta última representa —a nivel no solo nacional sino internacional— una aportación importante, que mira al futuro y a la sostenibilidad de las transiciones en los procesos productivos y sociales, a través de cambios estructurales en el ordenamiento laboral español.

En otras palabras, se trata de una reforma particularmente significativa debido a sus líneas de intervención, pero también lo es desde un punto de vista eminentemente metodológico. Representa —como se ha anticipado— el fruto de un acuerdo de diálogo con los agentes sociales protagonistas de un camino reformador marcadamente sistemático, como refiere Sordo (2022): «el acuerdo se sitúa en la lógica diametralmente opuesta a las tendencias de las últimas reformas laborales, y además se hace por consenso tripartito» (p. 129). Ello ha sido muy oportunamente puesto a la luz en la doctrina, como señala Ballester (2022): «el RDL 32/2021 tiene como objetivo superar la perspectiva puntual y asistemática que ha caracterizado las reformas de lucha contra la precariedad a lo largo de los años» (p. 19).

En efecto, el contraste con la precariedad representa de alguna manera el objetivo fundamental de la reforma, que intenta contener el dramático problema de la temporalidad introduciendo una presunción de la naturaleza indefinida de los contratos, rediseñando los contratos temporales y formativos, y potenciando la figura del contrato fijo discontinuo. Como ha sido destacado en la doctrina, en la base de la reforma hay una «idea fuerza» representada por la idea de buscar un «cambio de lógica y un reforzamiento de la excepcionalidad de la contratación temporal» (Costa, 2022, p. 43).

Asimismo, esta línea de intervención se enlaza con otras: en el ámbito de la subcontratación de servicios, con la intención de garantizar eficazmente los derechos de las trabajadoras y los trabajadores; en el sector de la negociación colectiva, vuelve a recuperar un papel fundamental en la mejora de las condiciones de trabajo; y en el marco de la flexibilidad interna. Precisamente este último perfil constituye el objeto de estudio de la presente investigación.

De hecho, entre las finalidades estratégicas que la reforma laboral se propone alcanzar, la modernización de las medidas de flexibilidad interna de las relaciones laborales tiene cierta prioridad. El legislador de la reforma identifica en los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante ERTE) el instrumento privilegiado para la gestión de situaciones de crisis empresariales.

Como es sabido, en términos generales, los instrumentos en cuestión representan medidas que el empresario puede adoptar ante necesidades de ajuste temporal de empleo determinadas por situaciones de crisis, con el objetivo de evitar que estas se resuelvan únicamente con extinciones de contratos y para que el empresario cuente con alternativas que posibiliten la estabilidad en el empleo. Los ERTE —por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), o por fuerza mayor temporal (FM)— identifican su norma de referencia

en el artículo 47 del Estatuto de Trabajadores (en adelante ET), el cual fue reformado por el RDL 32/2021¹.

Al respecto, la exposición de motivos del RDL 32/2021 aporta una contribución hermenéutica de significativo interés, ya que define a los ERTE como una «fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones» (literal c del apartado IV del preámbulo). Bajo esta óptica, la reforma facilita la tramitación; flexibiliza la relativa aplicación; simplifica el *iter* administrativo y procedimental; y reduce los plazos.

Además, se recoge la proficua experiencia de los ERTE pandémicos por fuerza mayor de la COVID-19, que han representado una virtuosa modalidad de gestión de la emergencia ocupacional generada por la crisis sanitaria, tristemente experimentada a nivel mundial², y que ha incorporado en el ordenamiento jurídico un supuesto específico innovador. A los ERTE por fuerza mayor «prototípica» (Beltran, 2022), *ex* artículo 1105 del Código Civil, se añade un supuesto nuevo —simplificado en su trayectoria procedimental (artículo 47.6 del ET)— de fuerza mayor, por impedimento o limitaciones a la actividad normalizada, que sean determinadas por decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública, el así llamado *factum principis*.

Otra innovación particularmente emblemática, en el ámbito de la directriz de la intervención relativa a la flexibilidad interna, es la relacionada con la elaboración y la introducción de una herramienta totalmente innovadora, denominada «mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo», cuya finalidad es «atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que

1 Consultar también el Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

2 Al respecto, consultar Navarro (2021), Collado y Trillo (2020), Esteban (2021) y Godino (2020).

justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros» (literal c del apartado IV del preámbulo del RDL 32/2021).

3. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

Acercándonos a la esencia del Mecanismo RED, puede decirse que constituye una herramienta altamente innovadora, un «instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo» (artículo 47-*bis*.1 del ET), que permite a las empresas solicitar medidas de reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo.

Activado necesariamente por el Consejo de Ministros —para confirmar el carácter estratégico de la medida—, el instrumento se articula en dos modalidades: la primera, denominada «cíclica» y con duración máxima de un año, concebida expresamente para gestionar situaciones en las que «se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización» (artículo 47-*bis*.1.a del ET); la segunda, denominada «sectorial», que podrá ser puesta en marcha (con duración máxima inicial de un año, con posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una), «cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras» (artículo 47-*bis*.1.b del ET).

Resulta evidente el carácter intrínsecamente transicional de la medida, que funciona como herramienta de acompañamiento de las empresas en los procesos de transformación, sobre todo digital, sin que el cambio se convierta necesariamente en una extinción de contratos de trabajo. En efecto, la reforma apuesta por el mantenimiento del empleo, para lo cual identifica en la formación profesional y la

recalificación de las personas trabajadoras la trayectoria para la consecución de este estratégico objetivo de sostenibilidad.

No hay duda de que

los retos para abordar los cambios tecnológicos y productivos dependen, entre otras muchas cuestiones, de las políticas de formación permanente y de previsión y prospectiva sectorial. [...] a lo largo de la vida laboral de una persona, la irrupción de las tecnologías digitales y sistemas de trabajo evolucionará a tal velocidad que requerirán de un aprendizaje permanente, así como una educación de competencias (Sordo, 2022, p. 113).

En este sentido, y como prueba de la centralidad de la formación en el nuevo dibujo reformador, merece destacar un elemento que parece fundamental para un análisis crítico de la normativa de reciente introducción. A la hora de solicitar a la autoridad laboral la activación de medidas de reducción de jornada o suspensión de contrato, en el marco de un Mecanismo RED sectorial, es imprescindible que la solicitud sea «acompañada de un plan de recalificación de las personas afectadas» (artículo 47-*bis*.3 del ET).

Efectivamente, como ha sido bien destacado en la doctrina,

en esta modalidad sectorial, el desarrollo de acciones formativas por la empresa no es solo una condición para acceder a exoneraciones en las cuotas sino también una exigencia para obtener la autorización de las medidas que la empresa pretenda adoptar (Puebla, 2022, p. 222).

Se trata de un instrumento elaborado y puesto en marcha con concreción y solidez, soportado por una firme base económico-financiera, ya que su introducción es acompañada por la institución de un «fondo RED» —constituido con adscripción al Ministerio de Trabajo y Economía Social— para

atender a las necesidades futuras de financiación [...] en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo (artículo 47-*bis*.6 del ET)³.

El legislador de la reforma —y, antes, los agentes sociales, en el seno del fundamental diálogo social que ha elaborado el texto de la reforma— es consciente del momento histórico que estamos viviendo a nivel global, ya que

exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad (literal d del apartado III del preámbulo del RDL 32/2021).

En otras palabras, una vez que madure la necesaria consciencia sobre el carácter histórico de los cambios que se están produciendo en el escenario contemporáneo, la reforma laboral hará una elección de campo clara e inequívoca, remarcando la naturaleza de *extrema ratio* de la extinción del contrato de trabajo. Los valores de referencia son, por lo tanto, la estabilidad, la seguridad y la sostenibilidad de las transiciones originadas por los procesos de transformación digital. Ello sin afirmar lógicas anacrónicas de inmovilidad. Más bien, se presenta una visión dinámica realmente centrada en la figura de la persona que trabaja, cuya recalificación y reconversión profesional representa

3 Esta se encuentra en una fase de desarrollo en el momento en el que se elabora el presente artículo, así que solo puede remitirse a futuras reflexiones para consideraciones específicas sobre este aspecto. En cualquier caso, resulta evidente el potencial del instrumento en cuestión, sobre todo si se considera a la luz del disruptivo proceso de transformación digital en curso.

de alguna manera la prioridad estratégica para gestionar y orientar el cambio hacia trabajos de calidad, incluso fuera de la empresa de pertenencia.

El gran tema de las herramientas formativas y de las competencias —coherentes con las necesidades tanto de los sistemas productivos como de las personas que trabajan— se considera, en efecto, como estrella polar para orientar y dar sentido a las transiciones ocupacionales inevitablemente generadas por el cambio (*rectius*, por los cambios), situando a la trabajadora y el trabajador en el centro de procesos y tendencias, que no pueden de alguna manera sacrificar la dimensión decente y de calidad del trabajo.

4. LA RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL PARA TRANSICIONES SOSTENIBLES

En el RDL 32/2021 se señala que la previsión de un instrumento «de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad» (literal d del apartado III del preámbulo) busca conseguir un doble resultado: por un lado, proteger el empleo ante escenarios de crisis; por otro, «acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad» (literal d del apartado III del preámbulo).

Precisamente en esta función fundamental de acompañamiento de los procesos de cambio estructural se puede de alguna manera identificar la esencia de una medida que no parece arriesgado definir como «de frontera». De hecho, el carácter «estructural» de las modificaciones que justifican el recurso al Mecanismo RED, en su modalidad sectorial, va en «contra [de] la lógica tradicional de los procedimientos del art. 47 ET, que siempre tendrán naturaleza temporal, [ya que] en este caso se trata de crisis permanentes del sector» (Gimeno, 2022, p. 100).

La necesidad de recualificación profesional funcional a la transición de las personas que trabajan en sectores afectados por los cambios digitales surge en efecto de situaciones no solo transitorias sino permanentes. Se trata de verdaderas transformaciones. Y, precisamente, estas últimas determinan la necesidad de consagrar la centralidad de la recalificación profesional, verdadera piedra angular de una arquitectura sociolaboral sostenible.

Al respecto, merece destacar —como elemento significativamente virtuoso en la reforma laboral (artículo 47-*bis*.3 del ET)— la previsión de la obligatoriedad de acompañar —como se ha anticipado— la solicitud de activación de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos por un plan de recualificación de las personas trabajadoras afectadas.

A pesar de no tener —en el momento en el que se elabora la presente reflexión— muchos elementos normativos sobre la estructura y los contenidos mínimos exigidos para el plan en cuestión⁴, resulta de interés desarrollar algunas breves consideraciones.

Como ha sido bien destacado en la doctrina, la disposición adicional 25 del ET

expresamente contempla la posibilidad de que las acciones formativas incluyan no solo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, sino también aquellas que permitan la recualificación de las personas trabajadoras, «aunque no tengan relación directa con actividad desarrollada en la empresa» (Puebla, 2022, p. 226).

Este aspecto merece ser destacado por su importancia. Recualificación profesional no significa solamente desarrollo y consecución de habilidades digitales, a pesar de que estas últimas son cruciales e imprescindibles en la maduración de competencias que permitan a

4 Al respecto, parece oportuno monitorear la evolución del proceso de desarrollo reglamentario que la reforma tendrá próximamente.

las trabajadoras y los trabajadores reconvertirse fácilmente en nuevos trabajos de calidad. El carácter estratégico de los procesos formativos determina y contempla la amplitud de la misma formación, que tiene que proyectarse —en el modelo reformador compartido por los agentes sociales— más allá del limitado perímetro de la actividad desarrollada en la empresa de pertenencia.

De hecho, la formación representa el instrumento a través del cual se facilita y orienta una transición ocupacional de la persona que trabaja, tanto dentro como fuera de la empresa. En este sentido, a pesar de la diversidad de supuestos, el «plan de recualificación» del Mecanismo RED sectorial puede tener puntos de contacto con el «plan de recolocación externa», *ex* artículo 51.10 del ET, al menos en lo que respecta a los perfiles de formación, que, como se sabe, se suman a los de intermediación, orientación y asesoramiento, *ex* artículo 9.3 del Real Decreto 1483/2012⁵.

Efectivamente, la «recolocación externa» —a la empresa, así como al sector de pertenencia— de las trabajadoras y los trabajadores afectados por las transformaciones, las cuales hacen necesario el recurso al Mecanismo RED en su modalidad sectorial, es una de las hipótesis contempladas por la reforma, que considera posible la realización de transiciones justas, sostenibles y de calidad.

Se comparte, en torno a ello, la posición doctrinal de quien ha destacado

la visión positiva de la realidad que tiene el legislador, que en lugar de indicar que hay un excedente de personas trabajadoras del sector —dicho de otro modo, que se va a destruir empleo— opta por establecer el camino para que puedan encontrar otro empleo, ya sea en el mismo sector, pero con otras funciones (recualificación), o en otro tipo de actividad económica (transición profesional) (Gimeno, 2022, p. 100).

5 Al respecto, revisar Navarro (2021).

5. CONCLUSIONES

En definitiva, el Mecanismo RED en su modalidad sectorial puede ser considerado como instrumento privilegiado para la puesta en marcha de transiciones sostenibles hacia trabajos de calidad. Es una herramienta plenamente coherente con los objetivos de desarrollo sostenible y de trabajo decente (Agenda 2030 de las Naciones Unidas), que consagra la idea de conducir una reconversión profesional de las competencias de las personas que trabajan, para que, a pesar de los cambios incluso muy significativos en las actividades y los sectores de pertenencia, sigan siendo protagonistas del mercado de trabajo.

Se trata, de hecho, de un instrumento innovador y, de alguna manera, revolucionario. Como señalan Monereo y Moreno (2021),

tras los devastadores efectos de la pandemia del COVID-19, se busca potenciar, en todo el ámbito de la Unión Europea, una revolución en materia de capacidades para garantizar que las personas puedan prosperar en las «transiciones ecológica y digital» y potenciar las nuevas oportunidades de empleo (p. 91)⁶.

En efecto, como ha sido autorizadamente destacado en la doctrina,

la utilización masiva e intensiva de los medios de trabajo proporcionados por las TIC continuará exigiendo, y muy probablemente en mayor medida que hasta ahora, por una parte, la readaptación profesional de los trabajadores involucrados, y, por otra parte, la preparación y contratación de trabajadores para la puesta en práctica de las nuevas competencias y cualificaciones profesionales requeridas (Martín, 2021, pp. 473-474).

La reforma laboral de 2021-2022 tiene una capacidad de visión que mira al futuro (*rectius*, al presente en transformación), y dibuja medidas e instrumentos jurídicos que parecen plenamente idóneos

6 Revisar también Navarro (2021) y Martínez y Megino (2021).

para garantizar la efectividad de la función institucionalmente tuitiva del derecho del trabajo en un contexto de cambio. En este sentido, la previsión de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición responde provechosamente a la exigencia de soluciones estructurales, y no solo de emergencia, para la gestión de situaciones de crisis y transformación (Puebla, 2022).

Los agentes sociales, el Gobierno y el Parlamento han puesto claramente de manifiesto una «apuesta por la mejora de la empleabilidad de los trabajadores, en cuanto [que] las acciones de formación y recualificación de las personas trabajadoras acompañan como elemento transversal» al instrumento ERTE, *lato sensu* entendido (Puebla, 2022, p. 213).

En efecto, mediante la modalidad sectorial del Mecanismo RED, el ordenamiento jurídico se dota de un instrumento que, a través de un impulso a la formación profesional, pretende acompañar la reconversión industrial contemporánea (enésima, en línea de sucesión con respecto a las anteriores que han visto la luz en el siglo xx⁷) en una dimensión de «dinámica estabilidad», por así decirlo.

Pues bien, en definitiva, un pilar esencial de esta visión es la plena valorización de la «empleabilidad» de la persona que trabaja. A través de un reforzamiento de su corpus de conocimientos y competencias, la trabajadora y el trabajador se pueden convertir en protagonistas de la reconversión industrial 5.0 y de las transiciones profesionales que se generan en el marco de esta última, gracias a la maduración de profesionalidades renovadas y adecuadas a las necesidades contemporáneas (Tiraboschi, 2019).

Sin duda, el momento histórico que estamos viviendo se caracteriza por la reconversión industrial generada por la transformación digital

7 Al respecto, consultar Cruz (2022a).

protagonizada por la inteligencia artificial, los algoritmos, la cadena de bloques y el metaverso, teniendo en cuenta que estos fenómenos altamente complejos generan nuevas necesidades, sobre todo en el terreno de los conocimientos y las competencias. Así que la formación y la reconversión profesional parecen imprescindibles para la consecución de objetivos transicionales cruciales. Un razonamiento crítico al respecto parece prioritario e inaplazable, ya que el «*accompagnamento dei laboratori nelle transizioni occupazionali* (in altri Paesi conosciuto come *career guidance*, *accompagnement professionnel* in Francia)» representa una verdadera urgencia (Assolombarda y Adapt, 2021, p. 19).

Al respecto, parece significativa una aclaración conceptual: la misma idea de transición ocupacional no puede ser interpretada solamente en el marco de una visión que de la situación legal de desempleo se proyecte hacia el empleo. Cabe, de hecho, complementar esta visión con una contribución hermenéutica basada en la transición *job-to-job*. La reciente reforma laboral elaborada en España va precisamente en esta dirección, ya que ofrece soluciones concretas y sólidas para «encarar las transiciones digitales y energéticas» que, como sociedad, tenemos por delante (Sordo, 2022, p. 126).

Al realizar una lectura crítica de la misma, con especial referencia en la regulación del Mecanismo RED (en particular, la modalidad sectorial), se desprende el potencial de un instrumento innovador, altamente idóneo para conseguir una eficaz gestión sostenible de las crisis, los cambios y las transiciones, situando realmente a la persona que trabaja en el centro:

Ante los problemas en empresas de ciclo económico o reestructuración sectorial, en lugar de recurrir a la fórmula habitual de la extinción del contrato, se reduzca temporalmente el tiempo de trabajo, se cobre una prestación social [...], se establezcan procesos de formación y se facilite la incorporación al puesto de trabajo (Sordo, 2022, p. 131).

Precisamente este último aspecto parece merecedor de ser destacado como elemento que demuestra la coherencia de la normativa española con la visión general —desarrollada en el marco comunitario— de la necesidad de construir una industria 5.0 que mire a la digitalización como un proceso de transformación que conciba la integración persona-máquina con un enfoque *human-centric* (Bini, 2021).

REFERENCIAS

- Assolombarda y ADAPT (2021). Le politiche attive nei moderni mercati transizionali del lavoro. <https://www.assolombarda.it/servizi/lavoro-e-previdenza/documenti/ricerca-13-2021-le-politiche-attive-nei-moderni-mercati-transizionali-del-lavoro>
- Ballester, M. A. (2022). *La reforma laboral de 2021: más allá de la crónica*. Ministerio de Trabajo y Economía Social del Gobierno de España. <https://cpage.mpr.gob.es/producto/la-reforma-laboral-de-2021/>
- Beltran, I. (2022, 16 de marzo). Régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47bis ET). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/regimen-juridico-de-los-erte-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>
- Bini, S. (2021). *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*. Bomarzo.
- Collado, L. y Trillo, F. J. (2020). *ERTEs por causas de fuerza mayor y ETOP. Especial consideración de la incidencia del Covid-19*. Bomarzo.
- Costa, A. (2022). La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021. *Revista de Trabajo y Seguridad Social - CEF*, (467), 39-75.

- Cruz, J. (2022a). El sistema RED de regulación temporal de empleo. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>
- Cruz, J. (2022b). Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia. *Temas Laborales*, (161), 11-66. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/133685/texto%20y%20contexto%20de%20la%20reforma%20laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Esteban, A. (2021). *Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19*. Bomarzo.
- Gimeno, P. (2022). La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo. *Labos*, 3, 97-110. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6642/5251>
- Godino, M. (coord.) (2020). *Expediente de regulación temporal de empleo. Instrumento fundamental en la crisis del COVID-19*. Ediciones Lefebvre.
- Jefatura del Estado (2021). Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Madrid: 28 de diciembre de 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-21788>
- Kaplan, J. (2021). *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*. Luiss University Press.
- Martín, A. (2021). *Derecho del trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*. Tecnos.
- Martínez, M. y Megino, D. (2021). *La formación en un mercado laboral tecnificado*. Tirant Lo Blanch.

- Ministerio de la Presidencia (2012). Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Madrid: 29 de octubre de 2012. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-13419>
- Monereo, J. L. y Moreno, M. N. (2021). Las políticas de formación profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social. *Temas Laborales*, (160), 91-131.
- Navarro, F. (2021). Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo. En Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 247-304). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Puebla, A. de la (2022). Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. El nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 ET y el Mecanismo RED. En Goerlich, J. M., Mercader, J. R. y Puebla, A. de la, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021* (pp. 151-237). Tirant Lo Blanch.
- Sordo, U. (2022). *Los sindicatos y el nuevo contrato social. Cómo España salió del ERTE*. Catarata.
- Tiraboschi, M. (2019). *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*. ADAPT University Press.



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 69-115

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.555

EL ESTADO COMO SUJETO OBLIGADO AL PAGO DE LOS COSTOS PROCESALES EN LOS PROCESOS LABORALES Y CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVOS LABORALES: UN ESPACIO DE QUIEBRE Y DE AFIANZAMIENTO DE LAS PRERROGATIVAS ADMINISTRATIVAS

THE STATE AS A SUBJECT OBLIGED TO PAY THE PROCEDURAL COSTS IN LABOR AND LABOR ADMINISTRATIVE-CONTENTIOUS PROCEEDINGS: A SPACE OF BREAK AND ENTRENCHMENT OF ADMINISTRATIVE PREROGATIVES

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
(Lambayeque, Perú)

Contacto: e.abogados.chiclayo@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

RESUMEN

En el presente estudio, el autor se aboca al desarrollo de los costos procesales que deben ser asumidos por el Estado como parte del proceso, con especial incidencia en los litigios laborales y contencioso-administrativos laborales. Luego realiza un necesario recorrido por las

nociones de Estado moderno y autotutela con el propósito de entender cómo es que esta organización se encontraba inicialmente abstraída del control judicial y cómo fue posible que sea llevada a juicio. Para explicar este escenario, el autor recurre a los veredictos del Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado francés, así como a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Posteriormente, se dedica al estudio del Código Procesal Civil como regulación adjetiva general, y establece el carácter primordial de la teoría del resarcimiento (mal llamada del vencimiento) con notas mínimas de la teoría subjetiva y de la discrecional moderación judicial, para lo cual invoca a la jurisprudencia judicial y administrativa para entender dicha recepción procesal hasta llegar al estudio de la Ley n.º 26636 y la Ley n.º 29497. Finalmente, responde a la interrogante acerca de si el Estado, a través de la administración, puede o debe ser condenado al pago de costos en los procesos laborales. Para ello introduce algunas propuestas, a manera de *lege ferenda*, que fundamenten dicha obligación, con el propósito de que los jueces motiven adecuadamente sus decisiones sobre el pago de honorarios.

Palabras clave: procesos laborales; autotutela; costos procesales; contencioso-administrativo; acceso a la justicia.

ABSTRACT

In this paper, the author focuses on the development of the procedural costs that must be borne by the State as part of the process, with special incidence in labor and labor administrative-contentious disputes. Then, it makes a necessary tour of the notions of modern State and self-protection, in order to understand how this organization was initially abstracted from judicial control and how it was possible that it was brought to trial. To explain this scenario, the author resorts to the verdicts of the Court of Conflicts and the French Council of State, as well as the decisions of the Supreme Court of Justice of the

Argentine Nation. Subsequently, it is dedicated to the study of the Code of Civil Procedure as general adjective regulation and establishes the elemental character of the theory of reparation (wrongly call of maturity) with minimal notes of the subjective theory and of the discretionary judicial moderation, for which it invokes the judicial and administrative jurisprudence to understand such procedural reception until arriving to the study of Act No. 26636 and Act No. 29497. Finally, it answers the question about whether the State, through the administration, can or should be condemned to pay costs in labor proceedings, for which it introduces some proposals, as *lege ferenda*, which grounds this obligation, in order for the judges to give adequate reasons for their decisions on the payment of fees.

Key words: labor proceedings; self-protection; procedural costs; administrative-contentious; access to justice.

Recibido: 14/04/2022 Aceptado: 20/05/2022

1. EL ESTADO COMO GARANTE DEL ESTADO MODERNO

Antes de la Revolución francesa, el escenario para el ejercicio del poder no era el más propicio para su control, lo cual tenía un visible impacto negativo en las personas identificadas —en aquel momento— como súbditos. Frente a tal estado de cosas, la teoría se enfocó en desarrollar modelos para mejorar la realización de la comunidad a través de escritos por los que aquellos sufrieron no solo la privación de sus bienes sino también una evidente persecución. No es casualidad que el pensamiento asuma una racionalidad distinta a la concepción de la atribución divina del poder para, en su lugar, sostener que es la comunidad quien delega el poder y no un dios. De esta forma, se fue gestando la necesidad de construir una nueva forma de organización, distinta a la regia. El oprobio y el desdén son ingredientes fácticos mucho más potentes que el pan que, como si fuese de gracia, el rey prodigaba a los

pobres. No en vano, sin perjuicio de *La Guerre des farines*, el «motín del pan» es el hilo conductor de la Revolución francesa dentro de un escenario de hambruna y carestía de trigo, como lo precisan Bolinaga (2014) y Pradas (2016), sazonado por un proceder conservador y despectivo del monarca hacia el pueblo. En este contexto, Voltaire, Rousseau, D'Alembert, Diderot, entre otros, fueron un grupo de jóvenes entusiastas que creyeron que la razón era la solución a la arbitrariedad real, presuntamente avalada por un dios que calla cuando su representante en la tierra asume posiciones injustas:

Obedeced al poder. Si esto quiere decir ceded a la fuerza, el precepto es bueno, pero superfluo, y contesto que no será violado jamás. Todo poder viene de Dios, lo confieso; pero toda enfermedad viene también de Él; ¿quiere esto decir que esté prohibido llamar al médico? Si un ladrón me sorprende en el recodo de un bosque es preciso entregar la bolsa a la fuerza; pero si yo pudiera sustraerla, ¿estoy, en conciencia, obligado a darla? Porque, en último término, la pistola que tiene es también un poder.

Convengamos, pues, que fuerza no constituye derecho, y, que no se está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos. De este modo, mi primitiva pregunta renace de continuo (Rousseau, 2017, p. 4).

Se va construyendo, así, desde la concepción rousseauniana, la idea de que lo que permite la unión de la comunidad es un pacto social en el que, sobre el soporte de la voluntad general, son las personas quienes, como mandantes, delegan el poder a los que gobiernan con cargo a que se les sea devuelto de manera periódica y con la obligación de dar cuenta de su ejercicio. Es allí donde van surgiendo las bases del Estado moderno. El «gobierno de los hombres» no se consideraba adecuado para un buen gobierno; en su lugar, el gobierno de las leyes, al despersonalizar el poder, se abrió paso, de manera vigorosa, como una herramienta de mayor objetividad. Al respecto, Tocqueville (1996) precisa: «Debido a que la Revolución parecía estar luchando por la regeneración de la especie humana más aún que por la reforma de

Francia, encendió una pasión que no habían sido capaces de producir jamás las revoluciones políticas más violentas» (p. 86). Esta afirmación se condice con lo sostenido por Rousseau (2017): «puesto que ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes, y puesto que la naturaleza no produce ningún derecho, quedan, pues, las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres» (p. 4). De esta manera, se entiende que solo es por la voluntad general que se legitima el mando y la obediencia frente al poder.

El distanciamiento de los pareceres regios se vuelve la necesaria solución para contrarrestar su naturaleza arbitraria. Por tal razón, se considera que la expedición de un producto mental (la ley) distinto al de su creador (el Parlamento) descarta la voluble voluntad humana que, aunque es alegada como de raigambre divina cuando es ejercida por el monarca, demuestra todo lo contrario. Dicha transfiguración del ejercicio del poder es interesante no solo porque permite la objetividad del poder, sino porque legitima la obediencia de quien pasa a soportar sus efectos, puesto que como precisa Bobbio (1986), «no se podía enunciar con mayor fuerza la idea de la primacía de la ley: no es el rey el que hace la ley, sino la ley la que hace al rey» (p. 123). De este modo, se hace posible la identificación del denominado Estado moderno, entendido por Clavero Salvador (1981) en los siguientes términos: «aquel que sobre un territorio continuo constituye instituciones impersonales y duraderas en grado de imponer su autoridad y derecho, aun sin monopolizar por ello el poder, por encima particularmente de vínculos o de lealtades familiares, comunitarias o religiosas anteriores» (p. 45). Ayuda, en mucho, la gestación de nuevas categorías, como las de ciudadano, derechos civiles, derechos políticos, entre otras, para servir de soporte tanto al nuevo estado de cosas como a la legitimidad de la ley. Ello produce una fuerte fractura de la justificación del origen divino del poder real de modo que se genera una importante unión umbilical entre la ley y el derecho:

En la formación del Estado moderno, la doctrina del constitucionalismo, en la que se resume toda forma de gobierno *sub lege*, camina paralelamente con la del primado de la ley como fuente de derecho, entendiendo la ley, por un lado, como la máxima expresión de la voluntad del soberano, sea este el rey o el pueblo y, como tal, opuesta a la costumbre; por el otro, como norma general y abstracta y, como tal, contraria a los mandatos dados. Recuérdese a los tres grandes filósofos, Hobbes, Rousseau y Hegel, cuyas teorías acompañan la formación del Estado moderno; se puede dudar de que puedan ser enlistados entre los partidarios del gobierno de la ley, pero, ciertamente, los tres son favorables al primado de la ley como fuente de derecho, como principal instrumento de dominio y, en cuanto tal, como máxima prerrogativa del poder soberano (Bobbio, 1986, pp. 124-125).

Este nuevo estado de cosas obliga a precisar importantes lineamientos a las leyes. Surgen, amén de otras, las frondosas y medulares características de abstracción, generalidad e impersonalidad de la ley para graficar el compromiso del pacto social, con miras a determinar la proyección de las leyes como enteras reglas jurídicas con capacidad de transformar el contexto de sus destinatarios.

En tal escenario, surge la idea de las reglas jurídicas entendidas como preceptos obligatorios con capacidad de ser impuestos a sus destinatarios con el soporte del Estado. Se trata de otra nueva creación revolucionaria, que contiene mandamientos (prescripciones), autorizaciones o prohibiciones para los ciudadanos, como sostiene Perot (2003): «son aquellas que crean la posibilidad misma de realizar una conducta de cierto tipo» (p. 210). Con dicha perspectiva se produce la legitimación del poder.

2. EL ESTADO A TRAVÉS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU VINCULACIÓN CON LA AUTOTUTELA

La Revolución francesa estableció un contexto diferente al poder regio y asentó las bases de la construcción del Estado moderno. Ello permitió, precisamente, el surgimiento de una organización distinta

a la regia, aunque de modo distinto a lo precisado por García de Enterría y Fernández (2006), sirviéndose de sus cimientos.

Surge, asimismo, la idea de la administración pública entendida como una organización enteramente servicial, que se dedica al ciudadano (otra categoría política de los revolucionarios) y se enfoca en la prestación de bienes y servicios para el bien de la comunidad. Para asegurar la objetividad de este nuevo cuerpo público y evitar las amargas experiencias de la organización regia (tan proclive al desdén a los súbditos), se le permite contar con un amplio y dilatado conjunto de atribuciones que no solo tienen un impacto en el ámbito jurídico sino que inciden, según su proyección, en el espacio fáctico de los administrados. Se habla de estas atribuciones, denominadas potestades —como figura del derecho canónico—, a las cuales se les adiciona el adjetivo de «administrativas» con el propósito de entender que están al servicio de las personas. Tal adición bienhechora deviene en exprofeso puesto que se garantiza que se trata de un cuerpo enmarcado en el derecho y no en la voluble voluntad humana del rey. De este modo, se manifiestan —sin ánimo de agotar el catálogo— las potestades sancionadoras, reglamentarias, de recuperación de sus bienes, de autoorganización, tributarias, de planificación, de revisión de oficio, expropiatorias, financieras o presupuestales, de deslinde, de ejecución forzosa, innovativas, conservativas, cuasijurisdiccionales, reduplicativas, entre otras, destinadas a asegurar que el largo brazo del derecho administrativo tenga una total operatividad práctica en las relaciones jurídicas y dinámicas con los ciudadanos, quienes, en el ámbito administrativo, califican como administrados.

Tal construcción modélica, la de la autotutela, asegura que la administración pueda realizar sus labores diarias de cara a la comunidad tanto como imposibilitar que sus funciones sean aquietadas con un propósito denostado, haciendo inviable su trabajo. Es tal el impacto que el constitucionalismo francés interviene, de manera expresa, en el

texto constitucional, enfatizando la necesidad de que la administración y los hombres que la componen —en otras palabras, su personal— no sean llamados a los tribunales. No turbar a la administración se define como parte de la consigna revolucionaria, lo que podría entenderse como el espaldarazo de la autotutela administrativa. Con el aval de la Constitución, el legislador precisa, en igual medida, los lineamientos para que esta nueva organización pueda abocarse a los cometidos públicos.

De este modo, la administración no puede ser llevada a juicio. Ello arrastra la idea de que el Estado, de donde emana la administración, también se encuentra eximido del control jurisdiccional.

3. EL ESTADO COMO SUJETO DEMANDADO EN JUICIO: ANÁLISIS DEL CONTEXTO DEL DERECHO COMPARADO

En el escenario europeo, para evitar que los tribunales llamen a juicio a la administración y, por ende, al Estado, a la par de la justicia común se crearon tribunales administrativos que juzgan a los poderes públicos.

De este modo, se asignó potestades cuasijurisdiccionales al denominado consejo de Estado, aunque se compartió espacio con una anticipada emisión de pronunciamientos del Tribunal de Conflictos, institución de naturaleza mixta, pues su proyección es judicial y administrativa.

El Tribunal de Conflictos procedió a convalidar la autotutela y la prohibición de ser juzgado por los jueces con el fallo Blanco, del 8 de febrero de 1873, en materia de responsabilidad civil de la administración pública. En este se precisa que el ejercicio de la actividad administrativa, en cuanto se base en el derecho administrativo, debe regirse por sus reglas particulares, y que el derecho civil no tiene injerencia en ello. Se trata de un mensaje implícito sobre el rechazo de la justicia ordinaria o común para someter a juicio a la administración

con la consiguiente convalidación de lo establecido por la Constitución y las leyes revolucionarias, como aparece en el artículo 5 de la Constitución francesa de 1791, así como en el artículo 13 de la Ley de 16-24 de agosto de 1790 y de la Ley 16 de fructidor del año III, del 3 de septiembre de 1795.

Más adelante, con el fallo Pelletier, del 30 de julio de 1873, fue posible llevar a juicio a la administración. Sin embargo, esto no produce mucha alegría, ya que, para tal propósito, se requiere la autorización expresa del Consejo de Estado, de forma que hasta ese momento, si bien el Tribunal de Conflictos abrió un forado en la prohibición revolucionaria de no llevar a juicio a la administración, lo somete a condicionamiento.

El fallo Cadot, del 13 de diciembre de 1889, emitido por el Consejo de Estado, se abrió paso para fracturar la prohibición revolucionaria de no turbar a los cuerpos públicos, con lo cual se procedió a la separación, cual Moisés moderno, de la justicia administrativa respecto de la justicia común.

El escenario latinoamericano no resulta ajeno a esta inicial prohibición de llevar a juicio a la administración, como nos lo acredita, en el plano de la República Argentina, la Ley n.º 3952, Demandas contra la Nación. En esta ley se establece que solo con anuencia del Parlamento, de modo expreso —esto es, a través de una ley—, es posible someter al Estado a los tribunales. Ello es congruente con la jurisprudencia del fallo Seste y Seguich contra el Gobierno Nacional de 1864, lo que fue posteriormente horadado por la Ley n.º 19549, Ley de Procedimiento Administrativo, que sustituyó dicho condicionamiento en el acceso a la justicia por la exigencia de vía previa, sobre la cual la jurisprudencia ha ido afinando sus cauces siempre en procura de que el ciudadano pueda acceder a los tribunales, como se señala en los fallos Tomás Devoto y Cía. Ltda. S. A. contra la Nación de 1933, Ferrocarril Oeste de Buenos Aires contra la provincia de Buenos Aires

de 1938, Jorge F. Vadell contra la Policía de la provincia de Buenos Aires de 1984, Hugo Arnaldo Mosca contra la provincia de Buenos Aires de 2007, entre otros.

4. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMO EXPRESIÓN DEL CIERRE DE LOS PRIVILEGIOS PARA EMPLAZAR JUDICIALMENTE AL ESTADO

En el caso de nuestro derecho, tomaremos como punto de referencia y análisis al Código Procesal Civil (en adelante el Código), con especial interés en los artículos 27 y 59. Este cuerpo procesal se muestra desafiante frente al poder de la administración, pues el legislador asume que si se emplaza al poder público respecto de asuntos distintos de sus potestades administrativas, tal viraje produce el atenuamiento —cuando no, la desaparición— de la autotutela pública a través de diversos datos relevantes.

4.1. Expresiones del artículo 27 del Código Procesal Civil

En este apartado, tomaremos en consideración algunas expresiones del artículo 27 del Código como datos relevantes para identificar la demandabilidad del Estado en sus relaciones jurídicas de derecho público como con particulares. Dicho artículo dice lo siguiente:

Competencia del Estado

Artículo 27. Es juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno central, regional, departamental, local o ente de derecho público **que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.**

Cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de derecho privado, se aplican las reglas generales de la competencia.

Las mismas reglas se aplican **cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones** [resaltados nuestros].

El primer dato relevante es el que precisa la competencia del juez para llevar a juicio al Estado como sujeto común o de derecho privado. Sin embargo, se trasciende este espacio, ya que, de modo expreso, se asume que es posible emplazar judicialmente a la administración ante actividad administrativa de derecho administrativo. Este razonamiento puede parecer audaz y contraproducente a la idea de un código procesal general que juzga al Estado en sus relaciones con los particulares; sin embargo, las expresiones resaltadas en la cita anterior son reconocimientos innegables de que, en el momento de la expedición de dicho Código, es posible llevar a juicio a la administración en ejercicio de sus potestades administrativas de derecho administrativo.

Para empezar, a los efectos del derecho público, corresponde sostener que la expresión «que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama» cuenta con una amplia proyección en el control de la actividad administrativa, pues permite identificar que el Estado, a través de la administración, no solo podía ser juzgado por sus actos administrativos (como ya aparece en dicho texto procesal), sino también por sus actuaciones materiales, incluyendo las vías de hecho, y dentro de esto último a la «simple vía de hecho», ya que el modo como se redacta este artículo nos permite ver, sin ningún ejercicio indiciario, que el alcance del control judicial llegaría a expandirse más allá de los pronunciamientos formales de la organización pública, comprendiendo, de esta manera, a su actuar material. Dicho razonamiento se vincula, en igual orden de ideas, con la expresión «cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones», pues denota, desde una primera aproximación, la plena identificación de determinados institutos ligados al ejercicio de la actividad administrativa. Ello supone, precisamente, asumir que en mérito de su invocación también se podía llamar a juicio a la administración cuando su actuar se gesta en base legal distinta a la del derecho privado.

De otro lado, la expresión «cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de derecho privado» sí requiere un necesario ejercicio deductivo y comparativo para entender que, si en sus relaciones con los particulares, el Estado puede ser sometido ante los tribunales bajo la égida del juez común, es posible que, en igual medida, pueda ser sometido también a dicho Código pese a que sus relaciones jurídicas sean de derecho administrativo, siempre bajo los parámetros del mismo Código.

Se añade a esta lógica que para la fecha de emisión del Código no se contaba con una ley contencioso-administrativa¹ que definiera, como hoy, de modo explícito, el control jurídico de la administración. Ello llevaría a que el legislador histórico no solo brinde estos indicios, de los que venimos dando cuenta, sino que gestara en su interior un proceso contencioso-administrativo enfocado en el control jurisdiccional de la administración a través del sometimiento de los actos y los silencios administrativos.

4.2. El Estado como sujeto procesal llamado a juicio «sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código»

El artículo 59 del Código dice:

El Estado como parte

Artículo 59. Cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquel intervienen en un proceso civil, cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne, se someterán al Poder Judicial **sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código** [resaltado nuestro].

1 Como son los casos de la Ley del 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA56), de España; la Ley n.º 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), de España; y la Ley n.º 12008, Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires (en adelante CCAPBA) de 1997, de Argentina.

Este artículo es el espacio propicio para identificar la intervención del Estado en juicio según su actuación desde la actividad administrativa o fuera de ella, lo cual irradia a los espacios laboral y contencioso-administrativo laboral. Corresponde indicar que el legislador asume que, cuando el poder público participa en juicio en virtud de relaciones jurídicas de derecho privado, se somete a los tribunales como un particular, mas no cabe atisbo, invocación o aprovechamiento alguno de sus potestades administrativas. En cambio, al ser llamado a juicio en ejercicio de la autotutela, puede mantener su posición de *potentior personae*. En este aspecto, dicha regulación, relacionada con la 7.^a Disposición Final del Código, permite separar no solo las competencias judiciales (de manera tal que, ante relaciones comunes, es el juez civil el que puede someter al Estado por ley; y, ante relaciones administrativas, es el juez contencioso-administrativo quien asume atribuciones y debe actuar con las reglas que el Código le proporciona), sino que asume que los privilegios del Estado se mantienen en cuanto actúe como poder público. Debido a la proyección que tiene este Código sobre otros órdenes jurisdiccionales, incluyendo el laboral y el procesal constitucional, se irradia dicho mandamiento sobre los costos procesales.

De este modo, cuando se emplaza al Estado y, por ende, a la administración en juicios contencioso-administrativos, este se ve indemne de asumir los costos procesales. Ello permite verificar que dicha exención es expresión de la autotutela administrativa, pese a que debe ser tratado como un justiciable más. Esta es una regla sin excepción alguna; en cambio, en juicios laborales, al igual que en los constitucionales, debe asumir dicha carga y debe haber un espacio de exención que la jurisprudencia afina en función del orden procesal, aun cuando los poderes públicos sean los emplazados en juicio.

5. LA SIGNIFICANCIA DE LOS COSTOS PROCESALES: ¿NATURALEZA SANCIONADORA, INDEMNIZATORIA O RESARCITORIA? Y LA TEORÍA DE LA DISCRECIONAL MODERACIÓN A CARGO DEL DIRECTOR DEL PROCESO

El pago de honorarios al abogado que obtiene un pronunciamiento beneficioso para su patrocinado ha llevado a exponer diversas posiciones sobre lo que se denomina la naturaleza jurídica de esta institución. A nivel del derecho comparado, la jurisprudencia española del máximo intérprete de la Constitución, es decir, el Tribunal Constitucional de España (1986), descarta que el pago de honorarios o costos (denominado «costas» en aquel país hermano) tenga un carácter punitivo, pues «la condena en costas no solo no constituye una sanción penal o administrativa, a las que se refiere aquel precepto constitucional, sino que tampoco puede calificarse, en sentido estricto, como una sanción» (fundamento 2). Asimismo, ello descarta que tenga una finalidad represora, ya que «la condena en costas es, por el contrario, una contraprestación por los gastos originados por el proceso, contraprestación que se dirige, por un lado, a cubrir parcialmente los gastos de funcionamiento del servicio público de la justicia específicamente ocasionados» (fundamento 2). Prima, entonces, la teoría del resarcimiento —comúnmente asociada a la idea del vencimiento en el proceso judicial—. No obstante, ello no era absoluto, dado que, a nivel legislativo, en el orden procesal contencioso-administrativo de la LJCA56, inicialmente regía el criterio subjetivo con la fórmula sacramental: «impondrán las costas a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos de mala fe o temeridad» (artículo 131 de la LICA56), como lo sostiene Casino (1992). Esto se cambió por el sistema mixto que identifica desde el artículo 139, inciso 1, de la LJCA la presencia de la teoría del vencimiento como regla y la discrecional moderación, consignada en el inciso 4 del mismo artículo, como singularidad. A su vez, en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), se sigue igual línea

legislativa, como aparece en los incisos 1 y 2 del artículo 235, con el añadido del criterio subjetivo de corte residual.

En el caso de nuestro derecho, con independencia de la proclama principista de la gratuidad de la justicia, en el Código rige la teoría objetiva enfocada en el resarcimiento (comúnmente denominada del vencimiento) como regla, según los artículos 412, 457, 464 y 594. En tanto, la teoría subjetiva es susceptible de aplicar en escenarios de ejercicio irregular del derecho a acudir a los tribunales, como se señala en los artículos 4, 304, 538 y 621, bajo diversas formas («litigante malicioso», «manifiesta alteración de la cuantía», «maliciosamente» y «connivencia entre tercerista y demandado»), así como la teoría de la moderación conforme con los artículos 81, 316, 321 (parte final), 381 (segundo párrafo) y 399 (ya derogado).

Finalmente, cabe establecer que el Código evita asumir la teoría de los costos como indemnización, pues les asigna propósitos distintos, como se señala en el inciso 2 del artículo 81 y en los artículos 177 y 621, en los que entiende la autonomía de la indemnización respecto de los honorarios. De este modo, se acoge en mayoría la teoría resarcitoria —comúnmente denominada del vencimiento por asociarla a la clásica dicotomía ganador-perdedor, más propia de la autotutela que de la heterotutela—, que comparte espacio con la teoría de la discrecional moderación y la teoría subjetiva.

6. LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LOS COSTOS PROCESALES CUANDO SE EMPLAZA AL ESTADO Y, POR ENDE, A LA ADMINISTRACIÓN

La asunción de los costos procesales por parte del Estado, cuando este es emplazado administrativa o judicialmente, presenta diversas aristas sobre las cuales la jurisprudencia perfila posiciones distintas. En este punto, veremos que se reafirma el pago de honorarios como regla y la exención de los mismos como excepción, no solo ante escenarios predeterminados por el legislador, sino también generados por la

jurisprudencia a partir de situaciones constitutivas de abuso del derecho, alimentando, con sustancia, el razonamiento de rechazo de honorarios ante situaciones anómalas.

6.1. A nivel de la tutela urgente constitucional

Los costos procesales han llegado al máximo intérprete de la Constitución bajo el argumento del recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal en juicios contra el Estado, determinando importantes lineamientos. Por ejemplo, en un amparo constitucional se condenó a la administración al pago de los honorarios del proceso ante la inactividad del poder público emplazado en juicio que provocó el inicio de este proceso: «el actor tuvo que recurrir a la justicia constitucional, pese a que la ONP [Oficina de Normalización Previsional] debió efectuar la revisión de oficio de los expedientes administrativos referidos a la aplicación de la Ley n.º 23908» (Tribunal Constitucional del Perú [TC], 2014, fundamento 2.3.5.). En otro fallo, se reafirma la teoría del resarcimiento-vencimiento al abrigo de las siguientes precisiones: «el pago de los costos procesales constituye un mandato implícito a cumplir por la parte vencida en el marco de un proceso constitucional» (TC, 2017a, antecedente 6).

De otra parte, la jurisprudencia constitucional cede espacio a la teoría del resarcimiento (mal llamada del vencimiento) en el pago de honorarios con el voto del magistrado Urviola Hani, de modo que el reconocimiento prematuro de la agresión constitucional, a través del instituto procesal del allanamiento, no debe ser leído como una situación que evite su pago:

1. La parte emplazada debe asumir el pago de costos procesales por razones que atañen a su conducta procesal y a la incidencia de dicha conducta en los derechos fundamentales del demandante.

2. Dichas razones pueden ser resumidas, de un lado, en el reconocimiento del acto lesivo del derecho fundamental a la autodeterminación informativa del demandante por parte de la emplazada y, de otro lado, en los incentivos perversos de orden económico que pueden generarse con la excepción al pago de costos procesales como efecto del allanamiento de la demandada.

[...]

4. De otro lado, la decisión de exceptuar a la entidad emplazada de la condena al pago de costos en casos como el de autos en atención al allanamiento, en aplicación del artículo 413 del Código Procesal Civil, puede traer como consecuencia la generación de un desincentivo a la ONP para atender oportunamente solicitudes de información como la planteada por el demandante (TC, 2017b, fundamentos 1, 2 y 4).

Otra oportunidad que sirve para reafirmar la posición de pago de honorarios pese a los argumentos de carencia de resistencia en juicio, ausencia de excepciones y defensas previas, así como la presentación de la demanda constitucional sin firma de abogado, es la que sigue: «la jurisprudencia constitucional resulta uniforme con relación a la condena del pago de costos procesales del Estado cuando se identifique la lesión de un derecho fundamental y se declare fundada la demanda» (TC, 2019a, fundamento 5). De este modo, la orientación pretoriana se aboca a que el Estado deba asumir las consecuencias de la afectación inconstitucional de los derechos fundamentales.

La exoneración de costos procesales ha sido también materia de análisis por el constitucional, dándose tiempo para sostener, de manera casuística, que el abuso del derecho de acceso a la jurisdicción no avala su pago:

7. Del estudio de los actuados en estos procesos, puede apreciarse que los honorarios por los casos terminan en un monto dinerario considerable, si tomamos en cuenta que el juez de ejecución debe valorar, entre otras cosas, el hecho de que estos procesos conocidos por la primera y la

segunda instancia o grado, así como por el Tribunal Constitucional, lo que genera un incremento en el monto otorgado por el concepto de costos procesales [sic].

8. En ese contexto, este Tribunal estima que dicha situación representa, en la práctica, una clara desnaturalización del proceso de *habeas data*, pues cada caso creado no busca defender el derecho de acceso a la información pública, sino que solo tiene fines de lucro, específicamente, el obtener el pago de los costos procesales.
9. Finalmente, no debemos perder de vista que, más allá de las implicancias para el demandante y el demandado en este tipo de controversias, esta forma de actuación también genera un perjuicio en la propia judicatura constitucional y en todos los justiciables, pues genera una sobrecarga procesal innecesaria y, como consecuencia, una pérdida de recursos públicos en distintos ámbitos que bien podrían ser destinados a resolver otras causas que, dada la naturaleza de los procesos constitucionales, requieren de una tutela adecuada y urgente (TC, 2019b, fundamentos 7, 8 y 9).

Tal posición, de marcada solidez, se ve robustecida cuando el planteamiento de procesos constitucionales pretende ser visto como un medio para la obtención de lucro indebido: «el demandante en este proceso, don Vicente Raúl Lozano Castro, ha traído ante esta instancia un aproximado de 220 procesos de hábeas data, muchos de los cuales están dirigidos contra la misma entidad demandada» (TC, 2019c, fundamento 17). En este mismo documento citado, se advierte el abuso del derecho: «los procesos constitucionales como el presente son llevados por el propio demandante como abogado, por lo que, al hacerlo, en la práctica está obteniendo que se le paguen honorarios por casos que él mismo crea» (TC, 2019c, fundamento 17). De esta manera, pese a la regla de pago de honorarios, esta vez se asume una posición distinta: «corresponde exonerar a la demandada del pago de costos, toda vez que al usar los hábeas data para crear casos de los que obtener honorarios, el demandante desnaturaliza dicho proceso constitucional» (TC, 2019c, fundamento 20). Esto, en tanto que los

procesos constitucionales no pueden ser escenarios de abuso del derecho de parte de quien solicita tutela urgente.

6.2. A nivel de los procesos contencioso-administrativos

Para el ciudadano que emplaza al Estado, la situación no es auspiciosa, pues el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante Ley n.º 27584), propicia la intervención de la autotutela administrativa en este juicio.

La jurisprudencia es bastante temerosa para ofrecer fórmulas de resarcimiento al ciudadano cuando tiene que asumirse el pago de honorarios. Cuestiona la ficción de validez de las decisiones administrativas e inclusive se vale del precedente judicial vinculante —normalmente usado ante interpretaciones disímiles y no ante una posición unilateral del legislador y del juez— para pretender justificar dicha regla sin excepción, bajo el argumento deleznable de que «las pretensiones que se postulan [...] se plantean contra las actuaciones administrativas [...], por lo que no se ventilan pretensiones patrimoniales en este proceso» (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República [Segunda Sala], 2013, consideración décima segunda). Esta es una justificación poco sólida para convencer a los ciudadanos —depositarios del poder— de que el Estado debe seguir viéndose exonerado frente al carácter antijurídico de sus actuaciones administrativas de derecho administrativo, lo que no se condice con el escenario español, donde las costas procesales deben ser «suficientemente precisas y comprensibles para no entorpecer el acceso a una rama de la justicia especialmente sensible» (Cierco, 2017, p. 47), pues, como refiere González (1952), se trata de «inversiones económicas que el proceso lleva consigo» (p. 106).

En el caso nacional, como una suerte de estrellas fugaces, hay buenos intentos de justificar por qué la administración debe asumir las consecuencias de su negativo proceder, que lamentablemente son

ahogados de modo prematuro por la Corte Suprema de Justicia de la República, como el que se consigna en la siguiente sentencia:

Finalmente, en relación a la causal por inaplicación de lo previsto en el artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, podemos apreciar que la sentencia de vista, expedida por la Sala Constitucional y Social del Cusco, condenó al pago de costas y costos procesales a la Municipalidad Distrital de Wanchaq. La norma aludida establece que «las partes del proceso contencioso administrativo no podrán ser condenadas al pago de costos y costas». El fundamento de este precepto, por el lado del administrado, es incentivar el ejercicio de la acción contenciosa administrativa, prevista en el art. 148 de la Constitución, sin temor de sufrir el pago de costas y costos por perder el proceso judicial. Ahora, por el lado de la Administración Pública, la norma tiene por objeto salvaguardar el patrimonio público; de este modo, en los casos que la Administración Pública resulte perdedora en un proceso contencioso administrativo se verá exonerada del pago de los gastos procesales en los que ha incurrido el administrado, en salvaguarda del interés general sobre el particular. En consecuencia, cuando la Sala Superior condenó al pago de costas y costos a la Municipalidad Distrital de Wanchaq, por resultar perdedora del proceso, incurrió en inaplicación del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, por lo que corresponde amparar la denuncia propuesta, declarándose fundado el recurso de casación en dicho segmento y, por lo tanto, casar la sentencia de vista en ese extremo y dejar sin efecto la condena al pago de costas y costos a la recurrente (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, consideración novena).

En este aspecto, obra una fuerte deferencia de los jueces a la legislación, por lo que la jurisprudencia admite, de modo pacífico, que el Estado puede verse librado de los costos procesales frente a sus decisiones administrativas emitidas en el curso del derecho administrativo (actos administrativos, vías de hecho, inactividades administrativas, etc.), sea que estas tengan o no el aval de la ficción de validez, atendiendo a que se someten a juicio cuando inciden negativamente sobre

el escenario del administrado sin que haya, de por medio, una obligación de soportar que se constituya en fuente legitimante del actuar de los poderes públicos. De nuestra parte, en Huamán (2014) se sostiene que, a manera de guía pedagógica, el juzgamiento de vías de hecho, la edad o la salud del justiciable, la naturaleza laboral pública o previsional del juicio, el planteamiento de pretensiones mandamentales, el monto del crédito a ser pagado por el Estado, entre otros, «son criterios enteramente objetivos, puntuales, aunque no exclusivos, menos excluyentes, para efectuar una suerte de medición de las razones para condenar al Estado a la asunción de los costos del proceso en sede de lo contencioso administrativo» (pp. 1683-1691), orientándose en proyectar un espacio de quiebre a la eximencia estatal de asunción de los costos procesales.

6.3. A nivel de los procesos laborales: el papel de la Corte Suprema, de los plenos jurisdiccionales de los distritos judiciales de Áncash (2016) y Junín (2018), y la posición de los magistrados Corrales Melgarejo y Yangali Iparraguirre

En este espacio, nos abocaremos a desarrollar los alcances de la jurisprudencia en materia de procesos laborales al abrigo de la ley procesal especial.

6.3.1. Los costos procesales en las decisiones supremas contenidas en la Casación Laboral n.º 15493-2014-Cajamarca y la Casación n.º 1021-2015-Cajamarca

La Corte Suprema se acoge a la teoría del resarcimiento en los procesos laborales privados cuando se emplaza al Estado y establece, de conformidad con la Carta de 1993, que solo hay exoneración de costas procesales, mas no de costos, de modo que «la exoneración prevista en el anotado artículo 47 solo comprende las costas del proceso, pues, cuando se refiere a los gastos judiciales está haciendo referencia a los que regula el artículo 410 del Código Procesal civil» (Segunda

Sala, 2016, consideración segunda). Asimismo, se precisa que «para los procesos laborales la imposición del pago de costos está expresamente regulada en la Séptima Disposición Complementaria de la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo» (Segunda Sala, 2016, consideración octava). Esto se apoya en otro pronunciamiento que sostiene que «no existe fundamento constitucional alguno para no ordenar el pago de costos por parte de los entes públicos» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016, consideración séptima), lo cual permite apreciar una línea uniforme al respecto.

6.3.2. Los plenos jurisdiccionales laborales respecto de los costos procesales: la posición de los distritos judiciales de Áncash y Junín

En sede de los plenos jurisdiccionales se predica que «el Estado puede ser condenado al pago de los costos [procesales]» (Corte Superior de Justicia de Áncash, 2016, conclusión plenaria del tema 2). Se establece entonces, en la misma conclusión citada, «que las resoluciones que fijen tal mandato deben encontrarse debidamente motivadas». Esta postura es reiterada al dejarse consignado que a los cuerpos públicos «se [les] puede condenar al pago de los costos del proceso» (Corte Superior de Justicia de Junín, 2018). De este modo, se entiende que el Estado, al ser emplazado como un particular y al haber actuado en ejercicio de atribuciones distintas de la administrativa, debe asumir los honorarios derivados de la relación laboral no estatutaria.

6.3.3. Los honorarios profesionales, la teoría del resarcimiento y los criterios para su cuantificación conforme con la posición de la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo

En sede de las Cortes Superiores, se aprecia la misma línea jurisprudencial con interesantes perspectivas. Para empezar, la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo, en la Resolución n.º 6, del 14 de agosto de 2018, con el voto del magistrado Corrales Melgarejo, se

aboca a sostener la tesis del resarcimiento como fundamento de la condena por el pago de costos procesales al abrigo de los siguientes argumentos:

29. La doctrina ha entendido que el pago de los costos procesales tiene su fundamentación en el hecho de que la intervención del abogado es vital para el proceso judicial porque, en un sistema como el nuestro (con patrocinio cautivo), la justicia no podría funcionar si el juez tan solo tuviera contacto directo con la impericia jurídica de los litigantes [...].
30. [...] Finalmente, debemos incidir que el establecimiento de costos del proceso tiene la calidad de reembolso, mas no puede entenderse como una forma de enriquecimiento del beneficiario (fundamentos 29 y 30).

Desarrolla entonces, en el mismo documento citado, una interesante tabla de cuantificación de costos procesales de la que conviene dar cuenta, a efectos de determinar cómo procede que la justicia determine dicho pago:

31. Por lo dicho, el Colegiado considera pertinente establecer, a partir de la presente sentencia, nuevos elementos objetivos a la luz del principio de razonabilidad y proporcionalidad, con la finalidad de cuantificar los honorarios profesionales, que se fijarán partiendo del monto dinerario ordenado, siempre que se trate de procesos donde se determinen sumas económicas, y que variarán teniendo en cuenta otros indicadores, en tal medida corresponde efectuar el análisis de los elementos:

a) Monto dinerario ordenado:

Rango	Monto por honorarios profesionales
Menos de S/ 20 000.00	Se evaluará caso por caso
S/ 20 000.00 a S/ 50 000.00	S/ 4000.00
S/ 50 000.00 a S/ 100 000.00	S/ 8000.00
S/ 100 000.00 a S/ 150 000.00	S/ 12 000.00
Sumas mayores a S/ 150 000.00	Se evaluará caso por caso.

En tal medida, al haberse ordenado el monto de S/ 59 121.01, confirmado en la presente instancia, el monto ponderado por honorarios profesionales será de S/ 8000.00, que variará de acuerdo a las incidencias del proceso, siempre que así lo justifique, caso contrario dicho monto proporcional comprenderá los demás criterios analizados (fundamento 31).

A partir de lo sostenido, la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo establece que el monto económico judicialmente decidido se suma a la duración del proceso judicial seguido, así como la participación de la defensa técnica dentro de la que se comprende no solo la actividad escrita, sino también las participaciones activas de dicho profesional del derecho. Desde esta perspectiva, esta sala precisa los aspectos determinantes para los cuales se fija el monto específico de los honorarios de la defensa una vez definido que el Estado debe pagar los costos, pues, como puede verse del contenido del veredicto, se trata de un proceso laboral seguido contra la administración pública como empleadora.

6.3.4. La teoría del resarcimiento en la jurisprudencia de la Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima a través de algunos expedientes

Junto a las precisiones de la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo, otro de los espacios jurisdiccionales donde se ha reforzado esta posición (la de la teoría resarcitoria en cuanto a los honorarios) reposa en la Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima (2020a), bajo el voto de Yangali Iparraquirre, al abrigo de las siguientes precisiones:

La fijación de costos y costas procesales obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional, así como el pago de tasas jurisdiccionales.

En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido, adicionando el acceso de la justicia (consideración décimo novena).

Dicha posición jurisprudencial se aparta de la aplicación del Código para otorgar plena autonomía a la regulación procesal laboral, manteniendo una línea jurisprudencial asentada en los pronunciamientos de vista del 3 de octubre de 2018, 20 de agosto de 2020 y 9 de noviembre de 2020, correspondientes, respectivamente, a los Expedientes n.º 13550-2016-0-1801-JR-LA-03, n.º 01200-2019-0-1801-JR-LA-04 y n.º 0665-2018-0-1801-JR-LA-09. De esta manera, se reduce al mínimo la invocación de la posición beneficiosa de la administración como persona poderosa, pues, al ser llevada a juicio laboral, se entiende que actúa con las prerrogativas permitidas por el legislador dentro de las cuales se excluye la de no verse obligado al pago de costos. La contundente fuerza de la convicción de los argumentos nos obliga a su necesaria transcripción:

En efecto, ¿a qué obedece el hecho de si se condena o no al pago de costas y costos al Estado? La respuesta hay que buscarla vía interpretación finalista del dispositivo:

«En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos».

Así, este Colegiado considera que la intención perseguida con dicho dispositivo es:

(i) Que el Estado como empleador se vincule y actúe respetando las normas que rigen el trabajo dependiente, con el objeto de reducir la judicialización de los conflictos jurídicos derivados de ello.

(ii) En los casos en que el conflicto jurídico ya se generó y está judicializado a que antes de defender a ultranza el actuar de la institución se efectúe una valoración concienzuda del caso materia de litigio, a efectos de reconocer los extremos que de modo objetivo resulten acorde a la justicia; pues, la defensa jurídica del estado tampoco puede significar litigar por el solo

hecho de no dejar en indefensión al Estado, sino litigar con base a probabilidades de éxito.

De lo contrario, el Estado desde sus propios órganos estaría amparando una judicialización improductiva y que, por el contrario, genera una saturación en la atención de las causas por los órganos jurisdiccionales, afectando de ese modo la administración de justicia laboral para la sociedad. Por tanto, el Estado debe ser condenado al pago de costos únicamente si es que no se ha efectuado una defensa jurídica realista y con probabilidades de éxito, esto es, si ha tenido suficientes motivos razonables para litigar por los extremos en que haya sostenido el conflicto jurídico (Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT, 2020a, consideración vigésimo primera).

De lo advertido, se puede verificar que los distintos niveles de la jurisprudencia laboral mantienen una línea uniforme cuando se trata de que el Estado, a través de la administración, deba asumir el pago de los costos procesales. Dicha línea reitera la necesidad de cerrar filas al Código cuando se argumenta la exención de costos a las organizaciones públicas emplazadas en juicio.

6.4. A nivel del Tribunal del Servicio Civil

El ejercicio de la actividad administrativa no es ajeno a la proyección de los costos procesales, de manera que, al no haber prohibición de aplicar el Código cuando se emplaza al Estado, cabe también echar mano de dicha previsión jurídica:

11. [...] la facultad conferida a los órganos judiciales y administrativos para fijar costos en los procesos o procedimientos administrativos no es una facultad que pueda ejercerse de manera irrazonable o arbitraria, sino que debe sustentarse en situaciones objetivas, como son las incidencias ocurridas durante el trámite del proceso o procedimiento administrativo y los documentos presentados por las partes que sean favorecidas con los costos.

[...]

13. Por tal motivo, a consideración de esta Sala, para fijar los costos del procedimiento será necesario tomar en cuenta las incidencias ocurridas desde la interposición del recurso de apelación hasta la emisión de la resolución final, lo cual implica valorar circunstancias como la complejidad del asunto en controversia, la participación o intervención del abogado patrocinante, el contenido económico de la pretensión, si lo hubiera; entre otros criterios. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional considera como otros criterios relevantes [...]: a) el éxito obtenido y su trascendencia, b) la novedad o dificultad de la cuestión debatida, y c) si los servicios profesionales fueron aislados, fijos o constantes.

Esto, además, resulta razonable atendiendo a que el obligado a pagar los costos en caso se declare fundado un recurso impugnativo es el Estado, con dinero público; por lo que no podría ordenarse el pago de sumas onerosas fijadas de manera discrecional que pudieran evidenciar un abuso de derecho (Tribunal del Servicio Civil, 2017, antecedentes 11 y 13).

Podemos identificar en esta cita que obra una visible detección de la potencial aplicación de la teoría del resarcimiento-vencimiento consignada en el artículo 31 del Decreto Supremo n.º 008-2010-PCM, Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, modificado por el Decreto Supremo n.º 135-2013-PCM y por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM. Esto a razón de que inclusive el Estado puede ver reconocidos los honorarios de su defensa técnica ante escenarios de confirmación de la ficción de validez de sus decisiones administrativas sometidas, en sede impugnativa, a este Tribunal administrativo, en materia de servicio civil y no solo frente a contextos en los que el administrado obtiene una posición favorable en sede recursiva. Esto último es enteramente confirmado por los pronunciamientos que, a manera de línea uniforme, giran alrededor del pedido de liquidación de costos contenidos en la Resolución n.º 001048-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala y la Resolución n.º 001218-2019-SERVIR/TSC-Primera Sala, que marcan una importante línea de actuación de dicho tribunal cuasijudicial.

7. LOS COSTOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Los costos procesales son una institución ligada al resultado del proceso, por lo que el Código los ubica, de manera dispersa, a través de su cuerpo adjetivo. No obstante, de nuestra parte, nos abocaremos al análisis de algunos artículos de su texto, dado el enfoque concreto del presente trabajo.

En consecuencia, el primer atisbo sobre los costos procesales se vincula a la gratuidad del proceso, establecida en el artículo VIII del Código. Así, se entiende que su asunción se abre espacio como un escenario que obliga a asumir determinadas cargas por parte de quienes acuden a los tribunales, incluyendo el contexto en el que la articulación del proceso ha sido con propósitos deshonestos, conforme lo establece el artículo 4 del Código.

Más adelante, el artículo 411 del mismo cuerpo procesal consigna la definición legislativa de los costos. Establece que es consecuencia de no haber demostrado lo sostenido en juicio tanto de quien es perjudicado por una cuestión de forma en el proceso (por ejemplo, alguna excepción) como del que es declarado rebelde o de quien resulta sancionado con una declaración de improcedencia. Por tanto, la expresión «de la parte vencedora», consignada en dicho artículo, es poco saludable a nivel procesal y resulta que su asunción se constituye en regla, en tanto, de conformidad con el artículo 412, la exoneración se constituye en una situación singular pero no discrecional, pues se encuentra ligada a la determinación del carácter expreso y motivado del porqué de tal decisión jurisdiccional.

A su turno, el artículo 413 del Código prescribe de manera expresa la exención de los costos del proceso en cuanto corresponde al Estado. De este modo, se advierte un profundo privilegio que no tienen los particulares, ya que el legislador no diferencia si las organizaciones que componen la administración han actuado en prerrogativas de derecho público o lo han hecho como un particular más.

8. LOS COSTOS PROCESALES EN LA LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NACIONAL Y LAS VARIACIONES EN LOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS ESPAÑOL Y ARGENTINO

La legislación relacionada con el contencioso-administrativo, contenida en la Ley n.º 27584, resulta lacónica para determinar los costos del proceso. En este aspecto, el artículo 49 prescribe toda imposibilidad de su condena, lo que lleva a entender que dicho precepto jurídico es inaceptable en el Estado constitucional, ya que la autotutela como situación jurídica y fáctica de exposición, y el ejercicio de los poderes de la administración no puede tener mayor peso que la vigencia y la eficacia de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el de acceso a la justicia y el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La previsión del legislador en nuestro derecho es totalmente disonante con los tiempos actuales en los que, en el derecho comparado, se deja establecido que cuando el Estado es emplazado en juicio contencioso-administrativo debe necesariamente asumir los costos como organización pública, pues se entiende que la autotutela no conlleva tamaña excepcionalidad. No obstante, en el derecho español se debía producir temeridad o mala fe para tal consecuencia, conforme con lo preceptuado en el artículo 131, inciso 1, de la LJCA56. Esto es actualmente variado en un escenario de resarcimiento-vencimiento en el proceso, como lo hemos señalado, aunque «la evolución de los criterios legales sobre imposición de costas ha experimentado una evolución que en cada reforma legal no ha hecho sino agravar la situación de los litigantes» (Moltó, 2016, p. 340).

En el plano contencioso-administrativo argentino, el legislador en el CCAPBA se aboca a la teoría del resarcimiento como regla general, de modo que se utiliza un criterio subjetivo para casos agrupados bajo enteros aspectos de ejercicio de derechos fundamentales sociales, como señala el artículo 50, inciso 2, de dicho aparato legal: «cuando

la parte vencida en el proceso fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, en causas en materia de empleo público o previsional, las costas le serán impuestas solo si hubiere litigado con notoria temeridad», solo en cuanto haya un propósito deleznable en emplazar al Estado.

9. LOS COSTOS PROCESALES EN LA LEY PROCESAL LABORAL

Procede efectuar el análisis de la regulación procesal en materia laboral enfocado en el tema de los costos, teniendo en cuenta que, por tratarse de una regulación especial, el Código adquiere una posición supletoria.

9.1. En la Ley n.º 26636, Ley Procesal del Trabajo

En esta ley (en adelante LPT), actualmente derogada, identificamos los aspectos ligados a los costos procesales. Veamos la construcción legislativa a efectos de proceder a su estudio.

9.1.1. El alcance de los artículos 6 y 48 de la LPT

Para empezar, el artículo 6, inciso 2, entiende que los costos son un concepto distinto al del valor económico de la pretensión procesal y obviamente al de los conceptos específicos (CTS, vacaciones, gratificaciones, etc.) que en ella se comprendan, atendiendo a que se trata de una situación expectaticia. Precisamente, esto tiene conexión con el artículo 48, inciso 4, que comprende los honorarios como parte del pronunciamiento final del juzgador, momento en que se ha determinado el éxito o el rechazo, por improcedencia o infundabilidad, de lo invocado por el trabajador, quien es, por lo general, el demandante, y, por ende, el rechazo de los honorarios.

9.1.2. La proyección del artículo 49 de la LPT: la exoneración de costas y costos al trabajador conlleva que sí pueda asumirlos el Estado

De otra parte, por mandamiento del artículo 49 de la LPT, el legislador asume que el trabajador se encuentra exento del pago de los honorarios y de las costas del proceso. Se asume que esto es expresión de la proyección de la tutela del sujeto débil que es el trabajador, quien acude a los tribunales ante un escenario de afectación de sus derechos, siendo atendible que, de modo razonable, tenga que llevar a juicio a su empleador.

Dados los alcances de los artículos 6, 48 y 49 de la LPT, corresponde indicar que el legislador se aboca a dotar de la tutela de la gratuidad de la justicia al trabajador, pues ya soporta el peso de las profundas diferencias que se suscitan frente al empleador, incluso cuando este es el Estado.

9.2. En la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo

Esta ley (NLPT) mantiene similar precisión a la anterior LPT en algunos aspectos. Ello nos lleva a abocarnos a los puntos novedosos de esta legislación procesal presentes en el artículo 14 y la Séptima Disposición Complementaria, dejando atrás el desarrollo de los artículos 5, 31 y 38 de dicho cuerpo procesal.

9.2.1. La inserción de la teoría del vencimiento en el artículo 14 de la NLPT, en aplicación del Código Procesal Civil

En cuanto a la determinación de costas y costos, prevista en el artículo 14 de la NLPT, hace un viraje que la distancia de la LPT. Aquí se entiende que debe invocarse el Código, lo que lleva a que la NLPT recoja la tesis mayoritaria del resarcimiento (con similar proyección en la parte pertinente del artículo 235, inciso 1, de la LRJS española), que normalmente se asocia al concepto del vencedor en juicio —que es más una figura de evocación vindicativa que técnica— con una

mínima intervención de la teoría subjetiva y la de moderación discrecional, cuyo análisis ya hemos desarrollado.

Sin embargo, creemos que el fácil recurso de remitir este aspecto al Código no contribuye al carácter especializado del derecho procesal laboral. En este sentido, proponemos el siguiente texto: «Artículo 14. Costas y costos: La imposición de costas y costos se regula conforme con la Constitución, la presente ley y solo en aspectos no previstos en ella por el Código Procesal Civil». Dicha proyección reconoce, con fuerza propia, la autonomía de la NLPT y la generación de sus propias reglas jurídicas procesales, que debe enfocarse en la tutela del prestador de servicios, dentro del cual se encuentra el trabajador, que no solo descansa en el aspecto sustantivo del derecho laboral sino también en su proyección adjetiva.

9.2.2. La exoneración de costos y costas para el prestador de servicios sin precisarse si debe tener la calidad de demandante o demandado, sujeto a que no supere las 70 unidades de referencia procesal

En igual orden de ideas, en este mismo artículo 14, es viable la exoneración de los honorarios para quien presta servicios a otro sujeto. Esto lleva a que el legislador vaya más allá del concepto del trabajador y repare en que hay escenarios en los que, recién con la intervención del juez laboral, se va a determinar si tal prestador (locador de servicios, dependiente, con labores de intermediación o tercerización, subcontratista, etc.) tiene o no la calidad de trabajador directo respecto de quien, en la realidad, presta sus servicios.

A nivel de derecho comparado, para efectos pedagógicos, la exoneración bajo un alcance amplio procede para quienes cuentan con defensa gratuita, los sindicatos, así como los funcionarios o el personal estatutario, que demandan como empleados públicos ante el juez laboral —allí denominado orden social—, como es la prédica del artículo 235, inciso 1, de la LRJS española.

No obstante, cabe plantear las siguientes acotaciones respecto de la NLPT: esta exoneración no opera para todos los casos, ya que está sujeta a los límites señalados en dicho artículo 14, de modo que, si el petitorio va más allá de tales barreras determinadas por el legislador, aunque tenga la calidad de prestador de servicios, le corresponde ser condenado al pago de costas y costos en aplicación de la teoría del resarcimiento.

9.2.3. La condena de costos y costas ante la temeridad o la mala fe: el carácter gaseoso de dichos conceptos jurídicos indeterminados y alguna propuesta de *lege ferenda*

El mismo artículo 14 de la NLPT determina el pago de costas y costos ante situaciones gráficas de temeridad y mala fe, entendiéndose que se trata de dos institutos distintos enfocados en un proceder reprochable del sujeto que se incorpora a la actividad procesal.

Al respecto, tomando como referencia los argumentos en materia contencioso-administrativa, González (1952) entiende que nos encontramos ante un solo instituto: «por litigante temerario o de mala fe debemos entender —dice Guasp— aquel que sostiene una pretensión injusta sabiendo que lo es o que hubiera podido saberlo si hubiese indagado con más diligencia los fundamentos de la pretensión» (p. 127). Por su parte, Casino (1992) mantiene una óptica distinta cuando asevera que «temeridad y mala fe son dos conceptos que, pese a su distinto significado, no son tratados de forma muy diferente por la jurisprudencia o, por lo menos, no lo son con la debida precisión» (p. 303). Sin perjuicio de lo sostenido, este último autor predica lo siguiente:

La administración pública podrá, por tanto, ser condenada en los procesos contencioso-administrativos en que intervenga, con independencia de la posición procesal que adopte, siempre que su conducta, ya sea la seguida con anterioridad al proceso o la propiamente procesal, pueda ser tachada de temeraria o de mala fe. «La interdicción de la mala fe y de la temeridad

extiende su ámbito tanto a los ciudadanos, como a los poderes públicos», afirma la S. T. S. de 1 de octubre de 1990; o como dice la S. T. S. de 6 de junio de 1990, una interpretación del artículo 131.1 de la LJCA, conforme a la Constitución «impone a la administración la obligación de responder de sus actuaciones arbitrarias, que incluyen las procesales temerarias sin distinción» (p. 302).

Más allá de la ausencia de precisión, actuar con temeridad y mala fe, conceptos jurídicos indeterminados, sometidos a la necesaria valoración judicial, da pie a que el sujeto prestador de servicios deba asumir el pago de costas y costos en el proceso laboral. En este sentido, no es relevante el *quantum* del petitorio, pues el eje central es el propósito deshonesto con el que actúa quien toca o acude a la puerta de los tribunales, lo que predica la NLPT de modo independiente a que nos encontremos ante un conflicto individual, plural o colectivo.

La LRJS española tiene una posición distinta, de manera que en cuanto respecta a los conflictos colectivos, a diferencia de nuestro derecho procesal laboral, valora la mala fe o temeridad independientemente de quién las haya utilizado, por lo que, en función del artículo 235, inciso 2, toca que sean el sindicato o las asociaciones empresariales quienes deban asumir los honorarios según hayan actuado de modo deleznable. Ahora bien, esto debe ser aquilatado con el escenario previsto en el inciso 3 de dicho artículo, en el que se prescribe que, ante escenarios temerarios, de mala fe e incluso dilatorios de planteamiento del recurso de suplicación contra sentencias de los juzgados de lo social o del recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, asume los honorarios quien actúa de tal manera. De este modo, quedan liberados de la carga los trabajadores, los funcionarios y el personal estatutario, o quienes tienen la calidad de beneficiarios de la seguridad social, pues se entiende que todos han tenido motivos razonables para emplazar a la administración en cautela de sus derechos.

Volviendo a nuestra NLPT, corresponde indicar que, como está planteada en la parte pertinente del artículo 14, la cuestión no está ausente de cuestionamiento, ya que los conceptos jurídico-indeterminados consignados en la ley procesal laboral no son fácilmente asibles por el juzgador, por lo que se requiere un análisis de todas las incidencias del proceso para saber si se ha procedido de tal manera, lo que, en buena cuenta, requiere la prueba de su ocurrencia y no una simple deducción. Lógicamente, todo contexto de no probanza o de duda razonable abonará en no decantarse por dicha condena, por lo que corresponde tomar prestadas las expresiones foráneas de Moltó (2016): «si no existían tales circunstancias, incluso en el caso de ser vencido, se podía atemperar la condena en costas e, incluso, en otras instancias, se podía justificar su no imposición» (p. 341). En este sentido, es posible que, por otro lado, la discrecionalidad autorizada por la NLPT devenga en arbitrariedad, ya que según Casino (1992), «el criterio subjetivo, por el contrario, concede al órgano judicial una amplia potestad respecto a su imposición, precisamente por descansar sobre la apreciación de mala fe o temeridad litigiosa en la actuación procesal del vencido» (p. 299). Razón por la cual sería oportuno que el legislador o el juez atempere, a manera de término medio, la aludida medida de imposición de costas y costos con base en datos objetivos; por ejemplo, determinando su producción cuando se ha demandado o cuando se ha contestado la demanda, contrariando la jurisprudencia, los plenos jurisdiccionales, los precedentes vinculantes o los principios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República, e inclusive los precedentes administrativos vinculados con diversos aspectos de los procesos laborales, así como los contencioso-administrativos laborales, o desconociendo el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados.

Ante esto, con calidad de *lege ferenda*, proponemos el siguiente texto procesal:

Artículo 14. Costas y costos: El juez exonera al prestador de servicios de costas y costos si las pretensiones reclamadas no superan las setenta (70) unidades de referencia procesal (URP), salvo que la parte hubiese obrado con temeridad o mala fe. Se entiende que obra como tal quien procede de manera contraria a la jurisprudencia, los plenos jurisdiccionales, los precedentes vinculantes o los principios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República o los precedentes administrativos, o quien desconoce el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados.

Creemos que esta solución dota de materialidad a los conceptos jurídico-indeterminados de la temeridad y mala fe no solo para evitar que se asuman las costas y los costos como sanción por no ser su naturaleza, sino para enfocarse en el hecho de que quien actuó de modo deshonesto, incluyendo el Estado, asuma las consecuencias del abuso en el ejercicio de su posición de poder público.

Dicha proposición es de tal grado que no solamente va a llevar a que el prestador de servicios pueda asumir los costos y las costas, sino también el empleador e incluso el Estado mismo cuando el juez advierta que su accionar es contrario a la línea uniforme de la posición inamovible de los tribunales o de los derechos fundamentales, en cuanto concierne a su estricto contenido esencial, a efectos de otorgar objetividad a una figura tan gaseosa como la teoría subjetiva.

9.2.4. La exoneración ante «motivos razonables para demandar» como concepto jurídico indeterminado

La viabilidad de la exoneración de los costos y las costas del proceso laboral también emana del ejercicio regular del derecho a acudir a los tribunales, con la expresión de «si, en cualquier tipo de pretensión, el juez determina que hubo motivos razonables para demandar» (artículo 14 de la NLPT). Esto nos traslada a un escenario amplio —dada su calidad de concepto jurídico indeterminado—, en beneficio de la parte demandante, ya que puede suceder no solo que quien emplaza

al empleador asuma tener el derecho que solicita judicialmente bajo pretensiones implícitas de restablecimiento de lo que alega haber obtenido (reposición, pago de devengados, entre otras), sino también que pueda esbozar pretensiones de reconocimiento (desnaturalización de la prestación de servicios de naturaleza laboral, formativa, administrativa o de seguridad social, de derecho público o cooperativista, responsabilidad por daño patrimonial o extramatrimonial, etc.), e incluso que articule su demanda creyendo tener el derecho (el trabajador CAS que no llega a acreditar el plazo legal establecido en la Ley n.º 31131 a efectos de tener la calidad de trabajador público indeterminado) que solicita judicialmente.

Desde dicha posición, el planteamiento del artículo 14 de la NLPT obliga a la aplicación de la teoría de la moderación discrecional que se deposita en el director del proceso, teniendo que efectuar un necesario desarrollo argumentativo a efectos de dotar de contenido al aludido concepto jurídico indeterminado.

10. EL ESTADO EMPLAZADO EN JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Cuando es emplazado en juicio, el Estado pierde los privilegios dados por el derecho administrativo. Por ende, no se justifica que, en el juicio contencioso-administrativo laboral, manejado por la NLPT, se vea liberado de asumir los costos. La Carta de 1993 determina que el Estado solo se encuentra eximido de las costas procesales, y no precisa si ello opera cuando actúa como poder público o como un particular más, en tanto la Ley n.º 27584 establece como improcedente el pago de costos, frente al hecho de que la NLPT avala tal posibilidad. Ante este escenario, tratándose específicamente del desarrollo de los procesos contencioso-administrativos laborales, el Estado sí debe satisfacer el pago de los honorarios. No se trata de la aplicación de la vetusta e irrazonable teoría del vencimiento que poca convicción contiene en su seno en la actualidad, sino del pleno reconocimiento de que

las reglas de este tipo específico de procesos se guían por la NLPT en función de los artículos 2, inciso 4, y 20.

A nivel del derecho comparado, en el caso argentino, para mayor afianzamiento de nuestros argumentos, la CCAPBA determina lo siguiente: «Cuando la parte vencida en el proceso fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, en causas en materia de empleo público o previsional, las costas le serán impuestas solo si hubiere litigado con notoria temeridad» (artículo 50, inciso 2). Una similar proyección se encuentra en el artículo 235, inciso 1, de la LRJS española. Esto ha llevado a sostener, de acuerdo con Isabella (2013), que «creemos que este sistema [...], claramente más justo, encontrará defensores y detractores, lo cierto es que dependerá del prisma que se utilice en cada caso» (p. 38). Se atiende, entonces, a aquello que se valora como de mejor proyección sobre el ciudadano, conforme con lo sostenido por Cabral (2010), que se ve forzado a emplazar a quien ya procede cubierto de la ficción de validez.

De este modo, en orden a los principios constitucionales de concordancia práctica y de función integradora, una aplicación armónica de la Carta de 1993, así como de la Ley n.º 27584 y de la NLPT, permitiría hacer una necesaria diferenciación saludable. En los procesos contencioso-administrativos no laborales cabría aplicar la prohibición nada disimulada de la Ley n.º 27584, eximiendo al Estado de la condena y el correlativo pago de honorarios. En cambio, en los procesos contencioso-administrativos laborales, dentro de los cuales se incluye a los de alcance previsional por tener calidad alimentaria, debe aplicarse la NLPT, lo que lleva a que las administraciones públicas emplazadas en juicio deban asumir los costos del proceso, más aún si la propia ley contenciosa-administrativa prescribe en el artículo 16, inciso 16.2, que, antes de contestar la demanda, se estime la proyección del resultado exitoso o no del proceso, como ya se sostiene en Huamán (2014).

11. ¿EL ESTADO PUEDE O DEBE SER CONDENADO AL PAGO DE LOS COSTOS EN LOS PROCESOS LABORALES? ALGUNOS DATOS RELEVANTES PARA DETERMINAR EL CARÁCTER IMPERATIVO DE SU ASUNCIÓN

La Séptima Disposición Complementaria de la NLPT introduce una sutileza siempre enfocada en sembrar fórmulas de salvamento cuando se trata de llevar a juicio a la administración y de buscar rescatarla de los predicamentos en los que ella misma, por acción u omisión, se ve envuelta, obteniendo un provecho para el cual el derecho objetivo no puede ser cómplice aun cuando la anuencia provenga del legislador. La enunciación de una responsabilidad civil de la administración pública y la poca aplicación real del derecho de repetición a su personal, consignadas en la ley general del procedimiento administrativo, son pobres escenarios frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos, lo que lleva a que el Estado deba asumir las consecuencias de su actuar incorrecto.

Esta previsión de la ley procesal debe ser leída desde una perspectiva imperativa mas no facultativa, para ser consonante con el artículo 47 del mandamiento constitucional, con el propósito de asegurar que quien emplaza a las administraciones se vea resarcido frente a decisiones de la administración, que finalmente, por medio de un veredicto, se determinan como antijurídicas.

La determinación de costos es un proceso volitivo y material que pasa necesariamente por tener que demostrar que quien acude a los jueces lo hace para demostrar que tiene la razón con el necesario soporte de un profesional del derecho (sin tener que acudir al argumento simplista del vencedor). Más aún si la administración es una organización vicarial que, en uso de sus potestades de autoorganización, conoce con certeza el escenario previo al juicio laboral que bien podría evitar, lo cual no hace en el escenario práctico cuando es previamente intimada para proceder de modo adecuado.

Por esto, no opera livianamente el juez que en uso de sus atribuciones condena al Estado al pago de los honorarios a favor de quien logra demostrar haber sufrido la afrenta de su empleador.

El que se lleve a los poderes públicos a los juicios laborales, dentro de los cuales se encuentra el contencioso-administrativo laboral, no es una circunstancia afortunada para ningún ciudadano y mucho menos para quien decide ejercer su derecho de acceso a los tribunales. Ello se sostiene desde una fuerte posición jurisprudencial asentada no solo en la Casación n.º 1021-2015-Cajamarca, del 19 de enero de 2016, y en la Casación Laboral n.º 17384-2015-Lima, del 22 de junio de 2016, sino también en la Resolución n.º 6, del 14 de agosto de 2018, de la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo con Sentencia de Vista del 3 de marzo de 2020, generada en el Expediente n.º 04209-2017-0-1501-JR-LA-02. Se suma a esta posición la de la Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima, con los pronunciamientos de vista del 3 de octubre de 2018, 3 de marzo de 2020, 20 de agosto de 2020 y 9 de noviembre de 2020, correspondientes a los Expedientes n.º 13550-2016-0-1801-JR-LA-03, n.º 00653-2019-0-1801-JR-LA-84, n.º 01200-2019-0-1801-JR-LA-04 y n.º 0665-2018-0-1801-JR-LA-09, respectivamente, que sirven de sustento para la presente investigación.

Por último, somos de la posición de que un importante soporte argumentativo para fundamentar el pago de los costos del proceso por parte del Estado, dentro de los alcances de la NLPT relacionados con el juicio laboral y el juicio contencioso-administrativo laboral, se debe basar en datos reales, como el tipo de proceder de la administración. Por ejemplo, el juzgamiento de vías de hecho, que parta de una infracción laboral establecida por la autoridad inspectivo-laboral de manera firme, el tipo de prestación de servicios, así como la forma de disimularla u ocultarla frente a la realidad, la edad o la salud del justiciable, la naturaleza laboral pública o previsional del juicio (como

ya lo hace el CCAPBA y la LRJS, a nivel argentino y español, respectivamente), el planteamiento de pretensiones mandamentales en las que se ha buscado que la administración satisfaga la prestación debida, el monto del crédito a ser pagado por el Estado, entre otros aspectos.

En dicho escenario es posible adicionar otros importantes criterios argumentativos para determinar la imposición de honorarios al Estado. Estos criterios pueden sostenerse desde el hecho de que la conducta de la administración empleadora desconozca los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema (lo último respecto de los procesos populares de acuerdo con el Código Procesal Constitucional de 2021), los plenos jurisdiccionales de ambos intérpretes o los principios jurisprudenciales (estos últimos generados en el curso de la Ley n.º 27584) de la Corte Suprema, así como los criterios jurídicos que constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria emanados de tribunales administrativos por expresa habilitación de la ley de la materia ligada al contexto judicial. Se comprende aquí, sin mayor problema, la afrenta de los derechos fundamentales en cuanto corresponda a su contenido esencial al entenderse que son aspectos sobre los cuales la administración, como poder público, no puede ir en contra.

12. CONCLUSIONES

El análisis referido a los costos del proceso parece constituirse en un tema mínimo, casi insignificante, en la historia del proceso judicial, ya que se entiende que aparentemente lo único relevante, sin más, es el acceso a la justicia, así como el acto de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Detrás de esta recortada visión, propia de la formación jurídica, aflora la necesidad de que los ciudadanos puedan encontrar herramientas adecuadas para alcanzar justicia ante los tribunales, pues, para ellos, los debates en torno a los costos se constituyen en espacios

metafísicos y esperan solo que se les sea devuelto el esfuerzo económico invertido, el cual, en un escenario distinto del conflicto, pudo tener un uso de mayor efectividad. Los costos van ligados al Estado constitucional, pues revelan la necesidad de que las personas vean que el Estado asume las consecuencias de su proceder inadecuado, atendiendo a que las relaciones jurídicas entre ambos se basan en la buena fe. Ningún ciudadano conscientemente emplaza a la administración con un propósito deleznable.

Desde dicho aspecto, la determinación de los costos implica involucrar al Estado en la necesidad de una buena administración, a efectos de cerrar filas frente a la necesidad de demandarlo cuando, con sus cuerpos técnicos y jurídicos, puede evitar llevarse el asunto controversial a juicio.

De lo señalado, los costos se enfocan en resarcir a quien no debería verse obligado a acudir a los tribunales. De este modo, se constituye en un mecanismo objetivo destinado a desincentivar la innecesaria litigiosidad (y no a provocarla, como se piensa) generada por el Estado como garante del interés general cuando, pese a que los tribunales judiciales o administrativos han cerrado determinadas dudas sobre el reconocimiento o el restablecimiento de derechos, procede de modo distinto. Ello genera una conducta reñida con el principio de confianza legítima que el ciudadano espera de la autoridad administrativa, quien tiene que ser llamada a juicio para que actúe adecuadamente. Desde ya largo tiempo, los escenarios foráneos, en especial los españoles y argentinos, reconocen que la determinación de los honorarios de quien emplaza al Estado es una medida saludable al punto tal que la propia LRJS establece legislativamente topes a los costos. En tanto, en nuestro derecho lo hace la jurisprudencia a través del magistrado Corrales Melgarejo, con la marcada posición de la Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo, lo que nos lleva a sumarnos y aportar propuestas de reforma legislativa con el propósito de involucrar al Estado en el ejercicio adecuado de sus prerrogativas públicas.

Finalmente, corresponde dejar consignado que no puede existir duda alguna acerca de la posibilidad de que el Estado asuma los costos procesales, pues tener incertidumbre sobre este punto implicaría asumir en el Estado constitucional, de manera pacífica, que la administración es indemne a su propia arbitrariedad, inclusive cuando actúa de manera omisiva al afrontar los derechos de los ciudadanos.

REFERENCIAS

- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bolinaga, Í. (2014). *Breve historia de la Revolución francesa*. Nowtilus.
- Cabral, P. O. (2010). El régimen de las costas del juicio en el proceso administrativo bonaerense en materia de empleo público. En Isabella, D. (dir.), *Código Procesal Administrativo de la provincia de Buenos Aires. La justicia administrativa* (t. II). Ediciones RAP.
- Casino, M. (1992). Las costas en el proceso contencioso-administrativo y el derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (11), 293-316. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051090>
- Cierco, C. (2017). El poder del juez administrativo de limitar las costas procesales. *Revista de Administración Pública*, (202), 43-89. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/57800>
- Clavero, B. (1981). Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de «Estado moderno». *Revista de Estudios Políticos*, (19), 43-57. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26645>

- Corte Superior de Justicia de Áncash (2016). Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Constitucional, Laboral, Civil y Familia. Acta de sesión plenaria. Áncash: 23 de junio de 2016. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fc2b67804f173d0e8ac4aaeca96f216/doc06895620161124110711.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fc2b67804f173d0e8ac4aaeca96f216>
- Corte Superior de Justicia de Junín (2018). Pleno Jurisdiccional Laboral, Procesal Laboral y Contencioso Administrativo. Junín: 16 de noviembre de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 1021-2015-Cajamarca. Lima: 19 de enero de 2016. <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/cas13052016-2.pdf>
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (t. I). Palestra.
- González, J. (1952). Las costas en lo contencioso-administrativo. *Revista de Administración Pública*, (9), 105-153. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111919>
- Huamán, L. A. (2014). *La Administración frente a la jurisdicción. El proceso contencioso administrativo comentado* (t. II). Jurista Editores.
- Isabella, D. (2013). Nuevo régimen de costas en el fuero contencioso administrativo provincial. Costas a la vencida. *Síntesis Forense. Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, (135), 38.
- Moltó, J. M. (2016). Algunos problemas de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa española. En Alonso, E. M. (dir.), *El control de la actividad estatal II. Procesos especiales, responsabilidad y otros supuestos* (pp. 331-342). Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

- Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT de la Corte Superior de Justicia de Lima (2020a). Expediente n.º 00653-2019-0-1801-JR-LA-84. Lima: 3 de marzo de 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/02/Exp.-653-2019-LP.pdf>
- Perot, P. (2003). Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica. *Isonomía*, (19), 197-219. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000200008
- Pradas, J. (2016). El motín de Réveillon (1789): una movilización popular sin *whatsapp*. *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, (18), 1-9. <https://raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/311767>
- Primera Sala Laboral Permanente de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín (2018). Expediente n.º 04209-2017-0-1501-JR-LA-02. Huancayo: 14 de agosto de 2018. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Expediente-4209-2017-0-1501-JR-LA-02-Legis.pe_.pdf
- Rousseau, J. J. (2017). *El contrato social*. Partido de la Revolución Democrática.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación n.º 10042-2014-Cusco. Lima: 31 de mayo de 2016. <http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo/ar-boletin/Res230218-3.pdf>
- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2013). Casación n.º 1035-2012-Huaura. Lima: 14 de agosto de 2013. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a3081c004220d32d9ea69f05060d192b/Cas.+1035+-+2012+No+procede+pago+de+costas+y+costos.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a3081c004220d32d9ea69f05060d192b>

Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación Laboral n.º 15493-2014-Cajamarca. Lima: 4 de mayo de 2016. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Cas.Lab_.15493-2014-Cajamarca-Legis.pe_.pdf

Tocqueville, A. (1996). *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.

Tribunal Constitucional del Perú (2014). Sentencia recaída en el Expediente n.º 02847-2013-PA/TC. Luciano Rojas Jiménez contra la Oficina de Normalización Previsional. Lima: 28 de enero de 2014. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02847-2013-AA.html>

Tribunal Constitucional del Perú (2017a). Auto recaído en el Expediente n.º 00215-2015-PA/TC. Gladys Bárbara Paredes Arias contra la Corte Superior de Justicia de Puno. Lima: 20 de diciembre de 2017. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00215-2015-AA%20Resolucion.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2017b). Sentencia recaída en el Expediente n.º 05071-2013-PHD/TC. Paulino Camasca Romero contra la Oficina de Normalización Previsional. Lima: 31 de agosto de 2017. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/05071-2013-HD.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2019a). Sentencia recaída en el Expediente n.º 00166-2019-PHD/TC. Yhon Perci Ramos Vásquez contra el Equipo Comercial de Sedapal-Ate. Lima: 27 de noviembre de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00166-2019-HD.pdf>

- Tribunal Constitucional del Perú (2019b). Sentencia recaída en el Expediente n.º 03788-2018-PHD/TC. Gladys Graciela Geng Cahuayme contra la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa y la Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima: 21 de agosto de 2019. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03788-2018-HD.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú (2019c). Sentencia recaída en el Expediente n.º 04218-2017-PHD/TC. Vicente Raúl Lozano Castro contra el jefe de la Región Policial de La Libertad de la Policía Nacional del Perú. Lima: 11 de diciembre de 2019. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/11/STC-04218-2017-HD-LP.pdf>
- Tribunal Constitucional de España (1986). Auto 171/1986. Madrid: 19 de febrero de 1986. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/10191>
- Tribunal del Servicio Civil (2017). Resolución n.º 001962-2017-SERVIR/TSC-Primera Sala. Lima: 7 de diciembre de 2017. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1382916/Resoluci%C3%B3n%20del%20Tribunal%20del%20Servicio%20Civil%20001962-2017-Servir-TSC-Primera%20Sala.pdf>



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 117-133

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.579

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS EN LOS CASOS DE ACCIDENTES DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

THE RESPONSIBILITY OF PUBLIC AGENCIES IN CASES OF ACCIDENTS OF WORKERS OF OUTSOURCING COMPANIES

BRUNO JAIRO MORALES RIVADENEYRA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: bruno.morales@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5262-366X>

RESUMEN

La problemática circunscrita en los organismos públicos da a conocer una falta de regulación para aquellos casos de accidentes laborales en empresas de intermediación laboral. Tanto la normativa sobre la materia, la Ley n.º 27626 y su Reglamento, promulgado por el Decreto Supremo n.º 003-2002-TR, muestran una gran diferencia, y es que en la primera no se menciona nada sobre los organismos públicos, lo que da carta abierta a interpretaciones sobre la materia y la consecuente desprotección de los trabajadores que sufren accidentes laborales. Ante

esta situación, nos preguntamos qué genera dicha problemática, pues su impacto es importante porque de resolverse se podría determinar la responsabilidad solidaria al no cumplir con las obligaciones mínimas para brindar control, seguridad y salud al trabajador, quien es pieza fundamental de toda empresa o institución, ya que el valor y el carácter humano están protegidos por nuestra Carta Magna, en la que se menciona que el trabajo es un derecho fundamental.

Palabras clave: organismos públicos; trabajador; empresa intermediaria; responsabilidad solidaria; seguridad laboral.

ABSTRACT

The problem circumscribed in public agencies reveals a lack of regulation for those cases of accidents at outsourcing companies. Both the regulations on the matter, Act No. 27626, and its regulation, enacted by Supreme Executive Order No. 003-2002-TR, show a great difference, and that is that in one of the two regulations nothing is mentioned about public agencies, which gives open letter to interpretations on the matter and resulting in the vulnerability of workers who suffer accidents at work. Faced with this situation we ask ourselves: what causes this problem? since its impact is important because if it is solved, it could determine joint and several liability by not fulfilling the minimum obligations to provide control, safety and health to the worker, who is a fundamental part of any company or institution, since the value and human character are protected under our Magna Carta, which mentions that work is a fundamental right.

Key words: public agencies; worker; outsourcing company; joint and several liability; job security.

Recibido: 22/04/2022 Aceptado: 19/05/2022

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como punto central analizar la normativa peruana en lo referente a la regulación de la responsabilidad de los organismos públicos en situaciones de accidentes laborales de los trabajadores que forman parte de empresas de intermediación laboral. Para ello, resulta relevante analizar la Ley n.º 27626, Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, y su Reglamento, promulgado por el Decreto Supremo n.º 003-2002-TR. La primera normativa no hace distinción en que la empresa usuaria que asuma la responsabilidad deba ser una empresa privada o un organismo público, mientras que el Reglamento excluye a los organismos públicos de dicha responsabilidad. Asimismo, la ley de intermediación laboral (Ley n.º 27626) no regula la responsabilidad ante accidentes laborales. De igual modo, el Reglamento no incorpora alguna regulación al respecto.

Al analizar esta situación se tiene como necesidad empresarial modificar la norma de intermediación laboral porque ello permitiría un trato igualitario con respecto a las empresas privadas usuarias del servicio de intermediación como los organismos públicos. Asimismo, también existe una necesidad normativa de darle un uso correcto a la legislación, evitando así diferentes interpretaciones ante la falta de regulación sobre la responsabilidad de los organismos públicos en el contexto de accidentes laborales de los trabajadores de las empresas de intermediación laboral.

Finalmente, ya que el derecho al trabajo es la base de esta investigación, se tiene como sujeto principal de la relación de trabajo al trabajador, un personaje de gran importancia por su aporte, ya sea en organismos públicos o privados. Al respecto, es relevante mencionar que su necesidad constitucional prioriza la seguridad de este elemento que compone la relación de trabajo.

2. ANTECEDENTES

La constitución peruana de 1993 reconoce como derecho fundamental el derecho al trabajo, que se caracteriza por ser de carácter personal y de dignificación de la persona humana. La lucha por los derechos de los trabajadores es de las más antiguas a nivel mundial, y la reivindicación de este derecho se ha convertido en la fuerza fundamental contra quienes creían tener más sobre otros, considerando que la esclavitud durante muchos años ha sido una de las condiciones de trabajo forzado más arduas de la sociedad.

Nuestra legislación nacional refiere sobre la existencia de libertad laboral. Para Rubio (2008), se ha convertido en una consigna de toda la sociedad por la que se tiene que luchar día a día. En el artículo 22 de nuestra constitución se refiere textualmente: «el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona». Ante ello, Rubio refiere que el derecho al trabajo se ejerce de manera libre, pero también resulta un deber con la sociedad. El bienestar social significa extraer bienes de la naturaleza que en muchas ocasiones deben transformarse para ser utilizados. El marco constitucional peruano reconoce el derecho al trabajo como derecho fundamental objeto de protección por el ordenamiento jurídico imperante, puesto que se considera que instituye una vía de realización personal y de dignificación de la persona humana. Señalar que el trabajo es un derecho implica que los sujetos que realizan esa ardua labor deben ser debidamente remunerados. Cabe aquí señalar que, con base en esta problemática, no solo basta con remunerar adecuadamente al trabajador, sino que también se le debe brindar las condiciones mínimas para evitar, por ejemplo, los accidentes laborales.

De acuerdo con el artículo 23 de nuestra Carta Magna, el Estado debe atender sobre todo al trabajo y promover las condiciones necesarias para que los peruanos puedan progresar social y económicamente mediante políticas de fomento de empleo productivo y educación para

el trabajo. Asimismo, se señala que la relación laboral no debe restringir los derechos constitucionales ni perjudicar la dignidad del trabajador. En virtud de este artículo, el trabajo es la base de la sociedad. Por esta razón, el Estado lo promueve y fomenta, pues el trabajo hace que la sociedad disponga de un gran potencial de riqueza. Además, el Estado protege sin distinción alguna a todos los trabajadores, ya sea que pertenezcan a organismos públicos o privados. Al ser el trabajador el elemento principal de creación de riqueza, el Estado privilegia a todos aquellos que quieran crear puestos de trabajo y fomentar el empleo. También resulta importante referir que el hecho de fomentar empleo significa que no debe haber limitación en el ejercicio del mismo ni de sus derechos constitucionales, ni se debe menospreciar la dignidad del trabajador.

Pues bien, cabe precisar que el presente trabajo tiene como fuente de atención la protección de los trabajadores de empresas de intermediación laboral, en donde, según Neves (2018), siempre existirá un desplazamiento de trabajadores desde la empresa que ofrece los servicios hacia aquella que los requiere. Sin embargo, el autor señala que esto no necesariamente ocurre en la tercerización, ya que en dicha modalidad los trabajadores de la contratista tienen la opción de realizar su labor en las instalaciones de esta o en la empresa principal. En este sentido, concluye Neves, el desplazamiento es un «rasgo atípico en la relación laboral» (p. 55), ya que el lugar donde labora el trabajador no es el establecimiento del empleador sino el de un tercero.

Ahora bien, en este tipo de relaciones laborales es sustancial destacar que existe un marco legislativo que beneficia a los trabajadores. Debido a ello, el ordenamiento laboral prevé que la figura de intermediación laboral se utilice dentro de los estrictos márgenes legales, se sancionen los excesos y se respete fundamentalmente la aplicación del principio de la primacía de la realidad.

Las empresas de intermediación laboral están reguladas por la Ley n.º 27626, mediante la cual se regulan a las empresas que se dedican a la intermediación laboral en la modalidad de servicios complementarios (empresas de limpieza, seguridad, vigilancia, etc.) y servicios temporales (*services*, destaque de personal). Asimismo, estas solo podrán constituirse mediante formas societarias que ya están contempladas en la Ley n.º 26887, Ley General de Sociedades, de modo que no pueden adecuarse a esta las empresas individuales de responsabilidad limitada (Formaliza-t Perú, 2017).

Además, se protege a las empresas que tienen patrimonio suficiente para responder por las obligaciones de los trabajadores y para que, en caso contrario, estos puedan accionar ante las empresas usuarias o principales por responsabilidad solidaria.

En un contrato de trabajo, la relación se da entre un trabajador y un empleador. Según Villavicencio y Viera (1999), el trabajador es aquella persona física que voluntariamente presta servicios a cambio de una retribución que recibirá independientemente del resultado de su trabajo; y el empleador es aquella persona —que puede ser natural, jurídica, pública o privada, o una comunidad de bienes— que recibe los servicios personales del trabajador y a cambio da una remuneración. Estas definiciones reflejan la relación entre los sujetos de un contrato de trabajo. No obstante, la situación en el caso de la figura de intermediación laboral es diferente. Para poder delimitar de manera correcta esta figura jurídica es necesario señalar que estamos ante una relación triangular, en donde intervienen la empresa de servicios, la empresa usuaria y el trabajador. De este modo, la empresa de servicios o cooperativa celebra un contrato civil con otra empresa usuaria, con la finalidad de proporcionarle trabajadores vinculados laboralmente a la primera, a fin de que presten servicios bajo la dirección y el control de la segunda.

La intermediación laboral estuvo prohibida hasta 1978, año en que se promulgó el Decreto Ley n.º 22126, que Ampara el Derecho a Mantener Vínculo Laboral y Señala las Causales de su Rescisión, y se permitió que se dé la prestación de servicios a quien no era empleador directo, pero solo en aquellos casos en los que se realizaban labores complementarias. Luego, en 1986, surgió la Ley n.º 24514, Ley que Regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo, con la cual se amplió el accionar de las empresas de servicios al campo de las labores especializadas, es decir, aquellas que no están dentro de las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que, para que se desenvuelva en el mercado, es necesario un personal especializado y altamente calificado (Villavicencio y Viera, 1999).

Por otro lado, Toyama (2020) señala que las normas actuales sobre la materia (Ley n.º 27626 y su Reglamento) denominan a «la intermediación laboral como el contrato de descentralización laboral entre una empresa (usuaria) que contrata a personal que realice trabajo temporales, especiales y complementarios, para lo cual recurre a un tercero (entidades de intermediación)» (p. 20).

En nuestro país existen algunas investigaciones académicas que permiten observar el enfoque estructurado con respecto a la subcontratación. En torno a ello, Saldaña (2018) menciona que esta permite que las empresas usuarias puedan mejorar su eficiencia y capacidad adaptativa, ya que podrán concentrarse en el desarrollo de sus competencias estructurales y dejar en manos de colaboradores externos la ejecución de otras actividades, es decir, en manos de las empresas de servicios.

Es importante señalar que ante la existencia de cooperativas el riesgo de elusión del contrato de trabajo se volvió más latente, del mismo modo que apelmoró su regulación, puesto que su regulación específica las colocaba al margen de la legislación laboral. Esto se hizo efectivo en la realidad, motivo por el cual el legislador se vio en la tarea de

establecer a las cooperativas obligaciones que controlen sus actividades con el fin de que a los trabajadores que prestan sus servicios por este medio no se les defraude totalmente la protección mínima requerida para quienes realizan una labor subordinada (Villavicencio y Viera, 1999).

En consecuencia, la intermediación laboral constituye una excepción al contrato de trabajo, que tiene como intervinientes a un empleador y a un trabajador, ya que a ellos se les suma un tercero. De este modo, los trabajadores escogidos por la empresa usuaria tienen dos empleadores: uno formal, a cargo de la empresa de intermediación laboral, y otro real, a cargo de la empresa usuaria, dado que es ahí donde se prestan los servicios.

3. TIPOS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Existen dos tipos de intermediación laboral. En primer lugar, están aquellas empresas de servicios complementarios que brindan servicios secundarios, que son, por ejemplo, mantenimiento, limpieza, vigilancia y seguridad. En segundo lugar, se encuentran las empresas de servicios temporales que realizan labores —como su mismo nombre lo dice— de manera temporal, que normalmente son las cooperativas.

En este contexto, la intermediación laboral se puede producir de diferentes maneras. Se tiene aquella que se efectúa a través de organismos públicos, que son los servicios públicos de empleo, los cuales funcionan a nivel estatal. También existen muchas empresas que desarrollan su labor para satisfacer las necesidades de otras compañías y personas que buscan trabajo. En este mismo orden de ideas, existen empresas de trabajo temporal que se encargan directamente de brindar profesionales altamente calificados a disposición de las compañías usuarias (Adecco, 2020).

4. LA REGULACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

La intermediación laboral es un supuesto excepcional regulado en el artículo 3 de la Ley n.º 27626. En este artículo se señala que solo es posible intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades temporales de la empresa usuaria, de modo que estos cumplan actividades complementarias o altamente especializadas. Es importante agregar que una sola empresa puede encargarse de intermediar los tres tipos de actividades mencionados: temporales, complementarios y altamente especializados.

Así, la norma de intermediación laboral permite que las empresas contraten mano de obra puesta por un tercero en tres casos específicos. El primer supuesto son las llamadas actividades temporales, que consiste en que una empresa contrata a una empresa de intermediación laboral o cooperativa para que le destaque labores; por ejemplo, cuando se requiere reemplazar a un trabajador de su planilla, la empresa usuaria puede recurrir a una empresa de intermediación laboral para que le brinde un trabajador. El segundo supuesto es cuando la empresa usuaria tiene un caso de actividades temporales, por ejemplo, cuando existen necesidades eventuales, como instalar un *software*. Y el tercer supuesto es para cubrir actividades complementarias accesorias y no vinculadas al giro del negocio de la empresa usuaria (Puntriano mencionado en Pacheco, 2019).

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento promulgado por el Decreto Supremo n.º 003-2002-TR establece que «no son extensivos los [derechos] que sean otorgados por la existencia de una situación especial objetiva, inherentes a calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas, particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas».

Cuando las empresas suscriben contratos de intermediación laboral conceden una fianza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a

la empresa usuaria. La entidad, asimismo, puede escoger entre una garantía a nombre del Ministerio de Trabajo, que tiene reglas especiales conforme lo establece la norma que regula la intermediación laboral; y otra a favor de la empresa usuaria, que se rige según acuerden las partes. Sea cual sea la garantía escogida, se supone que se ven protegidos los derechos de los trabajadores. En referencia a ello, es importante destacar el siguiente comentario doctrinario:

En cuanto a la regulación de la fianza nos llama la atención que no se fije qué proporción garantizará los derechos laborales y cuál los derechos previsionales de los trabajadores destacados. Esta omisión puede generar que, al momento de ejecutar la fianza, los derechos previsionales puedan quedar sin cobertura al extinguirse la misma con los derechos laborales o que su amparo sea mínimo (Puntriano, 2011, p. 154).

La Ley n.º 27626 también hace referencia a la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación laboral. En este supuesto, el artículo 25 de la ley señala que si la fianza otorgada por la entidad es insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, estas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.

Resulta importante mencionar qué refiere la jurisprudencia sobre la materia. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sexto considerando de la Casación Laboral n.º 1693-2012-Moquegua, recoge elementos internacionales, como el Convenio n.º 181 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1997, que trata sobre las agencias de empleo privadas y prevé que estas presten servicios, en relación con el mercado de trabajo, que sean «consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica [...], que determine sus tareas y supervise su ejecución»

(artículo 1.1.b). La casación también cita a la Recomendación n.º 198, sobre la relación de trabajo, de 2006, en la que se remarca la necesidad de proteger a los trabajadores; se postula el principio de primacía de la realidad y de la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio que las vincula; se ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas; y se promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que incentiven el uso de formas encubiertas de relación de trabajo. Finalmente, la casación alude al Convenio Internacional de Trabajo n.º 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981, en cuyo artículo 17 se prescribe que si dos o más empresas desarrollan simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, estas deberán colaborar en la aplicación de las medidas de igualdad e higiene en el trabajo.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional también se pronuncia sobre el tema en la sentencia recaída en el Expediente n.º 0013-2014-PI/TC, en la que refiere que la intermediación laboral es una figura en donde la empresa usuaria contrata a otra empresa para que «le proporcione» un trabajador que le preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización (fundamento 3). Asimismo, señala que para esta modalidad solo será necesario un contrato de locación de servicios entre ambas empresas (fundamento 4).

En esta misma línea de ideas, Vidal (2020) señala que la intermediación laboral es una contratación laboral indirecta, en la que la empresa usuaria funge como acreedora e impone a la empresa de intermediación, que sería su deudora, las cláusulas contractuales propias del Código Civil y de las prácticas comerciales. A estas se incluyen otras disposiciones, como la confidencialidad, la indemnidad, la variación del precio, la solidaridad en aspectos laborales, las penalidades, las normas anticorrupción, la reserva de derechos de propiedad intelectual, el pacto arbitral, etc.

Ante las definiciones prescritas, cabe señalar que, en ninguno de los casos, la ley o las situaciones propiamente dichas deberían vulnerar los derechos de los trabajadores. Todo lo contrario, deben proteger los derechos laborales.

5. LAS CONTRAPOSICIONES ENTRE LA LEY N.º 27626 Y SU REGLAMENTO

El artículo 24 de la Ley n.º 27626 señala que cuando las empresas de servicios o cooperativas suscriban contratos de intermediación laboral con la empresa usuaria deben conceder una fianza, en la que se garantice que se cumplan las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores, de modo que estarán a cargo de la empresa intermediaria, es decir, la que da los servicios.

En este mismo sentido, el artículo 25 de la misma ley señala que si la fianza resulta insuficiente para cubrir el pago de los derechos laborales de los trabajadores destacados a la empresa usuaria, esta deberá ser solidariamente responsable y pagar lo adeudado a los trabajadores por el servicio prestado.

Cabe señalar que esta norma no extiende dicha solidaridad a los accidentes laborales, lo que puede generar eventuales contingencias para las empresas vinculadas a la intermediación. Por otro lado, su Reglamento, promulgado por el Decreto Supremo n.º 003-2002-TR, en su primera disposición final y transitoria, excluye a los organismos públicos de la responsabilidad frente a eventuales contingencias con los trabajadores. Esto difiere de la Ley n.º 27626, que no hace un distingo sobre el tipo de empresa usuaria, que puede ser privada o un organismo público.

6. EL DERECHO AL TRABAJO COMO PRIORIDAD DEL ESTADO

El artículo 7 de la Ley n.º 27626 refiere que los derechos y los beneficios laborales de los trabajadores de empresas de intermediación laboral deben ser los mismos que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Por ello, los beneficios son los mismos que corresponde a aquellos regulados por el régimen laboral de la actividad privada.

Al respecto, Chanamé (2021) señala que las remuneraciones y las condiciones de trabajo que la empresa usuaria da a los suyos deberán replicárseles a los trabajadores destacados, siempre y cuando sean de alcance general, según la categoría ocupacional y la función ejercida, y mientras dure el servicio. En este sentido, declara el autor, estos trabajadores no se hacen merecedores de beneficios específicos dados por la empresa usuaria, como aquellos relacionados con calificaciones personales, desarrollo de actividades particulares o el cumplimiento de otras condiciones especiales.

Por otro lado, no debemos dejar de lado lo que prescribe el artículo 24 de la Constitución, que señala que al trabajador se le debe pagar una remuneración equitativa y suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, y que, a su vez, procure su bienestar material y espiritual. Asimismo, señala la norma que la principal prioridad del empleador es garantizar el pago de las remuneraciones y los beneficios sociales para el trabajador, los cuales serán determinados por el Estado junto con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y los empleadores. Algunos de los derechos que corresponden a los trabajadores son la compensación por tiempo de servicios, las gratificaciones, las vacaciones, las utilidades, entre otros.

Luego de todo lo expuesto se puede constatar la importancia que existe en la problemática encontrada, toda vez que tiene como pilar y base fundamental el derecho del trabajo.

7. CONCLUSIONES

La presente investigación pretende analizar la actual normativa sobre la responsabilidad de los organismos públicos frente a los posibles casos de accidentes laborales de los trabajadores de empresas de intermediación laboral.

En esta última intervienen tres sujetos en la relación: la empresa usuaria (que destaca al trabajador cualificado), el trabajador y la empresa de intermediación laboral. Por otro lado, los tipos de intermediación laboral se diferencian según la modalidad de servicio que otorguen, que puede ser temporal, complementario o de requerimiento de personal calificado.

En virtud de la problemática encontrada, existe una real contraposición entre las normativas sobre la materia, es decir, entre la Ley n.º 27626 y su Reglamento, promulgado por el Decreto Supremo n.º 003-2002-TR, ya que en esta última se excluye a los organismos públicos de la responsabilidad ante accidentes laborales sufridos por los trabajadores de empresas de intermediación laboral; mientras que en la primera no se hace mención de la responsabilidad de los organismos públicos en el mismo escenario.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, por lo que se concluye que dicha dicotomía entre la Ley n.º 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 003-2002-TR, atenta contra el artículo 1 de nuestra Constitución Política, el cual refiere que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, se requiere una reforma impostergable, materia de reflexiones y discusiones que respeten las opiniones al respecto.

REFERENCIAS

- Adecco (2020, 12 de diciembre). ¿En qué consiste la intermediación laboral? *Adecco*. <https://www.adecco.com.pe/reclutamiento/que-consiste-intermediacion-laboral/>
- Chanamé, J. M. (2021, 13 de diciembre). Services: ¿qué es la intermediación laboral? Bien explicado. *LP Derecho*. <https://lpderecho.pe/intermediacion-laboral/>
- Congreso de la República (1986). Ley n.º 24514, Ley que Regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo. Lima: 4 de junio de 1986. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/24514.pdf>
- Congreso de la República (2002). Ley n.º 27626, Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores. Lima: 8 de enero de 2002. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/\\$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/66FFAF02DDBC68D0052577C200765FC0/$FILE/Ley_N%C2%B0_27626.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la República (2012). Casación n.º 1693-2012-Moquegua. Lima: 13 de agosto de 2012. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/918ac4004f676ec1aefae150a5ee1e/CAS.%2BLAB.%2B1693-2012%2B-%2BMOQUEGUA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=918ac4004f676ec1aefae150a5ee1e>
- Formaliza-t Perú (2017, 20 de noviembre). Empresas de intermediación laboral - Services 2022. *Formaliza-t Perú*. <https://www.formaliza-tperu.org/empresas-de-intermediacion-laboral-services/>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2012). Decreto Supremo n.º 003-2002-TR, que establece disposiciones para la aplicación de las Leyes n.º 27626 y n.º 27696, que regulan la actividad de empresas especiales de servicios y cooperativas de

trabajadores. Lima: 26 de abril de 2002. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/20B1CD4BE633DA4A05257E22005A2018/\\$FILE/2_DECRETO_SUPREMO_003_28_04_2002.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/20B1CD4BE633DA4A05257E22005A2018/$FILE/2_DECRETO_SUPREMO_003_28_04_2002.pdf)

Neves, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Organización Internacional de Trabajo (1981). Convenio n.º 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores. Ginebra: 3 de junio de 1981. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155

Organización Internacional de Trabajo (1997). Convenio n.º 181, sobre las agencias de empleo privadas. Ginebra: 3 de junio de 1997. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312326

Organización Internacional de Trabajo (2006). Recomendación n.º 198, sobre la relación de trabajo. Ginebra: 31 de mayo de 2006. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

Pacheco, G. (2019, 25 de junio). Intermediación y tercerización laboral. Bien explicado por César Puntriano. *LP Derecho*. <https://lpderecho.pe/intermediacion-tercerizacion-laboral-explicado-cesar-puntriano/>

Puntriano, C. (2011). Los efectos de la subcontratación en las relaciones laborales. Análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela. *Derecho & Sociedad*, (37), 151-165. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13168/13781>

Rubio, M. A. (2008). *Para conocer la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Saldaña, C. C. (2018). *La responsabilidad solidaria por accidentes de trabajo en el caso de las contratadas* [Trabajo académico para optar el título de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13698/SALDA%C3%91A_CALDERON_LA_RESPONSABILIDAD_SOLIDARIA_POR_ACCIDENTES_DE_TRABAJO_EN_EL_CASO_DE_LAS_CONTRATAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tribunal Constitucional (2019). Expediente n.º 0013-2014-PI/TC. Lima: 10 de septiembre de 2019. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00013-2014-AI.pdf>
- Toyama, J. (2020). *El derecho individual del trabajo en el Perú: un enfoque teórico-práctico*. Gaceta Jurídica.
- Vidal, R. (2020, 19 de marzo). Los contratos de intermediación laboral y sus implicancias en tiempos de coronavirus. *LP Derecho*. <https://lpderecho.pe/contratos-intermediacion-laboral-implicancias-tiempos-coronavirus/>
- Villavicencio, A. y Viera, M. (1999). La protección de los trabajadores en el Perú. https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/genericdocument/wcms_205375.pdf

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 135-153

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.599

LA VARIACIÓN DE LA DEMANDA DENTRO DE LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO: ¿SE PUEDE NEGAR TODAVÍA SU VALIDEZ?

VARIATION OF CLAIM WITHIN THE TRIAL HEARING: CAN ITS VALIDITY STILL BE DENIED?

LUIS JESÚS BALDEÓN BEDÓN

Corte Superior de Justicia de Lima
(Lima, Perú)

Contacto: lbaldeonb@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-6541-0145>

RESUMEN

El autor considera que la validación de la modificación de la demanda dentro de la audiencia de juzgamiento, con base en las actuales circunstancias, debería ser el objeto de evaluación inmediato entre los autores procesales nacionales. Esto a razón de que las actuaciones postulatorias en la actualidad se manejan dentro de los conductos de la oralidad, los cuales permiten identificar con mayor facilidad el objeto de la demanda con los hechos materiales que la han sustentado. Por ello, nuestro sistema procesal laboral ya no cuenta desde hace más de diez años con un modelo estático o escrito, en donde solamente las

formulaciones entre las partes se realizaban de manera escrita, sino que ahora la interrelación es dinámica entre las partes (de manera virtual o presencial), mediante el respeto del derecho de la contraparte a la defensa.

Palabras clave: variación de la demanda; audiencia de juzgamiento; derecho a la defensa.

ABSTRACT

The author considers that the validation of the modification of the claim within the trial hearing, based on the current circumstances, should be the subject of immediate evaluation among the national procedural authors. This is because the initial pleading stage is currently handled within the conduits of orality, which allow more easily identify the object of the claim with the material facts that have sustained it. For this reason, our labor procedural system no longer has, for more than ten years, a static or written model, where only the formulations between the parties were made in written form but now the interrelation is dynamic between the parties (virtual or face-to-face), through the respect for the counterparty's right to defense.

Key words: change in claim; trial hearing; right to defense.

Recibido: 22/04/2022 Aceptado: 02/05/2022

1. INTRODUCCIÓN

Como se podrá encontrar en diversos textos académicos, la gran brecha entre el derecho y la realidad siempre ha sido una característica de las relaciones de trabajo en el continente latinoamericano, en cuanto que la aplicación de la norma a la realidad ha sido un problema medular desde que se observó implementar un proceso especial

al sistema del proceso civil. No obstante, hay que recalcar que, hasta la actualidad, como sucede dentro de la judicatura nacional, la dificultad central en la demora de los procesos judiciales ha recaído en la ineficacia de la dirección del proceso, al incurrirse comúnmente, por la mayoría de las partes, en dilaciones indebidas que ocasionan la extensa duración de sus procedimientos, los cuales se prolongan de manera absolutamente inaceptable para un régimen democrático que pretende la convivencia en paz.

Por ello, no es nueva la discusión sobre la modificación de la demanda con posterioridad a su admisión, lo cual siempre ha sido una regla dentro del Código Procesal Civil. No obstante, en pleno 2022, con audiencias laborales más dinámicas y mediante las cuales el magistrado puede advertir con mayor relevancia el hecho controvertido —de público acceso mediante la implementación de audiencias virtuales—, nos preguntamos si este debate debería seguir siendo objeto de nuestro pensamiento o medio de difusión entre los especialistas, en cuanto que la variación de la demanda puede ser perfectamente posible (como ejemplo de tutela jurisdiccional efectiva), dentro de la audiencia de juzgamiento, si la primera instancia procede a garantizar el derecho de defensa de la parte demandada o se ordena la reprogramación de tal audiencia.

2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS

Con respecto a la delimitación del tema, el presente artículo se sujetará a una estructura similar a la que el autor ha realizado en anteriores trabajos, pues a través de la delimitación y la relación de los derechos constitucionales que se presentarán a continuación se podrá calificar si es necesaria la continuidad del debate con respecto a la modificación de la demanda dentro de la audiencia de juzgamiento o si es suficiente la implementación general de la misma.

2.1. La garantía relacionada con el acceso a la justicia

El derecho de acceso a la justicia siempre ha sido un derecho implícito relacionado con la tutela jurisdiccional efectiva —consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado—. Distintos autores ya lo han mencionado durante varios años¹. Este derecho asegura que todos los ciudadanos (internos o externos) puedan tener acceso a un órgano de justicia, conforme con criterios de calificación razonables y flexibles (en las etapas postulatoria, de tramitación o de ejecución), de manera directa o mediante un tercero², para que —dentro de las garantías mínimas— se pueda evaluar la pretensión de una demanda determinada, se proceda a su admisión, se acceda a la resolución del fondo de la controversia y se continúe con su inmediata ejecución.

Asimismo, conforme con la dimensión conceptual de esta idea abstracta³, la judicatura solamente podría acoger una pretensión concreta mediante un análisis razonable (con anterioridad a la emisión de una sentencia), en donde la decisión adoptada se pueda conocer dentro del menor plazo posible, ya que su exceso (como puede suceder en la ejecución de la sentencia, para muestra un botón) incurriría necesariamente en una dilación indebida y en una afectación al plazo razonable.

1 Para Birgin y Gherardi (2012), el acceso a la justicia es violatorio de los derechos humanos por excluir a las mujeres y los varones del ejercicio de la ciudadanía.

2 Al respecto, revisar el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2.3. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; los artículos 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los artículos 5 y 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

3 Van Rooij (2012) dispone que la práctica y el desarrollo logran una mejora del acceso a la justicia a través de los programas de conciencia legal y de reforma de los tribunales.

Con tal fin, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha prescrito, en el Expediente n.º 010-2001-AI/TC Defensoría del Pueblo, que el derecho a la justicia siempre se identificará con la posibilidad de todo ciudadano a acceder a un tribunal jurídico, con el objeto de determinar un derecho/obligación, de modo que se asegure la plena satisfacción de los intereses económicos de los tutelables. Esto debido a que

el Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.

Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación «de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter», como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, su contenido protegido no se agota en garantizar el «derecho al proceso», entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, **sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados.** En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional «efectiva», pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un «recurso efectivo», lo que supone no solo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias (TC, 2003, fundamento 10; resaltado nuestro).

2.2. El derecho a un plazo razonable

En relación con el derecho fundamental al plazo razonable, consideramos que se le deberá enfocar con respecto a la necesidad de tutela de las partes ante la tramitación de un proceso judicial, el cual se relacionará desde la postulación de la demanda, el reconocimiento del derecho y la ejecución de la sentencia. Por ello, no consideramos novedoso que la jurisprudencia constitucional nacional siempre haya delimitado dicho derecho como la potestad que ostentan todos los ciudadanos para no estar sometidos a una incertidumbre continua, o que la misma pueda ser indefinida, con respecto al goce de su derecho en la etapa postulatoria, en el debate del mismo o en la ejecución de sentencia.

En este sentido, si un plazo razonable requiere que la tramitación de un proceso (más aún en el proceso laboral), la evaluación del derecho, la contrastación de los medios probatorios o la ejecución de la sentencia deban materializarse dentro de un tiempo menor —esto es, en contextos dentro de los cuales la admisión de la demanda, la sentencia o su cumplimiento puedan alcanzar un final concreto—, entonces sería lógico razonar que el derecho a un plazo razonable necesitará de una evaluación adecuada con respecto a los requisitos de procedencia y conforme con el perjuicio que podría originar una demora injustificada que, además, pueda afectar aún más el derecho a las partes procesales.

Con base en lo descrito, si el derecho constitucional a un plazo razonable ha sido reconocido a través de los expedientes n.º 4080-2004-AC/TC y n.º 1006-2016-PHC/TC, por parte del TC, al momento de precisar que un plazo razonable deberá ser contrastado dentro de la calificación, la tramitación o la ejecución de la demanda, entonces podemos afirmar que la discusión con respecto a la validez o la invalidez de la modificación de la demanda solamente retardaría el pleno ejercicio del presente derecho constitucional (aún lo sigue

haciendo). Así, las dilaciones indebidas o conductas irrazonables deberán ser suprimidas, como se refiere en los expedientes mencionados:

El derecho a la ejecución de la decisión de fondo, contenida en una sentencia firme, también supone su cumplimiento en tiempo oportuno. El derecho a obtener un pronunciamiento de fondo en un plazo razonable ha sido precisado por este Colegiado como una «manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139.3 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana» (Expediente n.º 0549-2004-HC/TC, F. J. 3). Si bien tal precisión se hacía en el ámbito de afectación del derecho de libertad como consecuencia de un proceso penal, este Tribunal considera que el derecho a una decisión sobre el fondo y al cumplimiento de la misma en un plazo razonable es extrapolable a todo tipo de procesos jurisdiccionales. El plazo razonable no solo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas.

[...]

El Tribunal no comparte tal apreciación, puesto que no estamos aquí ante el incumplimiento de un acto administrativo puro y simple, sino, como ya se ha señalado, ante un mandato judicial que solo puede considerarse cumplido a plenitud cuando el favorecido con dichos actos haya materializado a su satisfacción el contenido ordenado en las mencionadas resoluciones; es decir, para el caso de autos, ello recién ocurrirá cuando los montos recalculados hayan sido plenamente cancelados en su totalidad al recurrente, lo que no ha ocurrido aún, pese al tiempo transcurrido (TC, 2005, fundamentos 19 y 22).

El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable solo si es que aquel comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las

partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes [...]. Si bien el plazo razonable se entiende comúnmente como una garantía ante las dilaciones indebidas, también garantiza que las controversias no sean resueltas en plazos excesivamente breves que tornen ilusorias las etapas procesales y el derecho de defensa de las partes (TC, 2018, fundamento 9).

2.3. El derecho a la defensa de las partes

El derecho a la defensa —también desde nuestro concepto— ha sido otra de las garantías que poseen los ciudadanos para comparecer ante un proceso judicial, administrativo o privativo, debido a que, a través de la misma, cada persona particular (o jurídica) podrá defenderse ante la imputación contraria o el requerimiento del cumplimiento de una obligación determinada, mediante la interposición de su debida defensa o la formulación de recursos que nuestra legislación contempla, como el recurso de apelación o casación, por ejemplo.

Como lo ha determinado en reiteradas veces la jurisprudencia nacional, a través del inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, nuestro sistema jurídico nacional ofrece a cada ciudadano la posibilidad de formular sus argumentos materiales o jurídicos a una autoridad, así como a una contraparte específica (Landa, 2018) para que pueda cuestionar una posición determinada o formular una estrategia en beneficio de sus intereses personales.

Asimismo, el derecho en cuestión siempre ha exigido que el ciudadano conozca de manera clara los hechos precisos que se le imputan (los cargos en su contra), cuestione las premisas legales adoptadas (accionando los argumentos jurídicos o legales a su favor), presente los medios probatorios que considere pertinentes (derecho a la prueba dentro de la controversia) y cuestione las decisiones que puedan emitir los organismos correspondientes (accediendo a la impugnación o presentando una queja). Por otro lado, la autoridad ordena que la decisión o determinación sea cumplida conforme con sus obligaciones, en observancia de las normas que rigen el proceso peruano (objeto

de una revisión posterior o según las premisas adoptadas dentro de su decisión, como el proceso de amparo).

Al respecto, el TC, por medio de los expedientes n.º 5085-2006-PA/TC y n.º 6648-2006-PHC/TC, ha señalado lo siguiente:

En tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes, sea un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés (TC, 2007a, fundamento 5).

Los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (TC, 2007b, fundamento 4).

3. LA EFICACIA DE LA ORALIDAD EN EL ACTUAL PROCESO LABORAL

Con la finalidad de ejecutar una alternativa inmediata a la mera escritura ultraformal, implementada en la derogada Ley n.º 26636, Ley Procesal del Trabajo⁴, entró en vigencia el artículo I del Título Preliminar de la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT), en donde se determinó normativamente que el proceso laboral se inspira en el proceso de intermediación y oralidad. Es así que, a través de la misma, se habilitaría la posibilidad de que la parte demandante pueda sostener oralmente el cumplimiento de su petitorio. Del mismo modo, la contestación a la demanda también podrá adaptarse a las circunstancias materiales. En este sentido, la

4 Ciudad (2012) afirma que el modelo oral no se obtiene por una transformación normativa, pues el traslado de un sistema escrito a uno verbal se hará por una acción social.

exposición del demandante en la audiencia de juicio podrá ser dinámica (igual que la de su contraparte, por supuesto), y se convertirá en el eje objetivo en torno al cual se relacionen los demás actos procesales hasta la emisión de la sentencia (sea cual sea su grado o instancia)⁵.

En tal sentido, la propia doctrina laboralista describe que la aplicación de la oralidad⁶ permite la dinamización de la información entre los sujetos procesales y el juez (medios aparentemente flexibles y viables), pues el desarrollo de las formulaciones orales ha permitido que este último, en su rol de director del proceso, pueda saber de la controversia dentro del desarrollo de la formulación de las pretensiones o las contradicciones. De esta manera, se genera una decisión o una convicción en el magistrado sobre la causa a resolver, que se determinará dentro de la sentencia o el auto final, y que podrá desarrollarse de manera simple y celeridad, obteniendo la resolución de dudas o aclaraciones sin mayores formas escritas (hasta absurdas en estos tiempos).

Asimismo, la inserción de la oralidad dentro del proceso laboral faculta a los magistrados a calificar procesalmente a las manifestaciones orales de las partes, los movimientos corporales y las conductas desarrolladas en las alegaciones, las contradicciones en las que incurrir, etc. Ello contribuye a una mejor apreciación del objeto material del proceso o de las pruebas aportadas, de modo que no será importante la formulación de escritos en el proceso, sino que los mismos se restringirán a lo necesario (convirtiéndose hasta en innecesarios en muchos

5 Pasco (2010) considera que la oralidad no es la simple prevalencia de lo hablado, sino que es una forma distinta de desarrollar el proceso, debido a que su objeto es la actuación en la audiencia.

6 Vinatea y Toyama (2012) afirman que la oralidad es el ente rector del nuevo proceso laboral, en donde el juez se involucra en el proceso, conforme con su rol de dirección. A su vez, Quispe (2020) estima que el régimen procesal laboral diseñó procesos con estructuras concentradas, pero la actividad jurisdiccional ha revelado que la duración de los juicios es casi la misma que la observada bajo el modelo previsto en la Ley n.º 26636, ya derogada.

casos). Además, en la actualidad —desde el 2010 para el proceso laboral peruano—, la audiencia oral es grabada en su totalidad en video y audio, incluso en videoconferencias a través de las redes sociales, como Facebook, y luego se sube a la web para, posteriormente, poder ubicarla y observar alguna alegación o expresión corporal en la que se haya incurrido, lo que permite recurrir a la grabación en cualquier momento del día para la resolución de la controversia dentro de la sentencia.

Ante los grandes avances producidos por el sistema basado en la oralidad y la flexibilidad del proceso, conviene hacernos las siguientes preguntas: ¿resulta idóneo que a estas alturas la calificación del petitorio de la demanda se encuentre regido por el artículo 428 del Código Procesal Civil por la supletoriedad?, ¿acaso nuestro sistema judicial podría permitir que todos los medios presentados deban necesariamente ser oralizados para que el juez los pueda calificar?

Para ello, consideramos respetuosamente que no es factible una adecuación dogmática a las reglas del proceso civil por la simple aplicación supletoria, ya que —aparte de la modificación del petitorio en la audiencia o la posibilidad de que los medios probatorios puedan ser ofrecidos durante la audiencia o no— su formalización (para poder garantizar el contradictorio y el derecho de defensa) no desconocería la naturaleza emplazadora de la pretensión o la información (sustentada en un elemento físico) a ofrecer, al tener la legítima posibilidad de ser considerada para la resolución del caso, a pesar de no ser anunciada ante el juez.

4. LA PREMISA DOGMÁTICA SOBRE LA ETAPA POSTULATORIA Y LA OPORTUNIDAD DE LA PRUEBA

Si partimos de una apreciación estricta a lo normado en la NLPT, con posterioridad a la admisión de la demanda, el emplazamiento de la acción conlleva la programación de la audiencia de conciliación y

el juzgamiento correspondiente. En esta misma secuencia, se correrá traslado a la contestación de la demanda (en caso se frustre la conciliación) y la parte demandada podrá utilizar todos sus medios de defensa otorgados por la ley. Si ello es así, entonces no entendemos la razón por la cual aún se continúa el debate con respecto a la imposibilidad de variar la demanda dentro de la audiencia de conciliación, debido a que la misma solamente se sujetaría a los dogmas permanentes del proceso civil.

En tal sentido, en consideración de la realidad judicial, si bien se admite la posibilidad de sustentar o exponer el origen y la finalidad de cada pretensión dentro del desarrollo de una audiencia laboral, ¿acaso la variación de la pretensión conllevaría necesariamente la improcedencia o la limitación de la misma?; ¿el impedimento del contradictorio oral en la audiencia conllevaría su desestimación constitucional, a pesar de que puede ser un elemento trascendental para resolver el problema?; o, en otros escenarios, ¿no se permitiría, aparte de la solidaridad, un rol del juez para que pueda acceder a la veracidad de los planteamientos conforme con la variación de la acción?

Con base en ello, si bien el ejercicio judicial del principio de oralidad o veracidad no equivaldría a la posibilidad de recortar o suprimir el derecho de defensa o el derecho a un debido proceso (si lo analizamos íntegramente con respecto al derecho constitucional de acceso a la justicia, así como el respeto a un plazo razonable), la posibilidad de variar la demanda no equivaldría bajo ningún concepto a un faltamiento de la verdad, ni sería contraria a la sinceridad con respecto al deber de lealtad de las partes ante el magistrado. En ese sentido, tal variación de la demanda debería ser trasladada necesariamente a la parte emplazada (conforme con el ejercicio del derecho a la defensa) y con cargo de reprogramación de la misma, si fuera el caso o no hubiera otra solución.

5. ENTONCES, ¿CUÁL ES EL ESCENARIO VENIDERO?

Considerando que en la Agenda Hemisférica de la Organización Internacional del Trabajo, para el caso de América Latina y el Caribe, se sostiene que el cumplimiento de las normas sobre los derechos laborales y, muy especialmente, los principios y los derechos fundamentales en el trabajo es un objetivo central de toda política de generación de trabajo decente, se puede concluir que el ofrecimiento oral de una pretensión no formulada sería necesaria e impostergable⁷. Esto se debe a que se aprecia una tutela permanente al derecho alegado, es decir, evidente —conforme con indicios—, así como la necesidad de contar con tal fundamento de hecho (así como el de derecho) para resolver la controversia surgida, bajo la inmediata condición de que el referido medio de prueba se encuentre ofrecido expresamente en el expediente, en relación con la necesidad de adoptar una adecuada y oportuna tutela en un plazo razonable.

Por ello, en la medida que los derechos fundamentales en el trabajo constituyen un conjunto mínimo y universalmente aceptable de derechos laborales incorporados en las respectivas legislaciones nacionales y en la cultura laboral de los diferentes países de la región, la Agenda Hemisférica requiere que existan dos ámbitos de actuación diferenciables: derecho sustantivo y derecho procesal del trabajo. Asimismo, se debe indicar que es necesario que estos principios procesales y derechos se apliquen efectivamente, y con ellos también los principios de veracidad y de privilegio del fondo sobre la forma, que tendrían plena legitimidad de limitar —recalcamos, extraordinariamente— la oralidad en la formalización de la demanda.

Con tales conclusiones, no es nuestra finalidad inaplicar u obviar la supuesta oportunidad de pretensión de la demanda, como está

7 Ciudad (2012) establece que el sistema siempre ha sido escritural y se ha mantenido sin mayor alteración, por lo que, luego del inicio del siglo XXI, se han realizado reformas profundas con el objetivo de reducir la demora judicial.

previsto dentro del régimen procesal civil, sino ofrecer una salida alternativa, con base en un consecuente respeto a los derechos fundamentales, como la negligencia de las partes al momento de valorar la pretensión, con la finalidad de hallar una solución equitativa al problema planteado y garantizar, simultáneamente, los derechos de la contraparte en el desarrollo de la misma audiencia.

Con lo señalado, existe la necesidad de habilitar a la parte demandante para que pueda alegar verbalmente la adecuación de su petitorio dentro de la audiencia de conciliación o juzgamiento sin ningún problema, en donde la contestación a la demanda sea igualmente verbal o mediante una programación posterior. Ello con base en la exposición del demandante en la audiencia de juicio, que se convertirá en el acto central en torno al cual se vinculen los demás actos procesales (dejando de lado la modalidad escrita, conforme con la inmediación y la economía procesal).

A pesar de que existen reiterados fallos en los que se determinan la arbitrariedad del juez al momento de admitir tal variación (como sucedió en el pleno del 2017), lamentablemente la doctrina laboralista continúa enfrascada más de diez años en un debate infructífero con respecto a su validez. Desconocen la posibilidad de que el desarrollo de la audiencia oral (tan común ahora) permite al magistrado, como director del proceso, conocer el problema desde el momento en que las partes formulan los actos correspondientes en la audiencia, lo que le generaría la convicción de los actuados dentro de los fundamentos del fallo y le permitiría hacer preguntas o plantear situaciones concretas sin la necesidad de acceder a formalidades innecesarias.

Así, otra vez la falta de análisis de la doctrina nacional sobre los efectos de la oralidad en este tipo de situaciones procesales está causando un serio problema, puesto que no se discierne mínimamente ni corrobora que sus postulados no calzan dentro del sistema judicial peruano. Se ha pasado del culto al texto al culto al discurso (Ochoa, 2005,

p. 79), ya que se estima históricamente —no solo en el proceso laboral— los extremismos ultraformales, que se traducen en limitaciones procesales que siempre han sido más graves en el caso de los trabajadores en materia de oportunidades, gastos de defensa y dificultades múltiples.

Por ello, la oralidad, que permite la percepción integral del juzgador sobre las actitudes de las partes, la expresión corporal, las contradicciones en las que incurren, etc., es todavía una alegación académica, lejos de ser mayoría por decisión de una determinada proporción de magistrados nacionales. Esto se explica porque en muchos casos aún conlleva una restricción del derecho de todo ciudadano a una tutela jurisdiccional efectiva y limita el acceso a la justicia, debido a que se restringe de manera voluntaria la posibilidad de contribuir a una mejor apreciación de los hechos o la admisión de aplicar una interpretación alternativa, en la que no es imprescindible la presentación de escritos dentro del proceso, sino que estos se restringen a lo estrictamente necesario en la medida que se parte del supuesto de que la audiencia oral es grabada en su totalidad en video y audio.

Así, se observa fácticamente que la variación de la demanda aún está lejos de ser considerada un modelo de dinamicidad procesal en materia laboral, pues aquella situación dubitativa en el 2022 de nuevo conllevará una bella y estoica sinfonía jurídica teórica para los lectores, los operadores y los estudiantes del derecho. En esa línea, queda condenada al olvido o la lapidación de una forma de impulso procesal con respecto a la resolución de la controversia.

Con ello, nuevamente la realidad nos dice que no es factible la aplicación teórica o abstracta de la oralidad dentro de las instituciones procesales en materia laboral, a pesar de que es de gran relevancia social y necesidad. Así, además de la posibilidad de modificar las pretensiones, la formalización del objeto de la demanda (para poder garantizar el contradictorio y el derecho de defensa) no deslegitima ni

desconoce la naturaleza del derecho a declarar (sustentada en un elemento físico), ya que se tiene la legítima posibilidad de ser considerada para la resolución del caso.

6. CONCLUSIONES

Conforme con los considerandos expuestos, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. No es nueva la discusión sobre la modificación de la demanda con posterioridad a la admisión de la misma, la cual siempre ha sido una regla dentro del Código Procesal Civil; sin embargo, en pleno 2022, tiempo en que las audiencias laborales son más dinámicas y a través de las cuales el magistrado puede advertir con mayor relevancia el hecho controvertido, de público acceso mediante la implementación de audiencias virtuales, nos preguntamos si el presente debate debería seguir siendo objeto de nuestro pensamiento o medio de difusión entre los especialistas. Esto debido a que la variación de la demanda puede ser perfectamente posible (como ejemplo de tutela jurisdiccional efectiva), dentro de la audiencia de juzgamiento, si la primera instancia procede a garantizar el derecho de defensa de la parte demandada o se ordena la reprogramación de tal audiencia. Es por todos conocido que en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución se dispone que toda decisión emitida por cualquier individuo particular, judicial o administrativo deberá estar debidamente justificada o sustentada, pues se deberá demostrar (dentro de las razones empleadas) la *ratio decidendi* o el sustento jurídico que fundamenta una conducta determinada, ya que cuenta necesariamente con los fundamentos que se emplean dentro del objeto de la decisión y que explican por qué se ha resuelto dentro del fallo.
2. El derecho de acceso a la justicia siempre ha sido un derecho implícito relacionado con la tutela jurisdiccional efectiva (consagrada

en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución), que asegura que todos los ciudadanos pueden tener acceso a un órgano de justicia, conforme con criterios de calificación razonable y flexible, de manera directa o mediante un tercero, de modo que se pueda evaluar la pretensión de una demanda determinada, se proceda a su admisión, se acceda a la resolución del fondo de la controversia y se continúe con su inmediata ejecución.

3. Si un plazo razonable requiere que la tramitación de un proceso, la evaluación del derecho, la contrastación de los medios probatorios o la ejecución de la sentencia deban materializarse dentro de un menor tiempo, entonces sería lógico razonar que el derecho a un plazo razonable necesitará de una evaluación adecuada con respecto a los requisitos de procedencia y conforme con el perjuicio que podría originar una demora injustificada que puede afectar aún más el derecho a las partes procesales.
4. Consideramos que no es factible una adecuación dogmática a las reglas del proceso civil por la simple aplicación supletoria, debido a que su formalización no desconocería la naturaleza emplazadora de la pretensión o la información a ofrecer, ya que tiene la legítima posibilidad de ser considerada para la resolución del caso, a pesar de no ser anunciada ante el juez.
5. No es nuestra finalidad tratar de inaplicar u obviar la supuesta oportunidad de pretensión de la demanda, sino tratar de ofrecer una salida alternativa, con base en un consecuente respeto a los derechos fundamentales, con la finalidad de hallar una solución equitativa al problema planteado que garantice simultáneamente los derechos de la contraparte en el desarrollo de la misma audiencia.
6. La oralidad, en la que se permite la percepción integral de las actitudes de las partes por el juzgador, es todavía una alegación académica lejos de ser mayoría, ya que, en muchos casos, aún conlleva una restricción al derecho de todo ciudadano a una tutela jurisdiccional

efectiva y limita el adecuado acceso a la justicia. Esto debido a que se restringe voluntariamente la posibilidad de contribuir a una mejor apreciación de los hechos o la admisión de aplicar una interpretación alternativa, en la que no es imprescindible la presentación de escritos en el proceso, sino solo aquellos que sean necesarios, en la medida que se parte del supuesto de que la audiencia oral es grabada en su totalidad en video y audio.

7. La falta de análisis de la doctrina nacional sobre los efectos de la oralidad en este tipo de situaciones procesales está causando un serio problema, ya que no se discierne mínimamente ni corrobora que sus postulados no calzan dentro del sistema judicial peruano, ya que se asume extremismos inaceptables, que se traducen en limitaciones procesales que son más graves en el caso de los trabajadores (en materia de costos, oportunidades y dificultades de todo orden).

REFERENCIAS

- Birgin, H. y Gherardi, N. (2012). Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente. En Birgin, H. y Gherardi, N. (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales* (pp. 167-186). Fontamara.
- Ciudad, A. (2012). La reforma procesal y la oralidad: un análisis comparado. En Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. <https://xdoc.mx/documents/la-reforma-procesal-y-la-oralidad-un-analisis-comparado-5dd2fb5aeb1cb>
- Landa, C. (2018). *La constitucionalización del derecho. El caso del Perú*. Palestra.
- Ochoa, B. (2005). La «implementación de la oralidad» en el proceso laboral. Debate en entorno de la congestión judicial. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, (23), 69-94. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1706965>

- Pasco, M. (2010). La Nueva Ley Procesal del Trabajo: paso trascendental para la justicia laboral en el Perú. *Lawyer. Revista de Firmas de Abogados & Negocios*, 2(6), 74-75.
- Quispe, C. A. (2020, 3 de junio). *10 años de vigencia de la nueva ley procesal del trabajo: ¿feliz aniversario? Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2020/06/03/10-anos-de-vigencia-de-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-feliz-aniversario/>
- Tribunal Constitucional (2003). Expediente n.º 010-2001-AI/TC Defensoría del Pueblo. Lima: 26 de agosto de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.html>
- Tribunal Constitucional (2005). Expediente n.º 4080-2004-AC/TC Ica. Lima: 28 de enero de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04080-2004-AC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2007a). Expediente n.º 5085-2006-PA/TC Lima. Lima: 13 de abril de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional (2007b). Expediente n.º 6648-2006-PHC/TC Lima. Lima: 14 de marzo de 2007. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06648-2006-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional (2018). Expediente n.º 01006-2016-PHC/TC Amazonas. Lima: 24 de enero de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/01006-2016-HC.pdf>
- Van Rooij, B. (2012). Acercar a la justicia a los pobres. Cooperación de abajo hacia arriba en las estrategias legales. En Birgin, H. y Gherardi, N. (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales* (pp. 187-219). Fontamara.
- Vinatea, L. y Toyama, J. (2012). *Análisis y comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Gaceta Jurídica.



REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022, 155-170

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5.578

LA MIGRACIÓN LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LA DIGNIDAD HUMANA: UNA PROBLEMÁTICA DEL TRABAJADOR MIGRANTE

LABOR MIGRATION AND ITS IMPACT ON HUMAN DIGNITY: A PROBLEM OF THE MIGRANT WORKER

ROSA ISABEL TORRES CADILLO

Corte Superior de Justicia del Santa
(Chimbote, Perú)

Contacto: rtorresc@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0002-9484-7119>

RESUMEN

La migración representa un problema permanente no solo para los extranjeros, sino también para el país destino, puesto que el migrante encarna una persona en búsqueda de trabajo y oportunidades, que muchas veces por necesidad opta por cualquier tipo de trabajo (precario), incluso con una remuneración irrisoria. A esta situación se le adiciona la estigmatización y la discriminación de la persona migrante trabajadora, debido a su condición, lo que genera un impacto negativo en su dignidad, ya que muchas veces es humillada,

insultada y maltratada. Esta es la realidad del día a día de los migrantes trabajadores en nuestro país.

Palabras clave: migración; discriminación; dignidad laboral; derechos.

ABSTRACT

Migration is a permanent problem not only for foreigners, but also for the destination country, because the migrant represents a person in search of work and opportunities, who often, by necessity, opts for any kind of (precarious) work, even with a derisory remuneration. This situation is compounded by the stigmatization and discrimination of migrant workers, due to their status, which has a negative impact on their dignity, as they are often humiliated, insulted and abused. This is the daily reality of migrant workers in our country.

Key words: migration; discrimination; labor dignity; rights.

Recibido: 22/04/2022 Aceptado: 20/05/2022

1. INTRODUCCIÓN

La migración masiva de los ciudadanos venezolanos en el Perú generó un impacto en la economía y el escenario laboral en nuestro país. En efecto, según Andina (2018), el Organismo Internacional para las Migraciones (OIM), de las Naciones Unidas, reveló que el abandono de su territorio natal obedece a la situación económica de su país (57.9 %) y a la falta de empleo (10.9 %), alimentos y medicina (18.7 %). Asimismo, la gran mayoría de migrantes residentes en Lima labora en tres segmentos: i) ocupaciones elementales (42.3 %), como cocineros y asistentes de cocina, operarios de limpieza, transportistas, ambulantes y peones de construcción; ii) comercio y servicios (30.2 %), como vendedores de productos o prestadores de servicios; y iii) solo el 9.1 % cuenta con trabajo formal, esto es, contrato o recibos.

No cabe duda de que la capacidad para satisfacer necesidades es uno de los factores relevantes para la sociedad en general; sin embargo, el trabajo humano, al estar relacionado con el esfuerzo, implica que debe conducirse en plena armonía con la dignidad de quien lo ejerce, puesto que es la garantía del respeto de su propia humanidad (Torres, 2017). Por otro lado, según Olga (2018), el trabajo se está tornando tan frívolo que podría vulnerar la dignidad del ser humano, ya que se puede contemplar i) crecimiento del empleo vulnerable, en especial en países en desarrollo; ii) desigualdades de género; iii) abuso en los trabajadores jóvenes; y iv) desplazamiento del sector formal al sector de servicios en pésimas condiciones laborales.

La crisis del desempleo trajo consigo el fenómeno de la precarización laboral, gobernada por inestabilidad, ausencia de un trabajo indefinido, inexistencia de libertad sindical, inseguridad laboral, falta de cobertura en seguridad social, remuneración paupérrima y represión por la defensa de los derechos. Tal es así que el riesgo de ser víctima de la precarización laboral lo sufren las minorías, las mujeres y los inmigrantes, puesto que a ellos se les encomienda las labores de mayores riesgos (condiciones laborales peligrosas), así como la posición de ser personal de reemplazo. Recordemos que la precarización laboral es responsable de la transformación de las condiciones de protección laboral; ha deshumanizado las relaciones laborales en función del fantasma de las nuevas tecnologías, rompiendo cualquier vínculo entre los miembros del centro de labores, lo cual se manifiesta en la tercerización de servicios, la subcontratación y el aumento de trabajadores a corto plazo e independientes (Méndez, 2016).

Las jornadas extenuantes, a las que incluso se añaden otros trabajos para cubrir los gastos del hogar, describen un escenario que debilita las relaciones familiares y sociales. A ello se adiciona el trabajo infantil (realidad constante en familias pobres), que trae consigo que los niños se expongan a múltiples riesgos (salud y seguridad) y abusos. Asimismo, la precarización laboral cristaliza la tendencia de la explotación

(disfrazada por algún tecnicismo normativo), condición que quebranta los derechos y la dignidad de los trabajadores; también genera un impacto psicológico en el trabajador, en su imagen y autoestima, lo cual termina minando su salud mental (Méndez, 2016).

Así, la llegada indiscriminada de migrantes al país trajo consigo la percepción de mayor oferta de mano de obra barata, el aumento de oferta de trabajadores (migrantes desesperados) y una mayor competencia entre los trabajadores con sueldos paupérrimos. Obviamente, esto generará un crecimiento exponencial de desempleo por la oferta de mano de obra barata del inmigrante. Es importante tener presente que los migrantes que cuentan con mayor capacidad y especialización en los trabajos podrán mejorar su condición laboral; sin embargo, la realidad es otra, debido al incremento de la demanda laboral de trabajadores con baja educación y dedicados a las habilidades manuales (Urria, 2020).

2. LAS RELACIONES LABORALES

El espacio de interacción entre los trabajadores debe construirse de la manera más óptima posible; por ello, resulta imprescindible mantener la mejor relación entre ellos, puesto que ahí se modelan i) los valores sociales (como optimizar los beneficios, la solidaridad de grupo, la libertad); ii) los intereses personales (bienestar para la familia) y colectivos (mayores ganancias para la empresa); iii) las normas básicas, formales e informales que definen las relaciones colectivas; y iv) las técnicas para concretar acuerdos (consulta y resolución de conflictos, métodos de negociación, organización del trabajo, entre otros). En puridad, la importancia de mantener con éxito las relaciones laborales tendrá un impacto positivo en la organización, ya que ello implica mayor productividad, menos conflicto y mayor rentabilidad. Por tanto, no importa de qué nacionalidad sea el trabajador, lo que importa es cómo se relaciona con su entorno, sus compañeros y

su empleador. Por otra parte, desde la perspectiva del trabajador, este desconoce con quién trabajará, si sus nuevos compañeros serán inmigrantes y si trabajará con ellos. Este escenario implica la posibilidad de prejuicios cuando ingresan nuevos trabajadores extranjeros, situación que posibilita el maltrato y la discriminación, y que daña las buenas relaciones laborales (Nava, 2012).

2.1. Actitudes y valores institucionales

Todo ser humano está rodeado de normas axiológicas como la lealtad, el respeto, la verdad, el bien, la disciplina, la prudencia, la belleza, la honestidad, la virtud, la felicidad, etc. Empero, estos valores son relevantes para una convivencia, como son las relaciones laborales, las cuales deben ser compatibles con las creencias y la cultura de cada trabajador (local o extranjero). Recordemos que los valores son susceptibles a los cambios (así lo evidencia la historia), y su función es regir la conducta de las personas, la misma que se modifica de acuerdo con la sociedad. La perspectiva social implica que cada valor permite diferenciar los valores tradicionales de los valores modernos. Ahora bien, con respecto a los valores laborales considerados como atributos del trabajo, y que ameritan profundo respeto en el ámbito profesional, podemos afirmar que son considerados importantes para la persona y, por lo tanto, deben ser respetados en el espacio profesional. Ello se traduce como una conducta proba hacia la organización y sus compañeros y la plena satisfacción de todos (Nava, 2012).

De otro lado, se sabe de la existencia de los conflictos en el centro de labores, producto de las divergencias de valores entre los compañeros y frente a la institución. Por ello, es imperativo mantener vigente el respeto en las relaciones laborales tanto con el compañero de trabajo (nacional o extranjero) como con el empleador, porque desafortunadamente somos proclives a la marginación, el maltrato y la estigmatización, que se incrementan aún más si se trata de un inmigrante (Nava, 2012).

2.2. El *mobbing* laboral

Son comunes los enfrentamientos entre las personas que trabajan en la misma organización, ya sea por el exceso de una broma, por una ofensa o por problemas personales. El escenario se agrava cuando se replican las hostilidades o cuando se ignora a una persona. Recordemos que el término *mobbing* significa ‘acosar u hostigar’, así como el acoso laboral, que consiste en aquellas acciones, miradas, palabras, señales corporales, entre otras conductas, que ejecutan una o más personas (acosadores); o en la práctica de violencia de forma dolosa con el propósito de humillar y afectar a otro (trabajador), ya sea psicológica o físicamente. Ahora bien, el acoso laboral presenta cuatro fases: i) origen del conflicto, que, por lo general, se da por cosas irrelevantes; ii) presencia de cambios, desde indirectas hasta terror psicológico; iii) el asunto se hace público, en ese sentido, el *mobbing* no se mantiene oculto por mucho tiempo, debido a la identificación de los cambios que advierte el personal; y iv) el *mobbing* laboral culmina con el despido o influye para que su víctima renuncie (Nava, 2012).

Según Nava (2012), las causas más frecuentes del *mobbing* laboral hacia alguien son los celos y la envidia, ya sea porque destaca, por su capacidad laboral, por el aprecio de sus compañeros o superiores; también se produce por discriminación, racismo e incluso por xenofobia (como el caso de los ciudadanos venezolanos). Asimismo, las empresas podrían fomentar el *mobbing* por medio de cambio del personal, relaciones deficientes entre los trabajadores y la dirección (una figura superior), problemas de liderazgo, paupérrimo nivel moral que motiva el acoso, trabajos estresantes y rutinarios, sobrecarga laboral o escaso apoyo social.

Para Nava (2012), las conductas de *mobbing* laboral que se manifiestan contra el trabajador acosado son la prohibición de comunicación con sus compañeros de labores; la negación de respuestas a sus preguntas (escritas u orales); la actitud contradictoria de sus compañeros; ser

evitado por sus compañeros al momento de trabajar; un trato hostil y grosero hacia su persona; la provocación hasta conseguir una reacción descontrolada de su parte; comentarios maliciosos permanentemente; que sus órdenes no sean acatadas, en caso se trate de supervisor; ser denigrado frente a sus superiores; que sus propuestas sean rechazadas sin que sea escuchado; ser ridiculizado por su aspecto físico; ver limitadas su actividad e influencia; ser culpado de los errores de los demás; recibir información errada; ser rechazado en su intento de llevar cursos de formación; recibir siempre tareas dependientes; ser controlado y vigilado de modo militar; ver cambiado su lugar de labores sin previo aviso; que su trabajo se manipule dolosamente; que sus permisos de trabajo sean rechazados. En resumen, se le destruye moralmente, lo que le orilla a padecer posibles efectos físicos.

3. LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL

La migración trajo consigo efectos de gran envergadura no solo en el ámbito social, personal y cultural, sino también en lo normativo, en especial en el sector laboral. Ello implica la modernización y el intercambio de información y experiencias; es decir, todo obliga al Estado a coordinar en el plano externo medidas de cooperación internacional entre los Estados, como la revisión de sus leyes, lo cual trajo consigo algunos cambios que impactarán en la restricción o la vulneración de algunos derechos y libertades de los migrantes (sin tomar en cuenta si son regulares o irregulares) (Hernández, 2015). En el contexto latinoamericano reciente, la cantidad de migrantes venezolanos va en crecimiento debido a la crisis que atraviesa su país.

Los sistemas jurídicos no han ignorado tal realidad, por lo mismo que al incorporar en la norma la problemática de los migrantes deben contener el respeto de sus derechos fundamentales, así como la obligación de cumplir las leyes del país donde residen. En efecto, la migración siempre presenta divergencias desde el punto de vista sociológico,

político, económico y jurídico; sin embargo, se debe tener en cuenta que el respeto de los derechos fundamentales de los migrantes reside en los principios elementales que consagra la comunidad internacional (Hernández, 2015).

4. LA DIGNIDAD Y SU CARÁCTER INHERENTE AL DERECHO AL TRABAJO, SEA EJERCIDO POR PERSONA NACIONAL O EXTRANJERA

4.1. La dignidad de la persona en la actualidad

La dignidad humana ha adquirido importancia en los sistemas normativos de los países en aras de neutralizar la barbarie ejecutada en el pasado. Debemos entender que es un objeto de liberación racional que construye la normatividad a modo de principios, valores y derechos. Cabe destacar que la defensa de la dignidad humana implica valores constitucionales y adquiere todo su potencial de transformación y cambio cuando se percibe, se conoce, se estudia y se otorga un sentido institucional y de apertura a la promoción de la persona humana en nuevas condiciones culturales, sociales y políticas que permitan su desarrollo en dignidad (Gómez, 2021).

La positivización de la dignidad humana en los preceptos constitucionales proyecta derechos y libertades de carácter universal, como la igualdad, la libertad y la fraternidad, que se extienden en los extranjeros; es decir, la política de dignidad humana apuesta por los más desfavorecidos, cuya salvaguarda es deber del Estado (Gómez, 2021).

4.2. La dignidad y la dimensión sociolaboral de la persona en los instrumentos normativos internacionales

La dignidad es una institución jurídica presente en los preceptos normativos constitucionales e internacionales; empero, su aplicación ha propiciado un gran debate. En efecto, desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) siempre se procuró la defensa

de los intereses de los migrantes. Para ello se elaboraron normas internacionales específicas que abordan la mano de obra del migrante y la protección de los trabajadores migrantes (por convenios de 1949 y 1975), así como las recomendaciones y las declaraciones que representan un parámetro de interpretación para los operadores del derecho. En puridad, la dignidad humana siempre ha estado ligada a los derechos sociales y laborales (Gómez, 2021).

Por su parte, las Naciones Unidas señalan que los derechos fundamentales del hombre, su dignidad y su valor como persona, en igualdad de derechos de hombres y mujeres, son obligaciones cuya regulación y protección debe ser velada por las naciones. Así, se evidencia en toda su dimensión social que se generan las condiciones necesarias que materialicen la justicia y las libertades, en fiel cumplimiento de las obligaciones de los países al derecho internacional. En consecuencia, la libertad, la justicia y la paz son partes integradoras del reconocimiento de la dignidad, intrínseca en el ser humano. Por ello, se destaca que el primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señale que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En resumen, la dignidad contiene una esfera social que conduce a la existencia digna del ser humano (Gómez, 2021).

4.3. Dignidad, trabajo y extranjería

Los instrumentos internacionales procuran salvaguardar y mantener vigente la dignidad del trabajador, para lo cual existe el derecho del trabajo, ya que este último es la fuente de sustento de las personas y de su autonomía en la sociedad. Por ende, toda forma de discriminación en el trabajo, así como la falta de respeto de su multiculturalidad, significa la vulneración a la dignidad humana. Como se sabe, toda crisis financiera, social, económica y laboral de un país trae consigo la migración de millones de extranjeros. Este escenario propicia que, de algún modo, se vean recortados los derechos y las libertades de

los migrantes, razón suficiente para que soporten cualquier oferta de trabajo que les permita subsistir. Esta condición se agrava por la preferencia de mano de obra local o nacional sobre los extranjeros, para dejar a los migrantes trabajos en los que se les recorta sus derechos, con lo cual se vulnera la dignidad de los extranjeros, quienes por necesidad aceptan cualquier tipo de trabajo, aunque este represente un peligro para su integridad y dignidad. En ese sentido, resulta asertivo sostener que la dignidad del migrante siempre se encuentra en permanente peligro y vulneración por su condición, más aún si es un extranjero ilegal, debido a que siempre se le verá como una mano de obra barata (Gómez, 2021).

La reducción de la inversión privada y del gasto social es el caldo de cultivo perfecto para incrementar el desempleo. A ello se adicionan la flexibilidad laboral, la precariedad, la inestabilidad y la fragmentación de la prestación laboral, los contratos temporales, la reducción de los salarios, el trabajo bajo presión, las altas horas de trabajo y el despido, además de características que alteran la dignidad laboral del trabajador, propias de la explotación laboral. Asimismo, se suman la discriminación, el *mobbing* y el trato despreciable a los migrantes, a quienes se les restringe el acceso a la formalidad que brinda el sistema normativo por su misma condición de migrante (Gómez, 2021).

5. EL INSTRUMENTO ANDINO DE MIGRACIÓN LABORAL

Para Rosas (2014), el derecho a la libre circulación de los trabajadores se conoce como el derecho a la migración laboral, reconocido por la Comunidad Andina (en adelante CAN) por medio de la Decisión 116, Instrumento Andino de Migración Laboral, que, en resumen, estipula sobre el principio de igualdad, el ejercicio de los derechos sindicales y los contratos colectivos, todo ello con sujeción a la legislación nacional del país donde se inmigra. Asimismo, el país que recibe a los inmigrantes, como el caso de Perú, está obligado a i) implementar una política

laboral migratoria, lo cual implica disponer de oficinas de migración laboral adscritas al Ministerio de Trabajo; ii) controlar y seguir las actividades de los trabajadores migrantes en el país; y iii) establecer las pautas y los límites con respecto a la contratación de migrantes. Ante la presencia masiva de migrantes venezolanos en el país es imperativo atender estos tópicos.

La Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral —que reemplaza a la derogada Decisión 116—, de la CAN (2003), por su parte, hace referencia a que «se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario» (artículo 10). Esta directiva pretende que los extranjeros sean tratados como los nacionales, con base en el principio de igualdad contemplado en la Constitución y en la legislación interna. En tal sentido, según Rosas (2014), la referida norma reconoce ciertos derechos y libertades: i) el principio de igualdad de trata y oportunidades de los migrantes, que prohíbe cualquier tipo de discriminación; ii) el derecho al cumplimiento de las normas laborales y la supervisión de su condición laboral; iii) el derecho a la sindicalización y la negociación colectiva; iv) el acceso a los sistemas de seguridad social; v) el derecho al pago de las prestaciones sociales al migrante andino; vi) la protección a la familia del trabajador migrante andino; vii) la libertad de transferencia de su dinero, de conformidad con la legislación vigente; viii) la libertad de transferencia de sumas adeudadas por el trabajador migrante a título de una obligación alimentaria; ix) el derecho a que las rentas provenientes de su trabajo solo sean gravadas en el país donde las obtuvo; x) el derecho al libre acceso ante las instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos; xi) la protección de sus derechos laborales, independientemente de su situación migratoria; y (xii) el derecho a la información, para el trabajador migrante y su familia, sobre las condiciones de empleo y de vida en el país de inmigración.

6. LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL PERÚ

La legislación interna sobre los trabajadores migrantes comprende al Decreto Legislativo n.º 1236, de Migraciones (2015), que reemplazó al Decreto Legislativo n.º 703, Ley de Extranjería (1991); el Decreto Legislativo n.º 689, Ley de Contratación de Extranjeros (1991), y su reglamento dado por la Resolución Ministerial n.º 021-93-TR (1993); la Ley n.º 27891, Ley del Refugiado (2002); la Ley n.º 28950, Ley Contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (2007); y la Ley n.º 27840, de Asilo (2002). Se suman las normas de la CAN y el Mercado Común del Sur (Mercosur), cuyos acuerdos preceptúan la incorporación laboral de los migrantes entre los países miembro. Todo en su conjunto debe ser compatible con los lineamientos internacionales con respecto a la migración laboral (Culqui, 2015).

Según Culqui (2015), el Decreto Legislativo n.º 1236 dispuso una nueva política migratoria, cuyos principios impactaron en los derechos laborales de los migrantes, como el principio de integración del migrante, de no discriminación del migrante irregular, de libre tránsito, de respeto a sus derechos fundamentales, de interés superior del niño y adolescente, y de reciprocidad y formalización migratoria.

7. LOS MIGRANTES EN LA INFORMALIDAD LABORAL

El problema de la informalidad laboral viene en crecimiento por la llegada de la pandemia y también por las crisis global y política. La tasa de informalidad laboral, hasta el 2019, estuvo representada por el 70 %, cifra preocupante que nos pone en los primeros lugares en América Latina. Asimismo, una de las razones del alto índice de informalidad laboral es la migración venezolana, debido a su mano de obra barata.

A pesar de la existencia de una legislación que regula al trabajador migrante (Decreto Legislativo n.º 689 y su reglamento dado por el Decreto Supremo n.º 014-92-TR, modificado por el Decreto Supremo n.º 023-2001-TR), en la que se establecen límites a la contratación de extranjeros en el país, tanto en la remuneración (30 % de la planilla de sueldos y salarios) como en el personal (20 % del total de servidores, empleados y obreros), los ciudadanos venezolanos cuentan con el permiso temporal de permanencia (PTP), un régimen especial y transitorio que facilita a la empresa a contratarlos e incluso exonera de cualquier restricción laboral implementada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

La informalidad es el pan de cada día y se ha agudizado con la llegada de la pandemia. No obstante, lo anecdótico es que, a pesar de que el trabajador migrante tenga la oportunidad de trabajar de manera formal, con todos los beneficios de ley, no siempre opta por este trabajo, debido a los descuentos que se le aplica. El trabajo informal les resulta muy atractivo por su fácil acceso y su independencia, y porque no es pasible de descuentos. Por tanto, el PTP no garantiza un empleo formal, y las flexibilizaciones del proceso administrativo para la contratación de ciudadanos venezolanos mucho menos aseguran que las empresas incrementen sustancialmente la contratación formal de estos. Otro factor que facilita la informalidad es la escasa fiscalización laboral por parte de las autoridades para que verifiquen el fiel cumplimiento de las normas laborales, puesto que existen malos empleadores que se aprovechan de las necesidades de los migrantes y los contratan bajo condiciones paupérrimas, como un salario por debajo de mínimo vital y la exigencia de extensas jornadas de trabajo (Vera y Jiménez, 2020).

8. CONCLUSIONES

Los trabajadores migrantes siempre buscarán el reconocimiento jurídico de su dignidad en el ámbito laboral; por tanto, es apremiante considerar esto como una oportunidad de intercambio que permita cristalizar sus aspiraciones. Para ello, el migrante debe contar con el marco normativo que le facilite integrarse en todos los campos sociales, económicos y laborales. Así, es imprescindible no estigmatizarlo, mucho menos hostigarlo o discriminarlo. Como se recuerda, la migración casi siempre se produce por razones económicas, y su incorporación al mercado laboral del país donde reside resulta difícil. Ahora bien, por parte del Estado, es necesario optimizar los controles en las fronteras, de modo que el ingreso de migrantes no continúe en manos de organizaciones criminales que generan todo tipo de explotación.

La concesión de derechos de los migrantes debe abordarse en todas las esferas del ser humano. Ello también implica mejorar el control y el ingreso de migrantes al país, puesto que a la fecha el flujo migratorio sigue siendo indiscriminado e incontrolable, y se cuenta con miles de migrantes en la condición de ilegales. Por otra parte, a cada Estado le asiste el reto jurídico-político de atender el problema de las condiciones laborales de los migrantes, dado que su dignidad laboral está en permanente vulneración.

9. RECOMENDACIONES

Se recomienda la implementación de estudios que permitan identificar y determinar el estado real de los trabajadores extranjeros en el país, de modo que se facilite la elaboración de un informe objetivo que permita generar una propuesta de iniciativa legislativa que aborde eficazmente el problema de los trabajadores extranjeros en el país, en cuya normativa se deben materializar las recomendaciones del derecho internacional referidas a la dignidad y los derechos fundamentales de los extranjeros.

REFERENCIAS

- Andina (2018, 14 de marzo). ¿En qué trabajan los venezolanos que residen en Lima? *Andina*. <https://andina.pe/agencia/noticia-ac/ncia/andina.pe/agencia/noticia-en-trabajan-los-venezolanos-residen-lima-703099.aspx>
- Comunidad Andina (2003). Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral. Antioquia: 25 de junio de 2003. <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC545.pdf>
- Culqui, Á. (2015). *Los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el Perú* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6904>
- Gómez, I. R. (2021). *Inmigración laboral y dignidad* [Tesis doctoral, Universitat Jaume I]. <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10803/671561>
- Hernández, C. E. (2015). *Derechos fundamentales y migración internacional* [Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha]. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/10131>
- Méndez, M. E. (2016, 28 de abril). La precarización del trabajo y su impacto en las personas. *Iberoamérica Social*. <https://iberoamericasocial.com/la-precarizacion-del-trabajo-y-su-impacto-en-las-personas/>
- Nava, A. (ed.) (2012). *Respeto a la dignidad humana en el ámbito laboral*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. https://piensadh.cd hdf.org.mx/images/publicaciones/material_de_capacitacion/serie_capacitacion_interna/2012_Respeto_Dignidad_Laboral.pdf
- Olga (2018, 25 de abril). La violación de la dignidad del trabajo humano. *HOAC*. <https://www.hoac.es/2018/04/25/la-violacion-de-la-dignidad-del-trabajo-humano/>

- Rosas, H. V. (2014). *Derecho a la migración laboral y el fortalecimiento de la empleabilidad en la comunidad andina* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5865>
- Torres, V. M. (2017, 10 de octubre). El trabajo y la dignidad humana. *Cátedra Carlos Llano*. <https://www.carlosllanocatedra.org/blog-management/el-trabajo-y-la-dignidad-humana>
- Urria, I. (2020). Impacto de la población migrante en el mercado laboral y arcas fiscales entre 2010 y 2019 en Chile. <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/08/MigracionyEconomia.pdf>
- Vera, C. y Jiménez, B. (2020). Migración venezolana e informalidad en el mercado local. https://cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/migracion_venezolana_e_informalidad_en_el_mercado_local.pdf

REVISTA DE DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO DEL PODER JUDICIAL

Vol. 5, n.º 5, enero-junio, 2022

ISSN: 2708-9274 (En línea)

DOI: 10.47308/rdpt.v5i5

La edición de este quinto número
de la revista estuvo a cargo de Gladys Flores Heredia;
el diseño y la diagramación lo realizó Rodolfo Loyola Mejía;
la asistencia editorial, Luis Abraham Garrido Huamán
y Ronald Robert Junior Callapiña Galvez;
la corrección de textos, Jayro Jurado Urbina; y la gestión
electrónica: Joel Jonathan Alhuay Quispe y Erik Almonte Ruiz.

La Revista de Derecho Procesal del Trabajo.
Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación
de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial n.º 5
se terminó de producir digitalmente en junio de 2022
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



PRESENTACIÓN

JESSICA VANESSA MEDINA JIMÉNEZ

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

JAVIER ARÉVALO VELA

La huelga en el derecho laboral peruano

STEFANO BINI

España apuesta por transiciones sostenibles: el Mecanismo RED en la reforma laboral de 2021-2022

LUIS ALBERTO HUAMÁN ORDÓÑEZ

El Estado como sujeto obligado al pago de los costos procesales en los procesos laborales y contencioso-administrativos laborales: un espacio de quiebre y de afianzamiento de las prerrogativas administrativas

BRUNO JAIRO MORALES RIVADENEYRA

La responsabilidad de los organismos públicos en los casos de accidentes de los trabajadores de las empresas de intermediación laboral

LUIS JESÚS BALDEÓN BEDÓN

La variación de la demanda dentro de la audiencia de juzgamiento:
¿se puede negar todavía su validez?

ROSA ISABEL TORRES CADILLO

La migración laboral y su incidencia en la dignidad humana: una problemática del trabajador migrante