

CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL TRABAJO

Un estudio desde las dos orillas

PILAR CHARRO BAENA Y JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR

(Directores)

KARINA APARICIO ALDANA

PABLO BENLLOCH SANZ

PILAR CHARRO BAENA

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR

ROSA MARTÍN-BORJA FERNÁNDEZ

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE

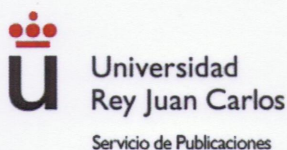
SANTOS PAVÓN DE PAULA

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

CRISTINA TORRES TAFUR

ROLANDO ENRIQUE UBILLÚS BRACAMONTE



**CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL TRABAJO
UN ESTUDIO DESDE LAS DOS ORILLAS**

CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL TRABAJO

Un estudio desde las dos orillas

PILAR CHARRO BAENA Y JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR

(Directores)

REBECA KARINA APARICIO ALDANA

PABLO BENLLOCH SANZ

PILAR CHARRO BAENA

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR

ROSA MARTÍN-BORJA FERNÁNDEZ

LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE

SANTOS PAVÓN DE PAULA

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI

CRISTINA TORRES TAFUR

ROLANDO ENRIQUE UBILLÚS BRACAMONTE



Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9085-249-1

Depósito Legal: M-35881-2014

Preimpresión por:

Besing Servicios Gráficos S.L.

e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión:

Copias Centro

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN URJC	17
PRESENTACIÓN USAT	19
PRESENTACIÓN FIOCU	21
CAPÍTULO I. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA	23
<i>Pablo Benlloch Sanz</i>	
I. INTRODUCCIÓN	23
II. LA COSTUMBRE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	25
III. CARACTERES DE LA COSTUMBRE LABORAL.....	27
IV. DOCTRINA JUDICIAL ACERCA DE LA COSTUMBRE LABORAL: ALGUNOS EJEMPLOS.....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	31
CAPÍTULO II. LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA	33
<i>Cristina Torres Tafur</i>	
I. INTRODUCCIÓN	33
II. LA COSTUMBRE Y SU ESTATUTO JURÍDICO.....	34
III. ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA COSTUMBRE	37
IV. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA COSTUMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	37
4.1. Exp. N° 1844-80 (Las Gratificaciones Extraordinarias)	37
4.2. Cas. N° 2781-2009- La Libertad	38
4.3. Cas. N° 3547-2009-Callao	39
V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	41

CAPÍTULO III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES. UNA VISIÓN DESDE EL ORDENAMIENTO Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLES	43
<i>Carolina San Martín Mazzucconi y Santos Pavón de Paula</i>	
I. CONSIDERACIONES GENERALES	43
1. Ideas previas	43
2. Marco legal general	44
3. Impulso del Estado español. Los Planes Avanza	49
II. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL	55
1. Problemática general	55
2. Pautas judiciales sobre el control empresarial de los ordenadores	56
a) <i>La relación laboral no priva al trabajador de sus derechos fundamentales, aunque los modula</i>	56
b) <i>La limitación de derechos fundamentales sólo es lícita si cumple el principio de proporcionalidad</i>	57
c) <i>La neutralización de la expectativa de confidencialidad evita la vulneración del derecho</i>	57
d) <i>La prohibición convencional también neutraliza la expectativa de confidencialidad</i>	59
III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES	61
3.1. Ideas previas	61
3.2. Identificación de la problemática	62
3.3. Delimitación conceptual de la libertad informática	64
3.4. Principios básicos de protección de datos en la relación laboral	65
3.5. Régimen jurídico sobre protección de datos en la relación individual de trabajo	66
3.5.1. <i>Normativa internacional y comunitaria</i>	66
3.5.2. <i>La Ley Orgánica de Protección de Datos y su aplicación al ámbito laboral</i>	67
3.6. Criterios de la Agencia Española de Protección de Datos	70
a) <i>Control de uso de internet y del correo electrónico</i>	70
b) <i>Vigilancia electrónica</i>	71
c) <i>Fichaje informático y control biométrico</i>	75
d) <i>Geolocalización</i>	77
e) <i>Tarjetas identificativas</i>	77
f) <i>Registro de bajas médicas</i>	78
g) <i>Datos sindicales</i>	80
h) <i>Vigilancia de la salud</i>	81

Índice

i) <i>Comunicaciones a terceros</i>	82
BIBLIOGRAFÍA.....	82
CAPÍTULO IV. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIONES LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: ESTADO DE LA CUESTIÓN	85
<i>Rebeca Karina Aparicio Aldana</i>	
I. INTRODUCCIÓN	85
II. USO DEL CORREO ELECTRÓNICO.....	85
III. USO DE CORREO ELECTRÓNICO PARA FINES SINDICALES	89
IV. PROCEDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS CONFLICTOS POR USO DE CORREO ELECTRÓNICO INSTITUCIONAL PARA FINES SINDICALES	92
V. USO DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA (CHAT VIRTUAL)	93
BIBLIOGRAFÍA.....	98
CAPÍTULO V. EL DESPIDO DISCIPLINARIO SIN CAUSA Y LA CAUSA EN LOS DESPIDOS ECONÓMICOS: UN DISTORSIONANTE PUNTO DE ENCUENTRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	101
<i>Pilar Charro Baena y Lourdes Meléndez Morillo-Velarde</i>	
I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	101
II. EL DESPIDO INCAUSADO O <i>AD NUTUM</i> EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	104
1. Principio general: causalidad del despido disciplinario	105
2. El despido disciplinario o <i>ad nutum</i> en el ordenamiento jurídico español	106
3. El despido disciplinario como instrumento para ajuste de plantillas: el despido “expres”	108
III. LA CAUSA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS TRAS LAS REFORMAS DE 2012	110
1. La reforma del régimen jurídico del despido colectivo: alcance y objetivos perseguidos	110
2. Las causas en el despido colectivo	112
2.1. <i>La identificación de las causas</i>	113
2.2. <i>El papel central de las causas y la eliminación de la conexión de causalidad</i>	118
3. El papel de los Tribunales en el control de las causas del despido colectivo	119
BIBLIOGRAFÍA.....	128

CAPÍTULO VI. EL RÉGIMEN DEL DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: VISIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL..... 131

Rolando Enrique Ubillús Bracamonte y Javier H. Espinoza Escobar

I. INTRODUCCIÓN.....	131
II. TRATAMIENTO NORMATIVO	132
2.1. Regulación constitucional.....	132
2.2. Regulación legal.....	134
III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	137
3.1. El caso Telefónica.....	137
3.2. El caso Llanos Huasco.....	141
3.3. El caso Baylón Flores.....	143
3.4. El cobro de los beneficios sociales no acarrea la aceptación del despido	144
3.5. La reposición de un trabajador a través de un proceso ordinario laboral.....	145
3.5.1. Sentencia casatoria laboral n° 3979-2011- Tacna	145
3.5.2. Primer pleno jurisdiccional supremo laboral de 2012.....	146
3.6. El principio iura novit curia en la calificación de la demanda de despido vulneratorio de los derechos fundamentales	147
3.7. Despido sin causa del personal de alta dirección y de confianza	148
IV. CONCLUSIONES	150
BIBLIOGRAFÍA.....	150

CAPÍTULO VII. CONCILIACIÓN Y MATERNIDAD EN ESPAÑA: LA TITULARIDAD DE LOS PERMISOS PARENTALES..... 153

Ana Isabel Pérez Campos y Rosa Martín-Borja Fernández

I. INTRODUCCIÓN.....	153
II. MUJER, EMPLEO Y CONCILIACIÓN	155
2.1. Aproximación histórica.....	155
2.2. Conciliación y corresponsabilidad.....	159
2.2.1. Derecho internacional y Comunitario.....	161
2.2.2. Derecho español.....	165
III. SOBRE LA TITULARIDAD DEL PERMISO DE MATERNIDAD EN EUROPA Y ESPAÑA.....	167
3.1. Disfrute materno	168
3.2. Disfrute paterno	170
3.3. Hacia la titularidad compartida del permiso de maternidad.....	173
BIBLIOGRAFÍA.....	178

CAPÍTULO VIII. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL PERÚ: HACIA LA BÚSQUEDA DE LA CORRESPONSABILIDAD 181

Javier H. Espinoza Escobar

I. CUESTIONES PRELIMINARES	182
II. ALGUNOS DATOS A TENER EN CUENTA.....	184
2.1. Situación de la familia peruana.....	184
2.2. Situación de la mujer trabajadora	187
III. PERÚ: HACIA LA BÚSQUEDA DE LA CORRESPONSABILIDAD ENTRE VARÓN Y MUJER.....	188
3.1. Enfoque de corresponsabilidad y medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.....	188
3.2. La incorporación del enfoque de corresponsabilidad en la Políticas públicas sobre la familia y en las normas laborales peruanas.	192
IV. MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	194
4.1. Medidas de protección vinculadas con la situación biológica del embarazo y puerperio y con la salud y atención del recién nacido.....	194
4.1.1. <i>Medidas de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto</i>	194
4.1.2. <i>Descanso por maternidad.....</i>	197
4.1.3. <i>Implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado.....</i>	198
4.1.4. <i>Permiso por lactancia materna</i>	199
4.2. Medidas que buscan fomentar la corresponsabilidad de los padres trabajadores	201
4.2.1. <i>Licencia por paternidad</i>	201
4.2.2. <i>Licencia por adopción</i>	203
4.2.3. <i>Licencia para atender a familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.....</i>	204
4.2.4. <i>Licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapacidad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia o sujetos a su curatela.....</i>	206
4.3. Medidas ausentes: las relacionadas con el empleo y distribución del tiempo de trabajo	207
V. CONCLUSIONES	209
BIBLIOGRAFÍA.....	210
LINKOGRAFÍA	211

PRÓLOGO

No son muchas las ocasiones en que profesores de Derecho del Trabajo de distintos países puedan realizar un esfuerzo conjunto de análisis del tratamiento legislativo y jurisprudencial que en los países de origen se otorga a instituciones tan clásicas y, a la vez tan novedosas, del Derecho del Trabajo.

Una de estas ocasiones ha sido el trabajo conjunto realizado por profesores de Derecho del Trabajo de las Universidades Rey Juan Carlos de España y Santo Toribio de Mogrovejo de Perú quienes, agrupados en el Laboratorio Hispano Peruano de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, han analizado durante el año 2013 diversos tópicos relacionados con dicha rama del Derecho, desde su visión legislativa pero, fundamentalmente, desde la visión referida a la respuesta que los Tribunales han brindado frente a los conflictos que han sido puestos bajo su conocimiento.

El Laboratorio Hispano-peruano de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social fue creado en noviembre de 2012 por representantes de la Universidad Rey Juan Carlos (España) y la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Perú). Tiene como finalidad propiciar un análisis comparado de la Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social emitida por los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos de España y Perú así como de la legislación relacionada con las sentencias bajo estudio. Con ello se contribuye a la ampliación de conocimientos de los participantes a través de la investigación dirigida, se facilita la comprensión de las instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través del análisis de sus semejanzas y diferencias pero, además, permite aproximar los diversos sistemas normativos, a través de la jurisprudencia emitida por sus tribunales en respuesta a los conflictos que enfrentan a trabajadores y empleadores.

Otro aspecto interesante de la propuesta del Laboratorio es la metodología utilizada, que se ha servido de las nuevas tecnologías para facilitar el acercamiento entre los miembros del Laboratorio mediante sesiones virtuales. En cada una de las sesiones programadas, uno de los miembros de la parte peruana o española del Laboratorio se hace cargo de la selección de la jurisprudencia a tratar y de enviar al resto de participantes un breve dossier que sitúe el tema a debatir en el contexto jurídico del país correspondiente. En las fechas programadas, se realiza una sesión virtual en la que se expone el tema a tratar y la resolución o resoluciones que han emitido los Altos Tribu-

nales del país en cuestión. A continuación se abre un debate entre los miembros y se formulan las conclusiones más relevantes sobre el tema tratado.

El libro que hoy tienen en sus manos es consecuencia de los debates y conclusiones a las que se han arribado en las diversas sesiones del Laboratorio.

Dado su tratamiento comparado lo hemos titulado: “CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL TRABAJO: UN ESTUDIO DESDE LAS DOS ORILLAS” e incluye ocho capítulos que, a su vez, responden a cuatro ejes temáticos objeto de análisis que han sido tratados tanto desde la visión española como la peruana.

El primer eje temático relacionado con las Fuentes del Derecho del Trabajo se centró en el estudio de la Costumbre como fuente del Derecho del Trabajo. Como resultado de dicho análisis, el profesor Pablo Benlloch Sanz es el autor del Capítulo I denominado: La costumbre como fuente del Derecho del Trabajo español: Un análisis desde la jurisprudencia. La contraparte peruana estuvo a cargo de la profesora Cristina Torres Tafur, quien es autora del Capítulo II denominado: La costumbre en el ordenamiento jurídico peruano: Un análisis desde la jurisprudencia.

Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías fueron el eje temático tratado en la segunda sesión del Laboratorio. Como consecuencia de ello, los Dres. Carolina San Martín Mazzucconi y Santos Pavón de Paula son autores del Capítulo III denominado: Nueva tecnologías y su incidencia en las relaciones laborales. Una visión desde el ordenamiento y la jurisprudencia españoles. Sobre dicho tema en el ordenamiento peruano se ocupó la profesora Rebeca Karina Aparicio Aldana, quien es autora del Capítulo IV denominado: Nuevas tecnologías y relación laboral en el ordenamiento jurídico peruano: estado de la cuestión.

El tercer bloque temático del Laboratorio tuvo como eje central al Despido. De este tema se han ocupado las Profesoras Pilar Charro Baena y Lourdes Meléndez Morillo-Velarde quienes son autoras del Capítulo V denominado: El despido disciplinario sin causa y la causa en los despidos económicos: un distorsionante punto de encuentro en el ordenamiento jurídico español. Por su parte, sobre el tema del despido en el ordenamiento peruano se ocuparon los profesores Rolando Enrique Ubillús Bracamonte y Javier H. Espinoza Escobar, quienes son autores del Capítulo VI denominado: El régimen del despido en el ordenamiento jurídico peruano: visión normativa y jurisprudencial.

La última sesión del laboratorio del año 2013 tuvo como eje temático a las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. En relación con ello, el Capítulo VII del libro denominado Conciliación y maternidad en España: la titularidad de los derechos parentales, tiene por autoras a la profesora Ana Isabel Pérez Campos y a la Magíster Rosa Martín-Borja Fernández. La contrapartida peruana recayó en el profesor Javier H. Espinoza Escobar quien es el autor del Capítulo VIII denominado: La conciliación de la vida familiar y laboral en el Perú: Hacia la búsqueda de la corresponsabilidad.

Prólogo

Finalmente, quienes hemos tenido a cargo la coordinación del presente libro queremos agradecer el compromiso mostrado por los miembros del Laboratorio que, como puede apreciarse, ha visto coronado su esfuerzo. Tampoco podemos dejar de agradecer a la Alta Dirección de las Universidades Rey Juan Carlos y Santo Toribio de Mogrovejo por el firme apoyo a este proyecto que ahora ve la luz, así como a la Fundación Internacional de la Oficina de Cooperación Universitaria (FIOCU) por su apoyo tanto para la realización de las sesiones virtuales como para que la presente obra vea la luz. Estamos seguros que este será el inicio de una colección de libros que reflejará el fecundo trabajo de este espacio académico internacional de intercambio de conocimientos, experiencias pero sobre todo que ha permitido fortalecer el lazo de cooperación entre nuestras universidades.

Pilar Charro Baena

Javier H. Espinoza Escobar

PRESENTACIÓN URJC

Desde sus primeros pasos, la Universidad Rey Juan Carlos se ha caracterizado por mantener siempre una actitud abierta y comprometida ante todos los proyectos que se plantean tanto en el ámbito puramente académico, como en lo que se refiere a aspectos más vinculados con la sociedad civil en la que se halla inmersa. Junto a este talante proactivo, nuestra Universidad también ha mostrado un claro sesgo hacia los proyectos internacionales, en los que la cooperación con diferentes instituciones tanto académicas como de otra índole ha dado frutos de gran relevancia y trascendencia. Sin lugar a dudas, la obra que tengo el placer y el orgullo de presentar con estas líneas, responde con precisión a estas dos cualidades que tan a gala llevamos.

El proyecto que culmina, al menos para este año, con la edición de esta obra, es la muestra inequívoca del fructífero trabajo que la colaboración entre universidades españolas y latinoamericanas, en este caso, la pujante Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Perú, puede ofrecer. Esta cooperación ha generado como principal activo el Laboratorio Hispano-Peruano de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo, que se constituye en una referencia a nivel internacional en este ámbito. En su corto periodo de vida, escasos dos años en la fecha de impresión de estas líneas, se han abordado temas de una colosal complejidad y que varían desde aspectos más clásicos (aunque siempre fundamentales) como el estudio de la costumbre como fuente, en este caso, del Derecho del Trabajo, o el despido, hasta tópicos tan incipientes como las nuevas tecnologías (y su influencia en el ámbito del Derecho Laboral) o la conciliación de la vida laboral y personal, uno de los grandes caballos de batalla para las compañías de una buena parte del mundo desarrollado.

Sin lugar a dudas, el esfuerzo realizado y que queda patente en esta obra es un motivo de orgullo para la Universidad Rey Juan Carlos y para el Vicerrectorado de Extensión Universitaria que ha tenido la oportunidad de colaborar, aunque sea tangencialmente, en hacer viable este esfuerzo por parte de todos los profesores implicados. A ellos quiero testimoniarles mi agradecimiento de forma explícita y expresarles mi más sincera felicitación. Proyectos como este, con vocación de continuidad y que implican la participación de diversos colectivos universitarios son y deben seguir siendo el combustible que nos anime a volar cada vez un poco más alto. Estoy convencido de que así será.

Juan José Nájera Sánchez
Vicerrector de Extensión Universitaria
Universidad Rey Juan Carlos

PRESENTACIÓN USAT

La misión universitaria de transmitir, fomentar y crear cultura, en base a la investigación y la docencia, no puede estar desligada de los problemas sociales de su entorno tanto local como global porque sólo así podrá cumplir su rol de motor del cambio social. Este libro, fruto del trabajo de los profesores que forman parte del Laboratorio Hispano-Peruano de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo, es muestra de ello.

Lo que puede comenzar como una idea simple de cooperación internacional, llega a tomar una gran relevancia cuando se involucra en esta idea el compromiso, el esfuerzo y el arduo trabajo de cara a unos objetivos ya no tan simples, en realidad complejos y hasta ambiciosos, pero que se enmarcan en el fin que señalamos.

La Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo se siente particularmente complacida y orgullosa del primer resultado de este trabajo de cooperación que supone un inicio y a la vez un reto, porque es el primer paso de un proyecto que estamos seguros se convertirá en el mayor referente internacional y global en materia de Derecho del Trabajo.

La clara vocación de investigación y de cooperación internacional – al servicio de la sociedad – de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo y de la Universidad Rey Juan Carlos sumado al desinteresado apoyo de la Fundación Internacional de la Oficina de Cooperación Universitaria se demuestra con la presente obra, que no hubiese sido posible sin el compromiso de los profesores y expertos de las tres instituciones que trabajaron y continúan trabajando en el proyecto. A ellos, nuestro especial agradecimiento y reconocimiento.

Auguramos los mayores éxitos para este libro y reiteramos nuestro compromiso con la investigación, con el trabajo de docencia, y con la búsqueda de la justicia y la verdad en todos los ámbitos del saber.

Erika Valdivieso López
Decana Facultad de Derecho
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

PRESENTACIÓN FIOCU

Una iniciativa de esta naturaleza es imposible no apoyarla. Con más razón aún, si viene de la mano de la Doctora Pilar Charro Baena.

No es la primera vez que tengo el placer de trabajar con el equipo de profesores de la Universidad Rey Juan Carlos de España y tangencialmente con el equipo de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo de Perú. En esta ocasión se han llevado adelante los trabajos, a lo largo de un año, con una metodología innovadora, eficiente y muy productiva; los resultados se podrán evaluar después de la lectura de este libro.

Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones se han puesto al servicio del conocimiento y del intercambio académico, de dos países tan hermanados y a la vez tan diferentes en algunos aspectos, y han permitido conocer mejor los dictámenes y jurisprudencia emitidos por los tribunales de ambos países, en materias tan importantes y apasionantes como son el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La Fundación Internacional de la Oficina de Cooperación Universitaria (FIOCU), como parte de sus fines constitucionales, está comprometida con la promoción de ayudas educativas a Instituciones de Educación Superior y el apoyo educativo y cultural a comunidades o grupos en riesgo de exclusión. Todas aquellas actividades que favorezcan la difusión del conocimiento y la cultura, constituyen una preocupación constante. Por lo tanto, el proyecto “Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: un estudio desde las dos orillas” se incardina en el núcleo de los fines sociales de FIOCU.

Aspiramos a que el lector encuentre una guía, ojalá amena, que le facilite una visión comparada, rápida, práctica, y que le permita obtener la información necesaria para conocer un poco mejor las similitudes y diferencias de ambos países en materia de Derecho del Trabajo.

Solo resta decir que ha sido un honor colaborar en la elaboración del libro, con profesores y expertos de tan alta categoría académica y profesional.

Santos Pavón de Paula
Presidente de FIOCU

CAPÍTULO I.

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

PABLO BENLLOCH SANZ¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COSTUMBRE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. III. CARACTERES DE LA COSTUMBRE LABORAL. DOCTRINA JUDICIAL ACERCA DE LA COSTUMBRE LABORAL: ALGUNOS EJEMPLOS. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La costumbre como “norma creada e impuesta por el uso social”² es una norma “genérica” del Derecho del Trabajo o, lo que es lo mismo, es una de las normas jurídicas que el Derecho del Trabajo comparte con otros sectores del ordenamiento jurídico³.

Al ser fuente del Derecho, la costumbre posee valor normativo, lo que la diferencia de los simples usos⁴. Aunque la costumbre tiene su origen en el uso, no todo uso alcanza valor normativo y se convierte en costumbre. Para que así ocurra, es doctrina pacífica que deben concurrir dos elementos inescindibles: uno material, consistente en la aplicación uniforme e ininterrumpida de tal uso, y otro psicológico -*opinio iuris seu necessitatis*-, que supone el general conocimiento y aceptación social de dicha práctica, como norma obligatoria⁵. Sobre este último elemento es reseñable la STSJ

¹ Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos, 2ª ed. Madrid, 1949, pág. 374.

³ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. 35ª ed. Tecnos, Madrid, 2014, pág. 104.

⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La costumbre laboral y los usos de empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7, 2000, pág. 1 de la versión on line www.westlaw.es.

⁵ SAP de Asturias de 8 octubre 1993 (AC 1993, 2012), citando la STS de 30 abril 1993 (RJ 1993, 2960).

Andalucía/Málaga de 9 marzo 2006⁶, en la que se afirma que “radica en la intención o convicción de estar dando vida a una norma jurídica obligatoria; en definitiva, este elemento está constituido por la creencia de que una cierta regla establecida por el uso social obliga a su observancia como norma del derecho, porque así lo estima y vive el medio social en que el individuo se mueve”.

Pues bien, a pesar de que tanto la doctrina científica como la judicial consideran fundamental el elemento de la *opinio iuris seu necessitatis*, en la mayoría de los casos los Tribunales para aplicar una norma consuetudinaria exigen exclusivamente la demostración o prueba de que existe el uso o práctica en cuestión, sin entrar en analizar “si existe el íntimo convencimiento social acerca de su carácter vinculante”⁷.

La costumbre comprende los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad (artículo 1.3 CC)⁸, por contraposición a los que sirven simplemente de pauta interpretativa, que no son parte del sistema de fuentes.

En el origen del Derecho del Trabajo la costumbre tuvo la fuerza inicial propia del precedente, pues no en pocas ocasiones en la costumbre está el origen de regulaciones laborales⁹. Sin embargo, en la actualidad, la costumbre tiene una importancia reducida, seguramente por la propia dinámica de su sistema normativo: la intervención del Estado en la regulación de las condiciones laborales, de forma que “las normas escritas del Estado son ‘zonas ganadas’ al posible imperio de las prescripciones consuetudinarias”¹⁰ y el protagonismo que tienen los convenios colectivos para regular las condiciones laborales, pues normas que inicialmente tuvieron el carácter de costumbre laboral se convirtieron en normas paccionadas a partir del momento en que la autonomía colectiva fue reconocida como fuente en el ordenamiento laboral¹¹. En este sentido, es interesante la STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 marzo 2000¹², que llega a calificar la costumbre como un pacto no explícito, señalando que “la costumbre como fuente del derecho está prevista en el artículo primero del Código Civil y aunque sea cierto que en el campo del Derecho del Trabajo por el carácter imperativo de sus leyes tenga menos proyección, la realidad es que a ella se refieren los artículos 3.1 y 4, 20.2 y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores, de suerte que puede afirmarse que

⁶ JUR 2006, 264449.

⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La costumbre laboral...cit., pág. 2.

⁸ El artículo 1.3 del Código Civil dispone que “Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

⁹ ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*. 9ª ed. Ariel, Barcelona, 1985, pág. 151. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Notas sobre la costumbre laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 10, 1982, pág. 195, afirma que “durante una larga etapa histórica fue considerada la costumbre como avanzada de la norma escrita, como precursora de la solución legislativa al problema jurídico de que se tratase. La propia colectividad social, el conjunto de empresarios y trabajadores, decidiría de modo tácito, al tiempo que espontáneo, el comportamiento procedente según derecho”.

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Notas sobre la costumbre ...”, cit., pág. 196.

¹¹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. 22ª ed. Tecnos, Madrid, 2013, pág. 123.

¹² AS 2000, 4003.

el uso profesional puede ser entendido como un pacto no explícito, como un *convenio colectivo tácito*”.

II. LA COSTUMBRE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El artículo 3.1. ET regula lo que denomina “fuentes de la relación laboral”, y recoge en el apartado d) “los usos y costumbres locales y profesionales”, para, a continuación en el apartado 4, advertir que “los usos y costumbres solo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión”.

Como se comprobará, la costumbre tiene un papel supletorio en el sistema de fuentes de la relación laboral, y su posición en la escala jerárquica está supeditada a la inexistencia de disposición estatal (legal o reglamentaria), convenios o tratados internacionales, convenios colectivos o, incluso acuerdos individuales (escritos o verbales) entre trabajador y empresario¹³, salvo que se trate de una costumbre incorporada (recepción) o sea llamada por una norma estatal o convencional (remisión)¹⁴.

Sobre la vinculación de los usos y costumbres a los reglamentos y a los convenios colectivos, la STSJ de Andalucía/Málaga de 26 marzo 2004¹⁵ es meridianamente clara. La cuestión a resolver era determinar a quién le correspondía la tarea de transporte de la escopeta de repetición desde el armero al vehículo blindado y viceversa, cuando el vehículo se encuentra en el interior de las instalaciones de la empresa, si a los vigilantes encargados de la protección o los vigilantes conductores. La Sentencia afirma que “aunque ni en la normativa de seguridad privada ni en el Convenio Colectivo se establezca de modo expreso quién debe ser el vigilante de la dotación encargado de realizar la labor de transporte discutida, lo lógico y razonable es considerar que es el vigilante de seguridad de protección, sin que quede desvirtuado por el hecho de en la empresa demandada constituía una práctica común el que dicha labor fuese realizada habitualmente por los vigilantes de seguridad conductores, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatuto de los Trabajadores, los usos y costumbres solo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales y contractuales”. Y “ello es lo que ocurre en el presente caso, pues, si bien ninguna norma dice de manera expresa el vigilante de la dotación que haya de retirar el arma, el análisis conjunto de las normas reglamentarias en materia de seguridad privada y convencionales excluyen de su realización al conductor y se la atribuyen al vigilante de protección, por lo que debe prevalecer dicha interpretación conjunta de las normas reglamentarias y convencionales sobre los usos y costumbres empresariales en la materia”.

Lo anterior significa también que una costumbre puede mantenerse mientras que no se pacte en contrario en convenio colectivo específico, tal y como lo entendió la

¹³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Notas sobre la costumbre ...”, cit., pág. 202.

¹⁴ Enfatiza el carácter dispositivo de la costumbre la STSJ de Cantabria de 8 enero 1999 (AS 1999, 421).

¹⁵ AS 2005, 1235.

STSJ Andalucía/Sevilla de 16 marzo 2000¹⁶, al quedar acreditado que durante casi catorce años existió en la empresa un sistema de distribución de la jornada continuada en días excepcionales, otorgándole el valor de costumbre.

Como se ha señalado, la principal característica de la regulación estatutaria sobre la costumbre es que ésta pasa a tener un carácter supletorio “en términos absolutos”¹⁷, de tal manera que no es posible aplicar la costumbre laboral más favorable con carácter preferente sobre la ley, el convenio colectivo o el contrato de trabajo¹⁸.

De las previsiones estatutarias antes reseñadas se extrae también la conclusión de que la costumbre laboral engloba en realidad dos modalidades: la costumbre autónoma y la costumbre por remisión. La primera, esto es, la autónoma, es una fuente subsidiaria, que se aplica en defecto de norma legal.

La costumbre por remisión es aquella que remite a una norma legal, por tanto, de aplicación directa. En el Estatuto de los Trabajadores hay tres remisiones expresas a la costumbre:

- La primera está en el artículo 20.2, que, al referirse a la diligencia y la colaboración debida por el trabajador al empresario, configura los usos y costumbres profesionales como subsidiarios de las disposiciones legales, de los convenios colectivos y de las órdenes e instrucciones empresariales¹⁹.
- La segunda, contenida en el artículo 29.1, se refiere al tiempo de pago del salario y, de nuevo, los usos y costumbres se supeditan a la autonomía de la voluntad²⁰.
- Por último, la tercera remisión se encuentra en el artículo 49.1 d) y es relativa al preaviso de la extinción del contrato por denuncia del trabajador²¹.

Extramuros del ET, se encuentran también dos remisiones expresas a la costumbre:

- En el RD 1382/1985, de 1 agosto, regulador de la relación laboral especial de alta dirección, en cuyo artículo 7 remite al contrato individual los aspectos fundamentales del tiempo de trabajo, pero con el límite de que su regulación

¹⁶ AS 2000, 4003.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Notas sobre la costumbre ...”, cit., pág. 202.

¹⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La costumbre laboral...”, cit., pág. 4.

¹⁹ “En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones a las exigencias de la buena fe”.

²⁰ “La liquidación y el pago del salario se hará puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes”.

²¹ “El contrato se extinguirá.... d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar”.

no exceda notablemente de lo usual en el ámbito profesional correspondiente²².

- El artículo 5 del RD 1561/1995, de 21 septiembre, por el que se regulan las jornadas especiales de trabajo, establece que la distribución y el cómputo de la jornada en el campo se determinarán por los convenios colectivos, remitiendo en su defecto a la costumbre del lugar, incluso por encima de la autonomía individual²³.

Como se puede comprobar, en ocasiones la costumbre por remisión no es propiamente tal y no sustituye a la ley o al convenio, sino que se llama a la costumbre en defecto de aquéllos, lo que no deja de ser una manifestación del carácter supletorio de la costumbre.

Por último, hay que diferenciar los usos y costumbres laborales de los usos de empresa, que no alcanzan el rango de fuente del Derecho. Los usos de empresa se definen como aquellas “prácticas o hábitos profesionales, y como tales repetidos a lo largo del tiempo que afectan a todo el personal o a un colectivo homogéneo de trabajadores, y que han sido instaurados normalmente por iniciativa del empresario”²⁴; pues bien, a diferencia de lo que ocurre con los usos y costumbres locales y profesionales, los usos de empresa no son fuente del Derecho. No obstante lo anterior, si se observa detenidamente la no muy abundante doctrina judicial vertida sobre esta cuestión, se advertirá que en ocasiones son asimilados a los usos y costumbres locales y profesionales.

III. CARACTERES DE LA COSTUMBRE LABORAL

El Estatuto de los Trabajadores exige que la costumbre sea local y profesional.

- Local: La modificación del Título Preliminar del Código Civil por el Real Decreto 1836/1974, d 31 de mayo, suprimió la exigencia de que la costumbre, para ser fuente del Derecho, fuese la del lugar. Pero esta supresión no la aprovechó el Estatuto de los Trabajadores, probablemente porque como afirma ALONSO OLEA, la localidad y la profesionalidad buscan el “círculo razonable de afectados”, aceptantes de la validez y obligatoriedad de la conducta, dentro del cual ésta ocurre²⁵. Aunque lógicamente puede existir una

²² “EL tiempo de trabajo en cuanto a jornada, horarios, fiestas y permisos, así como para vacaciones, será el fijado en las cláusulas del contrato, en cuanto no configuren prestaciones a cargo del empleado que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente”.

²³ “La distribución y modalidades de cómputo de la jornada de trabajo en las labores agrícolas, forestales y pecuarias serán las establecidas en los convenios colectivos o, en su defecto, las determinadas por la costumbre local, salvo en lo que resulte incompatible de éstas últimas con las peculiaridades y la organización del trabajo en la explotación”.

²⁴ BALLESTER LAGUNA, F.: *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001, pág.2.

²⁵ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 732.

costumbre común a varias o muchas localidades, pero solo es fuente aquella que realmente exista en la localidad que se pretende aplicar²⁶.

- Profesional, esto es, que sea observada en la actividad económica a la que pertenezca el contrato de trabajo sobre el cual pretende desplegar su eficacia normativa la costumbre²⁷.

Obviamente, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.3 CC, la costumbre no ha de ser contraria a la moral o al orden público. En este sentido, es interesante traer a colación la STSJ Galicia de 17 marzo 1998²⁸, en la que se resuelve una reclamación de cantidad planteada por la Federación Estatal de Hostelería de Comisiones Obreras contra uno de sus afiliados, que era representante de dicho sindicato en el Consejo de Administración de una empresa pública. La Federación entendía que existía la costumbre de que los representantes de Comisiones Obreras entregaran al sindicato la diferencia entre lo percibido en concepto de dietas como miembros de los Consejos respectivos y lo gastado en sus desplazamientos a las reuniones de esos órganos. El TSJ de Galicia afirma que “si bien el art. 1 CC menciona expresamente la costumbre como segunda fuente del Derecho, lo hace con la expresa prevención de que la misma «sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada»; y es claro que la percepción final de las dietas por parte de quien no es su natural destinatario (supuesta costumbre) contraría con toda evidencia la normativa sobre tales indemnizaciones y los arts. 1088 y ss. CC”.

En todo caso, la costumbre alegada ha de ser probada “como uniforme, libre, generalizada y duradera reiteración”²⁹.

IV. DOCTRINA JUDICIAL ACERCA DE LA COSTUMBRE LABORAL: ALGUNOS EJEMPLOS

El papel secundario que juega la costumbre laboral en la regulación de la relación laboral se confirma con el escaso interés que ha suscitado en la doctrina jurisprudencial y judicial. De hecho, no hay ningún pronunciamiento relevante del Tribunal Supremo en los últimos años y las sentencias en suplicación dictadas en su gran mayoría desestiman la aplicación de esta fuente del Derecho. No obstante lo anterior, a continuación se recogen algunos ejemplos que sirvan de ilustración sobre el modo en que nuestros tribunales aplican la costumbre laboral.

- **STSJ de Madrid 18 enero 2000**³⁰: un trabajador que prestaba servicios en Metro de Madrid con la categoría profesional de técnico ayudante solicitó a la dirección de la empresa que se le eximiera de hacer guardias técnicas por motivos familiares, al

²⁶ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. 27ª ed. Civitas, Madrid, pág. 733.

²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Notas sobre la costumbre ...”, cit., pág. 210.

²⁸ AS 1998, 5049.

²⁹ STSJ Galicia de 17 marzo 1998 (AS 1998, 4244).

³⁰ AS 2000, 1166.

trabajar su cónyuge en turno partido y no tener con quien dejar a sus hijos. A dicha solicitud, la empresa contesta que la problemática familiar referida no supone justificación suficiente para exonerarle de la obligación de realizar las guardias técnicas implantadas en su servicio. Dichas guardias consistían en estar a disposición de la empresa las veinticuatro horas del día durante una semana, desde las 12 de la mañana del miércoles hasta las 12.00 del miércoles siguiente. Durante ese período, el trabajador debía estar localizable con un “busca” y si se le llamaba, acudir a resolver incidencias, abonando la empresa determinadas cantidades mensualmente por la realización de este servicio.

El Tribunal entiende que si bien es cierto que no existe ningún precepto que recoja la obligación de realizar estas guardias, no lo es menos que desde tiempo inmemorial es uso y costumbre de la empresa su realización, basándose en la necesidad apremiante de subsanar las posibles averías o incidencias que puedan surgir en la explotación de la división de mantenimiento del material móvil. Por tanto, “probada, pues, la existencia de esta costumbre y justificada su existencia, así como la realización de las guardias técnicas por parte de personal técnico del que forma parte el recurrente, la organización del trabajo corresponde a la empresa, según se desprende del Estatuto de los Trabajadores y de la Reglamentación de Trabajo y de Régimen interno de la empresa demandada (artículos 1.1, 3, 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores; artículos 14 y 17 de la Reglamentación de Trabajo y artículo 2 del Reglamento de Régimen Interior) [y] la costumbre, como el caso presente, acreditada y justificada tiene carácter y valor de fuente de derecho y por ello incluida en la normativa que las partes se comprometieron a mantener su plena vigencia”.

- **STSJ de Andalucía/Sevilla de 6 febrero 2001**³¹: un trabajador que prestaba sus servicios en la Universidad de Sevilla, como personal laboral, con la categoría de técnico especialista de Bibliotecas, Archivos y Museos, adscrito a la Biblioteca General Universitaria en turno de tarde. En ocasiones, cuando algún alumno lo solicitaba, realizaba fotocopias en pequeña cantidad y las cobraba, así mismo, de vez en cuando, recogía y entregaba documentación o papeles. El trabajador reclama ante la jurisdicción social, ejercitando acción declarativa de derecho, al entender que dichas funciones no correspondían con su categoría profesional. El Convenio colectivo del personal laboral de las Universidades Públicas de Andalucía definía las categorías profesionales, entre ellas, la de técnico especialista en Bibliotecas, Archivos y Museos en los siguientes términos: “es el trabajador o trabajadora que con la conveniente especialización y suficientes conocimientos técnicos, realiza las siguientes funciones: ordenación, conservación préstamo y archivo de los fondos bibliográficos o documentales, utilizando, si quiere, medios informáticos. Información bibliográfica al usuario. Elaboración de estadísticas. Colabora en la coordinación de la actividad del personal Técnico Auxiliar de Biblioteca, Archivo y Museo”.

³¹ AS 2001, 2921.

La Sentencia de instancia estimó la demanda declarando que las funciones de hacer fotocopias, cobrarlas y recoger o entregar documentación o paquetes no eran propias de su categoría profesional. Frente a dicha sentencia, la Universidad de Sevilla recurre en suplicación alegando que dichas funciones vienen siendo realizadas por los empleados de la biblioteca siendo uso y costumbre en la misma.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía /Sevilla desestima el recurso sobre la base de: 1) para que el uso y costumbre sea fuente de las obligaciones laborales no basta con que sea alegada, sino que hay que probarla; y 2) en aplicación del artículo 20.2 ET (recuérdese que contenía una remisión a los usos y costumbres para la determinación de la diligencia y colaboración debidas por el trabajador), la costumbre solo se aplicaría, en su caso, “en defecto de disposición legal, convencional o contractual”, lo que no ocurre en el caso examinado, pues el Convenio colectivo de aplicación contiene las funciones propias de cada categoría profesional.

- **STSJ Andalucía/Málaga de 24 octubre 2002**³²: Una trabajadora venía prestando servicios para la Empresa Instituto Costa del Sol (Incosol) con categoría profesional de camarera. Dicha trabajadora solicitó una plaza de subgobernanta afirmando que normalmente en Incosol los ascensos recaían en trabajadores de la empresa en función de la antigüedad. La demanda fue desestimada y confirmada en suplicación.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirma que aun siendo cierto que en la empresa era práctica habitual (y así lo reconoce) ascender de camareras a subgobernantas a las trabajadoras en función de la antigüedad, el simple precedente de la empresa de ocasiones anteriores no puede calificarse uso de empresa con valor y rango de fuente del Derecho.

- **STSJ de Castilla-León/Burgos de 30 junio 2005**³³: En este caso se está ante una demanda de conflicto colectivo promovida por el Comité de Empresa de Snack Ventures Manufacturing, SL que en instancia es desestimada. En apretado resumen, los hechos de los que trae causa son los siguientes: el artículo 6 del Convenio colectivo aplicable dispone que “como mejoras al calendario pactado se establecen dos puentes al año sin recuperación que serán establecidos en el seno de la Comisión Paritaria (...)”. Uno de los puentes fue fijado por la empresa, siendo el segundo de ellos objeto de discrepancia: los trabajadores desean que se fije para el 1 de julio de 2005, pero la Dirección de la Empresa niega dicha posibilidad, aludiendo a que coincide con una época de mayor volumen de trabajo y que daría lugar a un puente de una duración superior a cuatro días. Lo cierto es que la Comisión Paritaria se reunió para alcanzar el acuerdo, que no se logró; tampoco se alcanzó en la Comisión Mixta formada por miembros del Comité de Empresa y Delegados Sindicales.

Considera el Tribunal que la pretensión aducida por los trabajadores de fijar la fecha de disfrute de uno de los puentes no contradice el contenido del artículo 6 del

³² JUR 2003, 36343.

³³ AS 2005, 2576.

Convenio colectivo antes reseñado. Además, que si lo pactado entre las partes pretendiera excluir la coincidencia de uno de los puentes con las fechas de mayor volumen de trabajo de la empresa, así se habría hecho consignar en el Convenio, y si se hubiese querido pactar que los puentes no pudieran tener una duración superior a cuatro días también se habría hecho constar.

“En definitiva, si bien es cierto que los usos y costumbres no pueden prevalecer sobre las normas legales y reglamentarias y los términos del convenio, cuando dichos usos y costumbres dan sentido práctico al contenido de los términos del convenio, no lo hacen en contradicción con los mismos y han sido aceptados por las partes interesadas en años anteriores, responden a un hacer continuo de la empresa y trabajadores, que ha de ser respetado. Porque en caso contrario, de seguir la tesis mantenida por la empresa llegaríamos al absurdo [de no poder fijar la fecha del segundo puente]”.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La costumbre laboral y los usos de empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7, 2000.
- ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*. 9ª ed. Ariel, Barcelona, 1985.
- ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*. 27ª ed. Civitas, Madrid.
- BALLESTER LAGUNA, F.: *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001.
- DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España. Parte General*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos, 2ª ed. Madrid, 1949.
- MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F; GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. 22ª ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*. 35ª ed. Tecnos, Madrid, 2014.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Notas sobre la costumbre laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 10, 1982.

CAPÍTULO II.

LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

CRISTINA TORRES TAFUR¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COSTUMBRE Y SU ESTATUTO JURÍDICO. III. ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA COSTUMBRE. IV. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA COSTUMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. 4.1. Exp. N° 1844-80 (Las Gratificaciones Extraordinarias). 4.2. Cas. N° 2781-2009- La Libertad. 4.3. Cas. N° 3547-2009-Callao. V. A MANERA DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro Ordenamiento Jurídico contempla una serie de fuentes normativas que se encuentran jerarquizadas en razón de su preponderancia sobre las demás. De esta manera, la Constitución se encuentra en la cúspide de la pirámide del sistema de fuentes junto con los Tratados de derechos humanos, que son reconocidos con tal rango por referencia expresa de la Carta Magna en su cuarta disposición final y transitoria.

La otra cara de la moneda es la Costumbre, que ocupa el último lugar de la pirámide, lo que evidencia su mínima fuerza e importancia normativa en la regulación de conductas y relaciones sociales, debido a que nuestro sistema jurídico, al ser influenciado por el sistema romano-germánico, es preponderantemente escrito, y ello genera que las fuentes no escritas, como la costumbre, queden relegadas². Esta no es una realidad propia de nuestro país, así por ejemplo, en Argentina, “la costumbre tie-

¹ Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Directora de Personal de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Asesor Legal-Laboral.

² Cfr. QUIROZ ESLADO, L.: “La Costumbre como fuente generadora de Derechos Laborales”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 159, diciembre, 2011, pág. 277.

ne poca importancia como fuente, sólo le queda para reglar aquello que el Estado no considera de suficiente importancia como para dictar una norma pública”³.

Esto no quiere decir que la costumbre no sea objeto de análisis e interés, toda vez que muchas de las fuentes mejor posicionadas en la pirámide recogen de la costumbre actitudes o hábitos repetidos de la sociedad para positivizarlos y crear normas jurídicas a partir de ellos. Así por ejemplo, en el ámbito laboral la Ley de Gratificaciones Legales recoge una costumbre empresarial de otorgarle al trabajador una remuneración en julio y diciembre en atención a fiestas patrias y a la celebración de la Navidad.

Ahora, estas características generales de la costumbre como fuente del Derecho, no han sido precisadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y así, se torna confuso determinar en qué casos el comportamiento reiterado del empleador genera derechos consuetudinarios para los trabajadores. Sólo existe un criterio generalizado en el que la entrega de una gratificación u otra liberalidad por el empleador durante dos años ininterrumpidos hace exigible su reconocimiento constante a los trabajadores. Este razonamiento es producto de un pronunciamiento jurisprudencial de hace casi treinta y cinco años que es observado mayoritariamente en la actualidad.

En este sentido, es necesario verificar los alcances de la costumbre como fuente de Derecho en el ámbito laboral y analizar los criterios jurisprudenciales que le reconocen fuerza normativa capaz de obligar al empleador a observar aquellos actos unilaterales que alcanzaron exigibilidad para los trabajadores. Es más, conviene determinar cómo debe ser el comportamiento del empleador para generar una fuente consuetudinaria, máxime si, ni a nivel legal, doctrinal o jurisprudencial se han especificado requisitos indiscutibles respecto al reconocimiento de la fuente consuetudinaria.

II. LA COSTUMBRE Y SU ESTATUTO JURÍDICO

En términos generales, la costumbre se define como una práctica reiterada que genera en la comunidad en la que se da, la convicción de que produce derechos y obligaciones para sus miembros⁴, es decir, se trata de la repetición continua de ciertas conductas por parte de un conjunto de individuos en determinadas circunstancias, las mismas que han interiorizado como de cumplimiento obligatorio.

Desde el punto de vista jurídico, la costumbre al ser una fuente de Derecho, es un procedimiento de creación de normas jurídicas consuetudinarias, que tiene como requisitos el uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y una cierta antigüedad en su reiteración⁵.

³ Cfr. RAMÍREZ BOSCO, L.: *Para una introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, pág. 208.

⁴ Cfr. NEVES MUJICA, J.: *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004, pág. 79.

⁵ Cfr. RUBIO CORREA, M.: *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007, pág. 173.

Siendo más específicos, en el campo del Derecho Laboral, la costumbre es entendida como la norma jurídica creada por la práctica repetida, uniforme y constante de los sujetos de Derecho del Trabajo al relacionarse entre sí, y que es aceptada, expresa o tácitamente, por el Estado y los demás entes capaces de establecer normas escritas.

En palabras de Rendón Vásquez: “las costumbres o esas prácticas repetidas surgen, por lo general, espontáneamente en atención a la manera de ser del trabajo, de la remuneración o del marco contractual, o son desencadenadas, a veces, por algún hecho de una de las partes, que por la repetición, se convierten en reglas de conducta determinantes de derechos y obligaciones”⁶.

De acuerdo a la definición citada, concordamos en que la costumbre laboral se presenta como aquellos actos repetitivos entre las partes que conforman una relación laboral como son empleador y trabajador, que debido a una práctica prolongada adquieren importancia y aceptación por las entidades estatales y privadas, convirtiéndose en norma que exige acatamiento.

Dada la relevancia que importa en el seno del vínculo laboral, la doctrina ha concertado, respecto a las notas características de la costumbre. Estas, basicamente son:⁷:

- a) Supletoriedad: esta cualidad responde a la posición de última fuente consignada en la pirámide normativa; en consecuencia, se recurre a esta norma consuetudinaria cuando estamos en presencia de una laguna o vacío no cubierto por normas escritas.
- b) Carácter local y profesional: lo que significa que la norma consuetudinaria debe ser practicada en el “lugar” donde se invoque y pretenda aplicarse, además, debe ser profesional, ya que una costumbre observada en cierta profesión no puede ser invocada fuera de ella.
- c) Debe ser probada: en estricta relación con el requisito anterior, la práctica local y profesional de la costumbre debe ser probada, salvo que las partes se encontraran conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. Con esto, desestimamos en este caso el principio *iuranovit curia*, en virtud que resulta dificultoso para el juez el acceso al conocimiento de dicha norma consuetudinaria que se aplica solo a un grupo social, a diferencia de las normas legales que se encuentran a su alcance.

Asimismo, se aprecia la existencia de tres tipos de costumbre que se pueden presentar en las relaciones jurídicas, las mismas que han sido clasificadas por los autores de la siguiente manera:

⁶ Cfr. RENDÓN VÁSQUEZ, J.: *Derecho del Trabajo, Teoría General I*. GRIJLEY, Lima, 2007, pág. 207.

⁷ Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. Y CRISANTO CASTAÑEDA, A.: “La Costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm 159, diciembre, 2011, pág. 277.

- a) Costumbre *contra legem*: se trata de aquella costumbre que carece de eficacia jurídica sobre las relaciones de trabajo, toda vez que su contenido contradice alguna norma escrita. En efecto, la costumbre en contra de las normas, contiene una regulación incompatible con la de estas, conllevándose a una relación de conflicto, adquiriendo preferencia la norma escrita. Este razonamiento resulta evidente, ya que una norma sólo se deroga o modifica por otra de su mismo origen, ámbito y rango⁸.
- b) Costumbre *secundum legem*: también llamadas interpretativas o de remisión expresa, surge a partir que la norma escrita se remite a ella, dándole poder normativo, esto es, la norma expresamente otorga libertad que determinados actos sean regulados por la costumbre laboral.

Así, encontramos en nuestro Ordenamiento los siguientes ejemplos⁹:

- El Decreto Ley 14222 (Art. 22°) relativo a la fijación de las remuneraciones mínimas dispone que para señalarlas en la agricultura se deberá incluir “además del pago de salarios en dinero efectivo o en especie (las que otorgue el empleador en cumplimiento de disposiciones obligatorias vigentes o por efecto de contratos colectivos o **en virtud de la costumbre**”.
 - La Constitución: “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y **el derecho consuetudinario**”.
- c) Costumbre *praeter legem*: se trata de aquella costumbre que goza de menor utilidad en razón de que está supeditada a la inexistencia de remisión expresa por norma y de pacto colectivo o individual.

Un ejemplo clásico de esta situación la encontramos en la jurisprudencia española, en donde, a raíz de la Costumbre, en el sector de hostelería se obliga a ir afeitados, sin barba ni bigote a los empleados que se hallen en contacto directo con los clientes en bares y restaurantes (STC de 12 de febrero de 1986; STC 170/1987, de 30 de octubre)¹⁰.

En el Perú, el caso emblemático donde se pone en práctica esta modalidad de costumbre se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal de Trabajo de 1980, en donde se determina que los trabajadores adquieren el derecho de gozar de una remuneración determinada o de una condición de trabajo también determinada si fue repetida dos años o más¹¹. No ahondamos en más detalle sobre esta sentencia, ya que en el próximo apartado se realizará un análisis sobre la misma.

⁸ Cfr. NEVES MUJICA, J.: *Op. Cit.*, pág. 81.

⁹ Cfr. RENDÓN VÁSQUEZ, J.: *Op. Cit.*, pág. 208.

¹⁰ Cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J.; DEL VALLE VILLAR, J. Y GIL Y GIL, J.: *Prontuario del Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 2005, pág. 97.

¹¹ Cfr. RENDÓN VÁSQUEZ, J.: *Op. Cit.*, pág. 208.

La aplicación de la costumbre *praeter legem* es muy improbable pues requiere que no exista norma expresa o pacto que regule la situación; no obstante, dado que las conductas y relaciones humanas son muy variables, siendo algunos casos impredecibles, existirán situaciones que la norma o el acuerdo entre empleador y trabajador no logren regular, por consiguiente, es de suma importancia determinar cuáles son los requisitos esenciales para que una conducta repetitiva califique como costumbre laboral y, en consecuencia, se erija como norma para las relaciones de trabajo, así como, analizar la utilidad de dichos requisitos para fundamentar los fallos judiciales.

III. ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN LA COSTUMBRE

Como se puede ver de las líneas precedentes, la alegación de la costumbre como norma en una relación laboral constituye una pretensión delicada, pues está sujeta a diversos puntos de vista y criterios que difícilmente pueden concordar. Frente a esto, el Tribunal Constitucional¹² ha establecido dos requisitos que significan los elementos constitutivos de la costumbre para que pueda ser calificable como tal y, por ende, producir efectos jurídicos entre las partes contratantes.

- a) Elemento material: también llamado elemento externo, se refiere a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y reiteración de conductas en el tiempo.
- b) Elemento espiritual: también llamada *opinio iuris seu necessitatis*, se refiere a la existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; es decir, alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta.

Dados los elementos que constituyen a la costumbre como fuente generadora de derechos, resulta conveniente exponer algunos casos en los que tales elementos han sido examinados y valorados por los órganos jurisdiccionales ordinarios con el propósito de reconocer si es que el acto alegado califica como costumbre.

IV. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA COSTUMBRE. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

4.1. Exp. N° 1844-80 (Las Gratificaciones Extraordinarias)

Estamos ante una sentencia que, a pesar de que data de muchos años, es popular porque establece la periodicidad que debe cumplirse para que una gratificación se convierta en exigible, esto es, el elemento material. Evidentemente, al tratarse de una

¹² Cfr. STC recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC (24.04.2006), fundamento jurídico 40.

sentencia bastante anterior a la emitida por el Tribunal Constitucional que se ha mencionado anteriormente, no se realizó un análisis de los elementos constitutivos de la costumbre jurídica utilizando tal denominación, sin embargo, el análisis realizado ha cumplido la misma finalidad y precisión.

En este sentido, en el Exp. N° 1844-80 emitida por el Tribunal de Trabajo de Lima, se señala que una gratificación extraordinaria anual pierde su carácter gratuito y unilateral cuando se entrega por dos años consecutivos, es decir, a partir del tercer año (elemento material) el monto entregado al trabajador bajo cualquier concepto se hace exigible por éste. De este modo, el plazo de otorgamiento de dos años consecutivos, cuando se trate de una liberalidad del empleador, podría trasladarse a cualquier otro beneficio que perciba el trabajador a fin de exigir la continuidad del beneficio.

En atención a esta perspectiva, podría entenderse que si una gratificación extraordinaria se entrega mensual, bimestral, trimestral o semestralmente, se vuelve regular, y por ende, exigible entre los conceptos remunerativos que se reciben, luego de su segunda entrega, esto es, a partir de la tercera oportunidad de su dación¹³.

En conclusión, la sentencia en comentario realiza un aporte crucial al tratamiento de la costumbre en el ámbito laboral al precisar el plazo mínimo de exigencia para su reconocimiento jurídico fijándolo en dos años, delimitando así, su elemento material.

4.2. Cas. N° 2781-2009- La Libertad

La presente es un recurso de casación interpuesto por la Zona Registral N° V Trujillo, contra la sentencia de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que revoca la apelada y declara fundada la demanda de los trabajadores, la misma que propugna el cese del acto de hostilidad referido a la reducción inmotivada de remuneraciones y la restitución de su pago íntegro a cada trabajador accionante.

En síntesis, la pretensión de la recurrente es el reconocimiento de una interpretación errónea de los artículos 12 y 19 literal j) del TUO del Decreto Legislativo N° 650, Ley de Compensación por tiempo de servicios, de manera que no debe considerarse remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador en calidad de condición de trabajo, ya que ésta, al ser otorgada unilateralmente por la entidad demandada, podía ser materia de reducción o suspensión directa a la disponibilidad presupuestaria de la misma.

La Corte determinó que una asignación diaria por racionamiento otorgada de forma unilateral por el empleador en beneficio de los trabajadores de manera continua por un plazo superior a los siete años, da como resultado una práctica continuada, que

¹³ Cfr. DE LA LAMA LAURA, M.: "Jurisprudencia Sector Privado", en *Soluciones Laborales*, núm. 46, octubre, 2011, pág. 111.

a su vez, constituye una costumbre laboral y, como tal, genera derechos y obligaciones en beneficio de quienes lo perciben. Por tanto, se acredita que al no tratarse de una condición de trabajo (teoría del caso del empleador), constituye un acto de hostilidad dejar de entregar dicha asignación, siendo imposible que el empleador unilateralmente deje de otorgarlo.

En este sentido, los magistrados, refiriéndose al elemento material de la costumbre, en su considerando décimo dictaminan que:

“(...) la denominada “asignación diaria por racionamiento” fue una asignación otorgada de manera unilateral por el empleador en beneficio de los trabajadores de la Zona Registral N° V - Sede Trujillo, la cual fuera entregada de manera continua en el tiempo desde el mes de enero del año mil novecientos noventa y nueve hasta el mes de marzo del dos mil seis, esto es, por un plazo superior a los siete años, práctica reiterada que se constituye en costumbre -la entrega de la asignación diaria por racionamiento- y como tal en generadora de derechos y obligaciones, en este caso en beneficio de la parte demandante”.

En este contexto se pone de manifiesto que se cumple con el elemento material cuando se reconoce que el monto ha sido entregado durante siete años continuos de manera unilateral por el empleador.

Posteriormente, la Corte se avoca al elemento subjetivo de la costumbre en su considerando duodécimo aseverando:

“(...) el inicio de la percepción del beneficio por parte de los trabajadores ha sido producto de un acto unilateral del empleador y que su entrega ha sido general y continuada en el tiempo - enero del año mil novecientos nueve hasta el mes de marzo de dos mil seis, por lo que su entrega y percepción se ha constituido en una costumbre, la cual ha generado un derecho adquirido respecto del citado beneficio a favor de los trabajadores de la entidad demandada, no pudiendo la empleadora unilateralmente dejar de otorgar este beneficio, máxime si la suma asignada a cada uno de ellos fuera entregada de manera conjunta con sus remuneraciones, formando parte de ésta y siendo como se ha señalado de su libre y total disponibilidad”.

En suma, los magistrados afirman que dicha práctica ha generado la creencia en el trabajador y empleador de su percepción permanente: al primero porque asume una regla obligatoria y que su reducción o eliminación constituye un acto hostil y, al segundo, porque lo ha otorgado a lo largo del tiempo de manera unilateral y, al parecer, sin ningún cuestionamiento o limitación.

4.3. Cas. N° 3547-2009-Callao

En este caso se analiza la decisión unilateral del empleador de aumentar la jornada reducida de trabajo de seis horas establecida para los meses de enero, febrero y marzo, a ocho horas, modificando así el hábito que mantenía la empresa durante treinta años.

La Corte afirma que si por un acto unilateral o tácito el empleador permite labores en jornadas inferiores a la jornada máxima legal durante un prolongado lapso, y posteriormente, desea extender unilateralmente la jornada ordinaria de forma tal que completa la jornada laboral máxima, deberá cancelar un respectivo incremento, toda vez que la jornada precedente ha sido adquirida sea por convenio o por costumbre.

Se aprecia una situación particular en este caso, ya que si bien la norma tiene establecido como jornada de trabajo ocho horas, la empresa había establecido como política desde hace treinta años que, durante los meses del verano de cada año la jornada de trabajo sea de solo seis horas diarias, lo que pesó para que esto se configure como una costumbre laboral que debía respetarse y, en todo caso, si el empleador creía conveniente extender la jornada durante todo el año debía realizar un pago adicional por esas dos horas extras que pretendían que el trabajador preste sus servicios.

Al respecto, Quiroz Eslado sostiene:

“(...) pese a que el trabajador y empleador celebraron un contrato de trabajo donde se instituya una jornada laboral diaria de ocho horas, en la práctica el trabajador solo labora seis horas diarias y el empleador tiene a bien permitir ello, pues no lo sanciona o permanece indiferente, tal situación configura a futuro una costumbre, pues el trabajador concientiza que su jornada estará completa cuando labore por el lapso de seis horas diarias, como de ordinario lo viene haciendo”.

Cabe resaltar que en la resolución de esta controversia tuvo mucha injerencia el carácter tuitivo del Derecho Laboral sobre el trabajador al verificarse que, unilateralmente, el empleador dejaba sin efecto una disposición que se incluyó en el patrimonio jurídico del trabajador y que mantuvo permanencia en el desarrollo del contrato de trabajo.

En efecto, los magistrados establecieron que:

“(...) la costumbre es un hecho normativo, en virtud del cual (...) la empresa demandada anterior al año mil novecientos noventa y seis mantenía anualmente un horario de verano, hecho no negado por la demandada, tal como se evidencia de los documentos consistentes en los memorándums de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y cinco, diez de enero de mil novecientos noventa y seis, ocho de abril de mil novecientos noventa y seis y once de marzo de mil novecientos noventa y siete. Por lo tanto, conforme al análisis efectuado se verifica la existencia de la costumbre invocada, en consecuencia, la demandada incumplió con una condición de la norma bajo análisis, la de retribución porcentual de la remuneración básica, por lo tanto, esta Sala Suprema concluye que la norma bajo análisis fue interpretada erróneamente, deviniendo en fundado este extremo del recurso”.

En definitiva, con este razonamiento, se entiende que hay ocasiones donde ni siquiera la norma puede imponerse cuando la costumbre laboral ha adquirido importancia debido al largo período de su aplicación y a que las partes de la relación laboral se encuentran de acuerdo tácitamente (elemento subjetivo), ello desestimó las

consideraciones de las instancias previas en donde se habían declarado infundada la demanda al considerar que la costumbre alegada por el demandante, consistente en la existencia dentro de la empresa de un horario reducido durante los meses de verano, no se encontraba suficientemente acreditada.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, debe concluirse que el reconocimiento de la costumbre como fuente generadora de derechos laborales es un tema controvertido que ha sido tratado básicamente por la jurisprudencia y de manera parcial, teniendo como referencia de ello el Exp. 1844-80 del Tribunal de Trabajo de Lima respecto al plazo para que una gratificación extraordinaria deje de serlo y pase a ser remuneración cuando se entrega de manera consecutiva dos años y el Exp. N° 00047-2004-AI/TC que fijó los elementos constitutivos de la costumbre (material y subjetivo).

En segundo lugar, resulta evidente la complejidad del análisis que se pone en marcha cada vez que se pretenda verificar si, en los hechos, ha acontecido una fuente consuetudinaria en el ámbito de la relación laboral. Por ello, es necesario contar con una declaración normativa que precise a partir de qué momento una conducta se vuelve reiterada y si entre las partes existe una convicción de su obligatoriedad¹⁴ y así, constatar la existencia de un derecho consuetudinario.

En fin, como tercera conclusión, se afirma que en el Derecho del Trabajo resulta necesario un pronunciamiento normativo respecto a la permanencia de la costumbre pues, al ser el trabajador la parte más débil de la relación laboral, es necesario advertirle a partir de qué momento se ha ce exigible algún derecho que inicialmente el empleador fijó de modo unilateral. De este modo, podremos evitar que la determinación casuística se nutra de subjetividad o que resulte improbable su probanza en juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- DE LAMA LAURA, M.: “Jurisprudencia Sector Privado”, en *Soluciones Laborales*, núm. 46, octubre, 2011.
- NEVES MUJICA, J.: *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2004.
- QUIROZ ESLADO, L.: “La Costumbre como fuente generadora de Derechos Laborales”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 159, diciembre, 2011.
- RAMÍREZ BOSCO, L.: *Para una introducción al Derecho del Trabajo*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
- RENDÓN VÁSQUEZ, J.: *Derecho del Trabajo, Teoría General I*. GRIJLEY, Lima, 2007.
- RUBIO CORREA, M.: *El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007.

¹⁴ Cfr. DE LAMA LAURA, M.: *Op. Cit.*, pág. 111.

Cristina Torres Tafur

SAGARDOY BENGOCHEA, J.; DEL VALLE VILLAR, J. y GIL Y GIL, J.: *Prontuario del Derecho del Trabajo*. Civitas, Madrid, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. y CRISANTO CASTAÑEDA, A.: “La Costumbre en la Aplicación del Derecho del Trabajo”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm 159, diciembre, 2011.

CAPÍTULO III.

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES. UNA VISIÓN DESDE EL ORDENAMIENTO Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI¹ Y SANTOS PAVÓN DE PAULA²

Sumario: I. CONSIDERACIONES GENERALES 1. Ideas previas. 2. Marco legal general. 3. Impulso del Estado Español. Los Planes Avanza. II. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL. 1. Problemática general. 2. Pautas judiciales sobre el control empresarial de los ordenadores. 3. El derecho a la protección de datos personales de los trabajadores. 3.1. Ideas previas. 3.2. Identificación de la problemática. 3.3. Delimitación conceptual de la libertad informática. 3.4. Principios básicos de protección de datos en la relación laboral. 3.5. Régimen jurídico sobre protección de datos en la relación individual de trabajo. 3.5.1. Normativa internacional y comunitaria. 3.5.2. La Ley Orgánica de Protección de Datos y su aplicación al ámbito laboral. 3.6. Criterios de la Agencia Española de Protección de Datos. BIBLIOGRAFÍA

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Ideas previas

Los cambios que se están sucediendo en la tecnología son tan profundos como amplios. Están transformando nuestra sociedad de forma rápida y radical, y se ha producido una interconexión entre todos los países, las culturas, las instituciones y sobre todo, entre las personas. Se puede percibir un fenómeno de comunicación que tan solo hace 20 años ni siquiera se podía imaginar.

¹ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

² Dr. en Derecho. Director General de la Oficina de Cooperación Universitaria (OCU).

Uno de los primeros servicios y que más popularizó la Web fue la *World Wide Web*. A partir de ese evento se comenzó a utilizar la trasmisión masiva de ficheros, el correo electrónico, la video conferencia, etc. La “explosión” de Internet supuso una verdadera revolución en el mundo y ha sido el vehículo necesario para la globalización. El comercio electrónico, las relaciones más fluidas entre los ciudadanos y las instituciones, la democratización del conocimiento y la masificación de la información, son algunos de los efectos más nítidos que han transformado profundamente el mundo.

Más tarde, y formando parte de una nueva generación tecnológica, se inicia el uso masivo de la Web 2.0, basada en la colaboración y la participación intensiva de gran parte de la ciudadanía. Piénsese en las redes sociales, en las “wikipedias”, en los blogs, en los tabloneros y espacios compartidos y un sinfín de aplicaciones informáticas que se alojan en la Red y son de acceso rápido, fácil y económico (casi siempre gratuito) y al alcance de cualquier persona.

2. Marco legal general

Es importante comenzar por señalar que, generalmente, la adopción de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) no viene impuesta por la legislación. Cuando se produjo la entrada masiva al mundo de Internet no hizo falta que ninguna ley obligara a utilizar la Red ni a comunicarse por correo electrónico. Tampoco es obligatorio pertenecer a una red social o participar en los diferentes blogs que se publican. La tecnología suele ir por delante de la normativa legal; sin embargo, en el caso de las Administraciones públicas, por su propio carácter estatal y de servicio público no deben sumarse al mundo de las TIC de forma anárquica. Piénsese en la protección de los datos personales: la propia Constitución española, en su art. 18.4 señala que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Tal vez en ese momento (año 1978) no se sospechaba la importancia de este artículo y las implicaciones que podrían derivarse del mismo, porque era imposible imaginar el desarrollo de la informática y las comunicaciones y la capacidad que han llegado a tener para dar acceso absolutamente a todos los aspectos de la vida de las personas.

Por esta razón es tan necesario que exista una legislación que regule el uso de las TIC, no sólo para proteger la intimidad de las personas sino para facilitarles la vida y hacer que todas las gestiones y relaciones con las Administraciones públicas sean más cómodas y eficientes.

Aunque el legislador laboral no ofrece una regulación específica del uso de las TIC en el marco del contrato de trabajo, desde una perspectiva general el ordenamiento jurídico español sí que ofrece variadas muestras de regulación normativa, que, como todas las normas genéricas, puede proyectarse, con las debidas adaptaciones, sobre el marco de las relaciones de trabajo. A continuación se ofrece un repaso de las disposiciones más importantes:

a) La Exposición de motivos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su apartado V recuerda a la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que pretendió modernizar las arcaicas maneras de la Administración española, propugnando una racionalización de los trabajos burocráticos y el empleo de “máquinas adecuadas, con vista a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen de trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos”.

La misma Ley 30/1992, en su art. 45.1, establece que “las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución³ y las Leyes”. Los puntos 2, 3 y 4 fueron derogados por el número 1 de la disposición derogatoria única de la ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

b) Por su parte, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, representa un gran avance en materia de establecimiento de registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones por medios telemáticos. La Sección 8 del Capítulo 11, trata sobre la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva y tiene por objeto regular, “1. La atribución y uso de la firma electrónica reconocida por parte de notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en el ejercicio de sus funciones públicas. 2. Los sistemas de emisión, transmisión, comunicación y recepción de información entre notarios y registradores, así como del resto de los documentos que de conformidad con lo dispuesto en su legislación específica puedan ser objeto de inscripción en los Registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles”⁴. Continúa la regulación hasta el artículo 115.

c) La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, tiene como misión incorporar al derecho interno de España la Directiva comunitaria 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico. El gran objetivo que declara en relación con la expansión de lo que la Directiva denomina “sociedad de la información”, lo expone así: “Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo

³ Se refiere al ya comentado supra art. 18.4 CE.

⁴ Art. 106, que quedó con esta redacción después de la modificación que se operó a través de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad.

de este nuevo medio. Eso es lo que pretende esta Ley, que parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación”.

Esta Ley considera “servicios de la sociedad de la información” un conjunto amplio, que comprende la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, suministro de información por dicho medio (revistas, periódicos, etc.), actividades de intermediación relativas al acceso a la red, propia de las compañías operadoras de telecomunicaciones, proveedores de acceso a Internet, portales, motores de búsqueda, etc.

Es destacable el impulso que da a la celebración de contratos por vía electrónica, dotándolos de toda la eficacia necesaria y asegurando la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de “forma escrita” que figura en diversas leyes.

d) La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su Exposición de motivos se refiere a la incorporación de la tecnología: “También destaca en este capítulo (capítulo primero del título III) la importancia otorgada al empleo y aplicación de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos por la Administración tributaria para el desarrollo de su actividad y sus relaciones con los contribuyentes, con fijación de los principales supuestos en que cabe su utilización, con una amplia habilitación reglamentaria”. En especial su artículo 87 precisa los aspectos relacionados con las comunicaciones y actuaciones de información:

1. “La Administración tributaria informará a los contribuyentes de los criterios administrativos existentes para la aplicación de la normativa tributaria, facilitará la consulta a las bases informatizadas donde se contienen dichos criterios y podrá remitir comunicaciones destinadas a informar sobre la tributación de determinados sectores, actividades o fuentes de renta.

2. La Administración tributaria deberá suministrar, a petición de los interesados, el texto íntegro de consultas o resoluciones concretas, suprimiendo toda referencia a los datos que permitan la identificación de las personas a las que afecten.

3. Las actuaciones de información previstas en este artículo se podrán efectuar mediante el empleo y aplicación de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos”.

e) La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, supone un paso de gigante en la modernización del Estado en relación con el uso de las tecnologías. A través de su exposición de motivos, que por cierto está redactada de una manera especialmente clara para poder transmitir con nitidez conceptos que son novedosos y que en el año 2005 no estaban interiorizados en la cultura de la sociedad española. La normativa en materia de firma electrónica arranca en el año 1999, con el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, que se aprobó con el objetivo de incorporar las nuevas tecnologías de forma rápida, para ofrecer seguridad

en las transacciones electrónicas en Internet. Este Real Decreto incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

Explica la Exposición de motivos que la falta de confianza en las transacciones electrónicas supone un freno para el desarrollo de la sociedad de la información, para la Administración y para el comercio electrónico. Una de las respuestas más firmes y seguras es la firma electrónica, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas.

Los sujetos que hacen posible el uso de la firma electrónica son denominados prestadores de servicios de certificación que entre otras cosas y quizá la más importante, se ocupan de la emisión de los certificados electrónicos, que no son más que documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario, con su identidad personal, sirviendo éste como identificador telemático del firmante.

En la mencionada Ley se revisa la terminología respecto al Real Decreto-Ley de 1999, para hacer la norma más accesible a la ciudadanía. Una novedad importante es la creación del concepto de “firma electrónica reconocida”, que la equipara a la firma manuscrita a todos los efectos; esto quiere decir que la firma electrónica reconocida está basada en un certificado reconocido (expedido por un prestador del servicio que se mencionaba más arriba) y que haya sido creada por un dispositivo seguro de creación (que reúna ciertas características técnicas que ofrezca la garantía de que no lo ha podido emitir persona diferente de los oficialmente reconocidos⁵).

f) La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos se puede considerar como la más importante a efectos de incorporación de las TIC a las Administraciones Públicas. Desde el primer párrafo de la exposición de motivos, da cuenta de lo mucho que están afectando las TIC a las relaciones de los seres humanos entre sí y a las sociedades en que se integran. Así, no puede quedar fuera de esta evolución la propia Administración del Estado, que está obligada a evolucionar y servir con eficacia los intereses generales, tal como reza el artículo 103.1⁶ de nuestra Constitución.

Un párrafo de la Exposición de motivos que define de forma magistral todo el espíritu de la Ley, después de constatar las barreras existentes entre la Administración y la ciudadanía, dice así: “En todo caso, esas primeras barreras en las relaciones con la Administración -la distancia a la que hay que desplazarse y el tiempo que es preciso dedicar- hoy día no tienen razón de ser. Las tecnologías de la información y las comu-

⁵ No existen muchos prestadores, pues los requisitos para alcanzar esta condición son exigentes. Entre otros, necesitan constituir una garantía económica mínima de tres millones de euros.

⁶ “La Administración Pública sirve con objetividad los Intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

nicaciones hacen posible acercar la Administración hasta la sala de estar de los ciudadanos o hasta las oficinas y despachos de las empresas y profesionales. Les permiten relacionarse con ella sin colas ni esperas. E incluso recibir servicios e informaciones ajenos a actividades de intervención administrativa o autorización; informaciones y servicios no relacionados con actuaciones limitadoras, sino al contrario ampliadoras de sus posibilidades. Esas condiciones permiten también a los ciudadanos ver a la Administración como una entidad a su servicio y no como una burocracia pesada que empieza por exigir, siempre y para empezar, el sacrificio del tiempo y del desplazamiento que impone el espacio que separa el domicilio de los ciudadanos y empresas de las oficinas públicas. Pero, además de eso, las nuevas tecnologías de la información facilitan, sobre todo, el acceso a los servicios públicos a aquellas personas que antes tenían grandes dificultades para llegar a las oficinas públicas, por motivos de localización geográfica, de condiciones físicas de movilidad u otros condicionantes, y que ahora se pueden superar por el empleo de las nuevas tecnologías. Se da así un paso trascendental para facilitar, en igualdad de condiciones, la plena integración de estas personas en la vida pública, social, laboral y cultural”.

Lo esencial de esta Ley es que consagra la relación entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas por medios electrónicos, como un derecho para los ciudadanos y una obligación correlativa para las Administraciones. El reconocimiento de este derecho y de este deber se convierten en el eje central de esta Ley.

A lo largo del articulado se resuelven otros asuntos importantes que reclaman reglas claras de funcionamiento, como por ejemplo la privacidad. Aunque la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ya se encarga de garantizar estos aspectos, esta Ley si establece previsiones para que los datos de los ciudadanos sean utilizados solo para los fines que originaron su remisión a la Administración.

Los interesados tendrán derecho de acceso a sus datos y a su expediente y a no tener que enviar nuevamente sus datos a las diferentes administraciones; se entra en un delicado asunto de interoperabilidad tecnológica, que debe dar cobertura a este mandato de no reclamar constantemente la misma documentación a los ciudadanos. También se articulan los métodos de identificación para que las relaciones entre la Administración y los interesados sean seguras y de confianza.

Sería contradictorio que una legislación que persigue facilitar las relaciones y agilizar los procesos produjera mayores demoras que las existentes en el anterior sistema, por lo que será de vital trascendencia la agilidad y la aplicación inteligente de los procesos telemáticos, no limitándose a una mera “traducción” de los procedimientos en papel a los procedimientos electrónicos. Se deben hacer operaciones de consultoría y estudio de la organización administrativa para conseguir reducir trámites, papeles y burocracia innecesaria.

Los canales de comunicación con la Administración no se pueden limitar a uno solo. Se suele pensar en Internet cuando se trata de las relaciones telemáticas, pero

es más amplio: por ejemplo, un ciudadano tendrá derecho a comunicarse con la Administración por teléfono a través de mensajería SMS y otros canales que se puedan convertir en normales, a medida que avance la tecnología.

Toda la normativa está en relación con el mismo espíritu que impregna la Unión Europea. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, “establece la obligación a los Estados miembros de facilitar, por medios electrónicos, el acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios, de forma que los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva pueden considerarse traspuestos por esta Ley”.

Por último, hay que destacar que se crea la figura del Defensor del Usuario, que atenderá las quejas y después realizará las sugerencias que estime convenientes para mejorar las relaciones entre ciudadanos y Administraciones, en su relación electrónica.

g) El panorama normativo se puede completar con otras leyes y decretos que complementan o inciden en algún aspecto concreto y que ilustran el camino decidido que la Administración española ha tomado en la dirección de los servicios electrónicos y la Administración digital.

Algunas de las normas que están siguiendo este camino son: la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que supuso también un importante avance, en cuanto que contempló un plan para la generalización del uso de la factura electrónica, la interlocución telemática de las empresas de servicios con sus clientes y la mejora de la accesibilidad de las páginas Web de las Administraciones Públicas, que debían cumplir los niveles medios de accesibilidad a partir del 31 de diciembre de 2008.

Existía un espacio que había de ser cubierto y se hizo con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que “comparte con la Ley Orgánica la finalidad de hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad pueden suponer el acopio y tratamiento de datos personales”.

Naturalmente, la Ley Orgánica de Protección de Datos ha estado presente, como un referente fundamental, en toda la normativa que se ha emitido en relación con la estrategia de administración electrónica de la Administración General del Estado.

3. Impulso del Estado español. Los Planes Avanza

El Plan Avanza surgió en el año 2004, en orden a fortalecer la estructura productiva de España otorgando un peso progresivamente mayor a las TIC. Así, se creó, un eje

estratégico -Plan Avanza- para impulsar la I+D+i más allá del esquema tradicional, dentro del Plan Ingenio 2010⁷.

El Plan Ingenio 2010 es la consecuencia del compromiso que reactivó la Unión Europea con la Estrategia de Lisboa, que propone el año 2010 como plazo en el que debe acercarse su inversión en Investigación, Desarrollo e innovación al 3% del PIB.

Las líneas estratégicas de Ingenio 2010 son tres⁸:

- “CENIT: tiene como objetivo aumentar la cooperación pública y privada en I+D+i. Los Consorcios Estratégicos Nacionales de Investigación Tecnológica, cofinanciados al 50% por el sector público y el privado, movilizarán 1000 millones de euros a lo largo de cuatro años para financiar grandes líneas de investigación industrial.
- CONSOLIDER: es una línea estratégica para conseguir la excelencia investigadora aumentando la cooperación entre investigadores y formando grandes grupos de investigación. Los proyectos de consorcios líderes y el plan de instalaciones singulares movilizarán 1500 millones de euros en los próximos cuatro años, de los cuales alrededor del 50% serán aportados por el Estado. Además, el Plan de Incentivación, Incorporación e Intensificación de la Actividad Investigadora (I3) dotado con 130 millones de euros en los próximos 3 años, permitirá que las universidades y los organismos públicos de investigación contraten más de novecientos investigadores de acreditada trayectoria.
- AVANZA: es el programa para alcanzar la media europea en los indicadores de la Sociedad de la Información. Algunos de sus objetivos son incrementar el porcentaje de empresas que utilizan el comercio electrónico del 8% al 55%, promover el uso de la factura electrónica, extender la Administración electrónica poniendo en marcha el DNI y el registro electrónico, alcanzar la tasa de un ordenador conectado a internet por cada dos alumnos en los centros de enseñanza y doblar el número de hogares con acceso a Internet”.

El Plan Avanza se divide en tres periodos⁹. El primero es el que se denomina Plan Avanza, el segundo es el Plan Avanza 2 y el tercero es la Estrategia 2011-2015. A continuación se recogen algunos cuadros que informan sobre los logros conseguidos en los primeros años del Plan Avanza¹⁰, pudiendo observarse que son extraordinariamente positivos.

⁷ Se autodefine así: “El Programa INGENIO 2010, un compromiso que pretende involucrar al Estado, la Empresa, la Universidad y otros Organismos Públicos de Investigación en un esfuerzo decidido por alcanzar en este terreno el nivel que nos corresponde por nuestro peso económico y político en Europa”. Programa Ingenio 2010. (s.f.). Obtenido de <http://www.ingenio2010.es/>

⁸ Programa Ingenio 2010 (23 de junio de 2005). Obtenido de https://www.planavanza.es/InformacionGeneral/PlanAvanza1/Antecedentes/bb531fd33c2a4a5e9fe64a7b05159cbbPROGRAMA_INGENIO_2010.pdf

⁹ Ministerio de Energía, Industria y Turismo. Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. (2013). *Plan Avanza 1 y 2*. Obtenido de <https://www.planavanza.es/Paginas/Inicio.aspx>

¹⁰ Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. (28 de enero de 2009). *Presentación Plan Avanza 2*. Obtenido de <https://www.planavanza.es/InformacionGeneral/ResumenEjecutivo2/Descargas/PlanAvanza2.pdf>

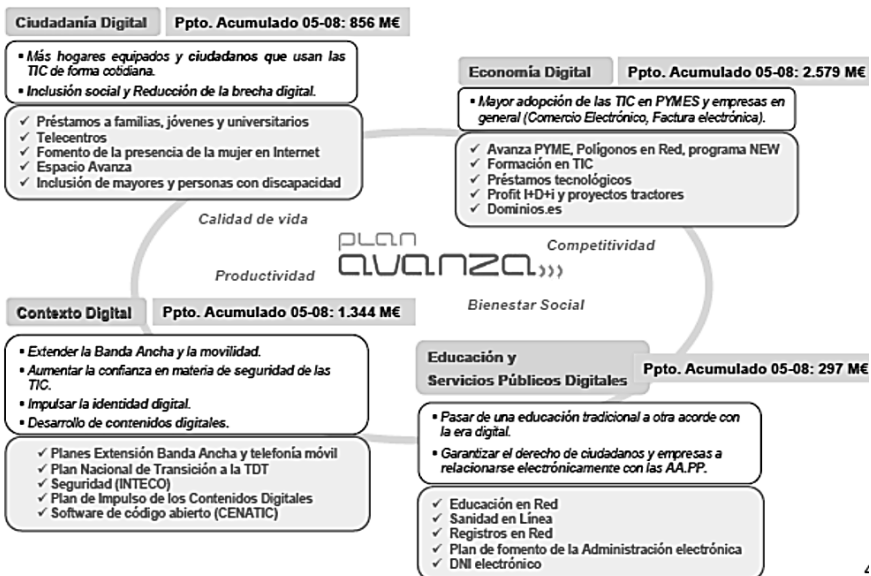
El Plan Avanza: un hito histórico en el desarrollo de la Sociedad de la Información



- El Plan Avanza fue aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros el 4 de Noviembre de 2005.
- Liderado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, su redacción se elaboró por acuerdo de todos los Ministerios de la AGE y los agentes sociales involucrados:



Las cuatro líneas que vertebran el Plan Avanza



Fuente: Plan Avanza, enero de 2009.

Resultados

En este país nos gusta avanzar		En este país nos gusta avanzar	
En 2003...	Actualmente...	En 2003...	Actualmente...
sólo había 12 millones de usuarios de Internet	23,6 millones de ciudadanos se conectan a Internet. España es la 4ª comunidad internauta de Europa	el mapa de cobertura de Banda Ancha alcanzaba al 60% de la población.	el 99% de la población dispone de la posibilidad de conectarse a Internet.
tan sólo un 25% de los hogares disponían de conexión a Internet	existen más de 8,2 millones de hogares conectados que representan el 54% de los hogares españoles	la velocidad media de conexión era de 256 Kb	trabajamos por alcanzar la velocidad media de 10 Mb. Hoy es de 3 Mb y los PRECIOS se han reducido un 25%

plan AVANZA 2.0

Fuente: Plan Avanza, abril de 2011.

La Estrategia 2011-2015 no tiene indicadores de seguimiento todavía, pero en su momento formuló 10 objetivos concretos con metas cuantificables y que se agrupan en 4 bloques temáticos, de los que se ofrece un resumen:

1. Consecución de una administración sin papeles para el año 2015
 - Para el año 2015, se conseguirá una Administración Pública sin papeles gracias a la digitalización de los trámites, la incorporación de firma electrónica (DNI electrónico) y la creación de registros electrónicos.
 - Para el año 2013, se lograrán ahorros del 3% en recursos informáticos de la Administración a través de la compartición de recursos. Este ahorro alcanzará el 5% en el año 2015.
 - Para el año 2015, el 50% de los ciudadanos y el 90% de las empresas se relacionaran con la Administración a través de Internet.
2. Mejora de las infraestructuras de comunicaciones
3. Uso y confianza en Internet: una apuesta por la innovación
 - Se focalizan los esfuerzos entre los mayores de 45 años, de forma que estas tecnologías se conviertan en una herramienta útil de comunicación con el mundo y de relación con las administraciones.
 - Para el año 2015, el 60% de la población será usuaria de redes sociales.
 - Para el año 2015, el 50% de la población realizará compras online.

4. Impulso de la industria TIC española en sectores estratégicos

- Para el año 2014, aumento de las exportaciones del sector TIC, incrementándose un 50% sobre el valor del año 2009.
- Para el año 2015, el impacto global de las TIC sobre el PIB alcanzará el 30%.
- Creación de empleo de alta cualificación que fomentarán especialmente la integración de los jóvenes en el mercado laboral, estimándose en más de 300.000 y 400.000 nuevos empleos entre 2011 y 2015.
- Impulso del capital semilla y del capital riesgo TIC.

La valoración final de los Planes Avanza es buena. Si bien en los últimos años parece que el impulso se ha frenado un poco -pues ningún proyecto escapa a los efectos perniciosos de la crisis económica-, los datos que se pueden aportar son positivos.

El propio Ministerio de Industria, Energía y Turismo hace su valoración en este sentido: “Tal y como señalan organismos internacionales como la OCDE, la UIT y la Comisión Europea, las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) representan un papel fundamental y creciente en la economía de nuestro país. España ha dedicado, desde el año 2004, significativos esfuerzos y recursos al desarrollo de la Sociedad de la Información y los progresos desde entonces son evidentes.

La OCDE en su informe “Buena Gobernanza en las Políticas Digitales: Cómo Maximizar el Potencial de las TIC. El Caso del Plan Avanza”, señala que el Plan Avanza es la política más completa puesta en marcha en España, hasta la fecha, para el desarrollo de la Sociedad del Conocimiento y que ha permitido alcanzar ya importantes logros en la difusión de las TIC. Según este mismo informe, el Plan Avanza puede consolidarse como una estrategia política clave para España: a corto plazo para que contribuya a la recuperación económica, y a largo plazo para que se convierta en un apoyo determinante para la fundación de un nuevo modelo económico sostenible”.

Naciones Unidas, en su informe de *e-government* de Abril de 2010, sitúa a España en la primera posición en Europa y en la tercera mundial, respecto de la calidad y volumen de información administrativa, de procedimientos telemáticos, de trámites online y de canales electrónicos de comunicación puestos a disposición de la ciudadanía y de las empresas por parte de la Administración. Y respecto al grado de desarrollo de servicios on-line, ocupa la segunda posición en Europa y la quinta a nivel mundial.

Y para terminar, se reproducen algunas opiniones del informe de la OCDE “Buena Gobernanza en las Políticas Digitales: Cómo Maximizar el Potencial de las TIC. El Caso del Plan Avanza en España” porque es justo reconocer los esfuerzos y los éxitos alcanzados en esta importante estrategia:

- España ha dedicado un esfuerzo significativo y numerosos recursos para el desarrollo de la Sociedad de la Información en el país, y los progresos comienzan a ser evidentes.

- El sector TIC se está consolidando como pieza clave para el crecimiento económico español.
- El sector de servicios TIC muestra una tendencia positiva en crecimiento y empleo.

Reconociendo el papel determinante jugado por el Plan Avanza:

- El Plan Avanza, la estrategia española para la promoción de la Sociedad de la Información, ha jugado un papel determinante para lograr estos resultados.
- Otros países pueden aprender de la experiencia española en aspectos como liderazgo, implicación y coordinación con las distintas Administraciones y agentes públicos y privados, y obtención de sinergias con otras políticas.
- El Plan Avanza ofrece ejemplos prácticos de buena gobernanza que trascienden fronteras y pueden ser considerados como casos de éxito por los demás países”.

Se espera que la ya mencionada Estrategia 2011-2015 de sus resultados positivos y que se cumplan los objetivos propuestos.

No es presuntuoso afirmar que España ocupa un lugar destacado en cuanto al uso de las TIC se refiere. Han penetrado en todos los niveles de actividad de la ciudadanía. El uso de Internet es masivo, la difusión de la información es veloz y accesible a todas las personas como se decía más arriba. Hay que destacar que los instrumentos tecnológicos, que cada vez se ponen con mayor facilidad a disposición de todas las capas sociales, han colaborado decisivamente a la implantación y uso de las TIC. Piénsese en los teléfonos inteligentes, tabletas, televisores conectados a la Red, ordenadores personales, etc. El nivel de conectividad es cada vez más alto y el uso intensivo. Así, es habitual que en las empresas, muchas veces, el mayor nivel de comunicación se base en las relaciones telemáticas: las instrucciones se difunden a través de comunicados, usando el canal del correo electrónico, de la intranet de la empresa, de los repositorios corporativos. Los proyectos se gestionan colaborativamente a través de herramientas informáticas compartidas; la comunicación con los clientes se basan en interacciones continuas utilizando soportes tecnológicos (programas de gestión de consultas e incidencias...).

Una vez más la legislación discurre detrás de la realidad y la tarea de comprensión de este fenómeno global por parte de los miembros de la judicatura es indispensable para el armónico progreso de la tecnología y la garantía de la protección de los derechos de las personas.

II. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Problemática general

El panorama que acaba de reseñarse tiene una incidencia especial en el ámbito de las relaciones laborales, en el que la utilización generalizada de las nuevas tecnologías a que hemos hecho referencia supone la proliferación de conflictos en los que están en juego derechos del trabajador, que en ocasiones pueden verse avasallados por la vocación extensiva de las primeras.

Una parte importante de estos conflictos jurídicos se basan en el siguiente interrogante: ¿supone una vulneración de derechos fundamentales del trabajador el fiscalizar el uso que hace de las herramientas tecnológicas? ¿Puede el empresario valerse de las nuevas tecnologías para controlar a los trabajadores?

Sabemos que el art. 20.3 ET reconoce el derecho del empresario a adoptar las medidas que considere oportunas para vigilar y controlar el trabajo, pero siempre que no vulneren derechos fundamentales de los trabajadores, lo que nos lleva a la doctrina constitucional sobre la proporcionalidad de estas conductas restrictivas, forzosamente construida sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados.

El carácter esencialmente dinámico de esta materia hace que los conflictos se reformulen a cada paso, y que las soluciones adoptadas por los Tribunales deban ser revisadas con cierta frecuencia. Esa es, justamente, la principal circunstancia que ha venido desincentivando la regulación legal del uso y control de las herramientas tecnológicas en el ámbito laboral.

Por supuesto, el paso del tiempo ha permitido decantar una serie de pautas básicas, caracterizadas por una mayor permanencia en sus presupuestos, e incluso contamos ya con soluciones con vocación general emanadas del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En absoluto agotan el tema ni ofrecen respuesta a todos los problemas vinculados a este tipo de conflictos, pero desde luego constituyen una herramienta de trabajo para todo jurista que se enfrente a la materia, y un punto de partida insoslayable para empresas y trabajadores.

Por otra parte, la Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado un importante cuerpo de criterios que aportan guías de actuación para evitar la vulneración de un derecho fundamental fuertemente conectado con el de intimidad: el de la protección de datos personales.

En las páginas que siguen se sistematizan y exponen las pautas vigentes sobre el alcance y los límites para el control informático y la protección de datos informatizados en el seno de las relaciones laborales.

2. Pautas judiciales sobre el control empresarial de los ordenadores

Como adelantamos, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han respondido ya, con contundencia, a las tradicionales dudas sobre si la empresa puede registrar el contenido de los ordenadores y los correos electrónicos utilizados por sus empleados para la prestación de sus servicios, sin vulnerar con ello los derechos fundamentales a la intimidad y secreto de las comunicaciones de estos últimos. La respuesta más reciente la tenemos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2013, aunque conviene contextualizar los criterios que sienta y relacionarlos con los contenidos en otros pronunciamientos igualmente importantes.

a) La relación laboral no priva al trabajador de sus derechos fundamentales, aunque los modula

La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano¹¹, porque la libertad de empresa que establece el art. 38 CE no legitima limitaciones injustificadas de los derechos fundamentales y libertades públicas¹². Por tanto, el trabajador ostenta, como tal, un derecho a la intimidad -que preserva un ámbito propio frente a la acción y el conocimiento de los demás- y al secreto de las comunicaciones -que garantiza la impenetrabilidad de estas últimas por parte de terceros-; derechos que, en principio, podrían ejercitarse a través de las herramientas de trabajo informáticas.

Ahora bien, los derechos fundamentales no son absolutos, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes¹³, como son los derivados de los arts. 38 y 33 CE¹⁴. Con esto quiere decirse que aunque la existencia de un contrato de trabajo no exceptúa el reconocimiento de los derechos fundamentales, lo que sí hace es modular el alcance de tal reconocimiento. Se reduce el ámbito de la protección en virtud del ejercicio del poder directivo y organizativo del empresario, traducido en facultades de control del uso de las herramientas de trabajo, incluidas las informáticas.

Pero estos poderes empresariales tampoco son absolutos, de modo que es necesario encontrar el equilibrio entre su ejercicio y el espacio que han de tener los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de la relación laboral. En esta línea, el art. 20.3 ET reconoce el derecho del empresario a adoptar las medidas que considere oportunas para vigilar y controlar el trabajo, pero siempre que no vulneren derechos fundamentales de los trabajadores.

¹¹ STC 106/1996, de 12 junio (RTC 1996, 106).

¹² STC 197/1998, de 13 octubre (RTC 1998, 197) y STC 98/2000, de 10 abril (RTC 2000, 98).

¹³ STC 57/1994, de 28 febrero (RTC 1994, 57); STC 143/1994, de 9 mayo (RTC 1994, 143) y 98/2000, de 10 abril (RTC 2000, 98).

¹⁴ STC 99/1995, de 11 abril (RTC 1995, 99) y STC 98/2000, de 10 abril (RTC 2000, 98).

b) *La limitación de derechos fundamentales sólo es lícita si cumple el principio de proporcionalidad*

El Tribunal Constitucional indica que toda medida restrictiva de derechos fundamentales (incluido el registro de herramientas de trabajo que pudieran albergar contenidos íntimos o comunicaciones) ha de superar un test de proporcionalidad¹⁵:

- Juicio de idoneidad: se cumple si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; es decir, si puede alcanzar la finalidad pretendida. Se trata de que toda restricción de derechos permita satisfacer el interés empresarial que éste alega para su adopción, que ha de ser, específicamente, conocer la conducta laboral de sus empleados.
- Juicio de necesidad: se cumple si la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Por tanto, no basta con que la restricción de derechos sea idónea -aunque en cualquier caso debe serlo- sino que además ha de ser la menos agresiva de todas las posibles.
- Juicio de ponderación: se cumple si la medida es equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.
- Juicio de justificación: se cumple cuando la adopción de la medida responde a motivaciones objetivas, distintas de la simple y llana conveniencia empresarial, y no a una voluntad arbitraria o caprichosa.

Estamos ante conceptos que sólo pueden analizarse a la luz de cada caso concreto, como reconoce expresamente el propio Tribunal en múltiples pronunciamientos.

c) *La neutralización de la expectativa de confidencialidad evita la vulneración del derecho*

1º) La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3 abril 2007 (asunto Copland contra Reino Unido)¹⁶ dictaminó que el mero hecho de recoger y almacenar información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por Internet de la trabajadora, sin su conocimiento, implica una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia. La expectativa de intimidad que puede tener un trabajador en el uso de una herramienta informática sólo desaparece si la empresa advierte de los registros.

¹⁵ STC 96/2012, de 7 mayo (RTC 2012, 96).

¹⁶ TEDH 2007/ 23.

2º) Sobre la base de este pronunciamiento, la STS 26 septiembre 2007¹⁷ (seguida por STS 8 marzo 2011¹⁸), unificó doctrina sobre los controles del correo electrónico y del ordenador, sentando los siguientes criterios, importantísimos:

- Los poderes empresariales ordinarios de vigilancia y control de la actividad laboral (art. 20.3 ET) permiten que el empleador fiscalice el uso del ordenador de sus empleados.
- No se aplica a estos casos, ni siquiera por analogía, el art. 18 ET, pensado para dar cauce a facultades “exorbitantes y excepcionales” del empresario. Por tanto, para proceder a los registros informáticos no hace falta que esté en juego la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa, ni se requiere una justificación específica caso por caso; tampoco es necesario que se realice en tiempo y lugar de trabajo ni en presencia del trabajador y terceros.
- Es necesario que la empresa quiebre la expectativa de intimidad que el trabajador pudiera tener respecto del contenido de su ordenador; sólo así dejará de ser alegable este derecho frente a intromisiones empresariales.
- La forma que tiene la empresa de dejar claro que lo que se encuentre en el ordenador puede ser conocido por terceros, es poner este hecho en conocimiento del trabajador.

De ahí surge la necesidad de que las empresas diseñen y difundan una política de uso de las herramientas informáticas, así como del control de las mismas.

- La necesidad de respetar la dignidad e intimidad del trabajador y la razonable expectativa de que así sucederá privan de valor a las pruebas obtenidas sin haberle advertido sobre la fiscalización del uso del ordenador.

3º) El Tribunal Supremo da un paso más en su doctrina en la sentencia de 6 octubre 2011¹⁹:

- Las prohibiciones absolutas del uso personal de las herramientas informáticas son válidas.
- Si existe una prohibición absoluta de uso personal, no hay margen de tolerancia y por tanto tampoco hay expectativa de intimidad.
- La prohibición de uso personal de las herramientas informáticas lleva implícita la advertencia sobre su posible control.
- La prohibición absoluta del uso personal neutraliza igualmente el secreto de las comunicaciones.

¹⁷ RJ 2007/ 7514.

¹⁸ RJ 2011/932.

¹⁹ RJ 2011/7699.

El razonamiento del Tribunal es que si existe una prohibición absoluta, no hay margen de tolerancia para el uso personal, y por tanto tampoco habría una expectativa de derechos que quebrar.

4º) El Tribunal Constitucional entra en escena para refrendar la doctrina del Tribunal Supremo. En la STC 241/2012, de 17 de diciembre²⁰, analiza la posible vulneración del derecho de intimidad y secreto de las comunicaciones de una trabajadora que, a pesar de la prohibición expresa de la empresa, había instalado un programa de chat en un ordenador de uso general, mediante el que cruzaba comentarios con otra empleada; comentarios que fueron casualmente descubiertos por un compañero, y luego leídos por la dirección de la empresa, que procedió a amonestarlas verbalmente.

El Tribunal fija los siguientes criterios:

- No cabe reclamar derecho a la intimidad ni secreto de las comunicaciones cuando se utiliza un ordenador de acceso público, lo que determina que las comunicaciones que se realicen mediante el mismo sean abiertas.
- Además, tampoco cabe reclamar estos derechos cuando derivan de una conducta expresamente prohibida, ya que ello neutraliza cualquier expectativa razonable de confidencialidad.

d) *La prohibición convencional también neutraliza la expectativa de confidencialidad*

En la sentencia de 7 octubre 2013²¹, el Tribunal Constitucional conoce de un caso en el que la empresa, a raíz de sospechar de la regularidad de la conducta del trabajador, entregó a un notario el portátil y el móvil de los que disponía como herramientas de trabajo, comprobado aquél tanto los contenidos de los mensajes SMS como del disco duro. La información detectada permite a la empresa despedir al trabajador disciplinariamente, por haber proporcionado información confidencial a personal de la competencia.

El trabajador impugna su despido, alegando, en lo que aquí interesa, la vulneración de sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en la obtención de la prueba.

La particularidad del caso es que la empresa no había emitido una manifestación unilateral de prohibición de uso personal de estas herramientas, ni estaba tampoco pactado un protocolo al respecto. Sin embargo, siendo de aplicación el XV Convenio colectivo de la Industria Química, su art. 59.11 tipifica como falta leve la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral.

²⁰ RTC 2012/241.

²¹ RTC 170/2013.

El Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales citados en el registro del ordenador; no así en el del teléfono móvil, pues ya el Tribunal Superior de Justicia descartó la validez de la prueba obtenida del mismo por considerar que su uso personal no está tipificado en el convenio.

Pues bien, tras recordar, una vez más, que el contrato de trabajo no legitima recorres injustificados en el ejercicio de derechos fundamentales, si bien su alcance protector debe modularse en función del correcto desenvolvimiento de la actividad productiva, el Tribunal sienta las siguientes pautas, muy importantes:

- No caben soluciones generales. Hay que examinar cada caso para determinar, según las circunstancias concurrentes, si el registro informático ha vulnerado o no el derecho a la intimidad.
- La tipificación del uso extralaboral de las herramientas informáticas como infracción sancionable por el empresario constituye una prohibición expresa de tal conducta. Pero ello es así siempre que no conste que la empresa ha atenuado la prohibición.
- Siendo la tipificación convencional una prohibición expresa, lleva implícita la facultad empresarial de controlar la utilización de las herramientas informáticas, lo que neutraliza cualquier expectativa razonable de confidencialidad.
- La neutralización de la expectativa de confidencialidad no sólo impide que el registro vulnere el derecho a la intimidad del trabajador, sino que convierte el canal de comunicación en abierto, de modo que tampoco hay vulneración posible del secreto de las comunicaciones.

Por último, el Tribunal defiende la proporcionalidad de la medida empresarial, por considerarla: a) justificada, pues se fundó en sospechas de comportamiento irregular, b) idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar la comisión de tal irregularidad, c) necesaria, pues el texto de los correos electrónicos serviría de prueba del incumplimiento, y d) ponderada, pues se ha accedido sólo a información relativa a la actividad empresarial y no a aspectos de la vida personal y familiar del trabajador.

El repaso a los criterios precedentes permite extraer las siguientes conclusiones:

- Se trata de una materia extraordinariamente dinámica, en la que, aunque los altos Tribunales van fijando pautas cada vez más contundentes y precisas, no son descartables cambios de criterio. Tanto la STS de 6 octubre 2011²² como la STC 17 diciembre 2012²³ ya citadas, contienen votos particulares que denotan que los debates no están agotados. Es más, la STC 29/2013, de 11 de febrero²⁴, relativa a un caso de vigilancia electrónica y protección de datos personales,

²² RJ 2011/7699.

²³ RTC 2012/241.

²⁴ RTC 2013/29.

si bien no versa sobre registros informáticos, sienta criterios que podrían entenderse disidentes respecto de los aquí expuestos (y también cuenta con voto particular).

- La posible vulneración de la intimidad y el secreto de las comunicaciones se evita con prohibiciones de uso personal de las herramientas informáticas, que llevan implícita la advertencia de su control. Esa prohibición puede derivar de una manifestación unilateral de la empresa, acordarse individual o colectivamente, o deducirse de la tipificación convencional de la conducta como infracción sancionable. No obstante, ha de ser una prohibición expresa y específica, que no permita albergar dudas sobre lo que se prohíbe.
- La empresa con sus propios actos puede restar valor a semejante prohibición, por ejemplo si, a pesar de la misma, tolera usos extralaborales.
- Aunque se haya neutralizado la expectativa de confidencialidad, conviene repasar en cada caso el cumplimiento del test de proporcionalidad, puesto que el Tribunal Constitucional lo sigue aplicando también en estos casos.
- Sería recomendable acompañar las prohibiciones de uso personal de estas herramientas con protocolos de control, a pesar de que ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional lo exigen. Y ello porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sugiere que el trabajador debe tener conocimiento de en qué circunstancias y condiciones serán restringidos sus derechos, y no sabemos si consideraría implícitamente solventadas estas exigencias con una mera prohibición de uso personal de las herramientas informáticas.

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

3.1. Ideas previas

El análisis detenido y en perspectiva del tratamiento que tanto la doctrina científica como la judicial han venido dando a los conflictos jurídicos en torno al uso de las TICs en el ámbito laboral, permite apreciar una clara evolución en cuanto a su enfoque. En concreto, la misma se aprecia en relación con la confrontación de los poderes empresariales y los derechos fundamentales de los trabajadores. Inicialmente, se cuestionaba hasta qué punto el control empresarial podía implicar una vulneración del derecho a la intimidad, lo que dio lugar a refrescar el tradicional debate sobre el juego de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, y lo complicado de trazar los límites de una intimidad que se configura subjetivamente. Más tarde entró en escena el derecho al secreto de las comunicaciones, de un perfil mucho más cierto, puesto que, aunque no todas las comunicaciones son íntimas, sí que son siempre secretas. Ante ambos derechos, primero con uno y luego con otro, los operadores jurídicos

pusieron en marcha los resortes del Derecho para intentar identificar las lindes del campo en el que la empresa podía controlar al trabajador sin quebrantar su protección constitucional. Con el tiempo, como hemos visto en el epígrafe precedente, llegaron el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para dibujar más claramente esa frontera, haciéndola pivotar en el conocimiento del trabajador -siquiera indirecto- de que sus comunicaciones y datos íntimos podían ser objeto de control empresarial, como mecanismo para neutralizar posibles expectativas de intimidad y de secreto.

Llegados a este punto, comienza a despuntar un tercer derecho fundamental, que había estado presente en estos conflictos desde el primer momento, pero eclipsado por los dos anteriores de configuración más clásica. Se trata del derecho a la protección de datos personales de los trabajadores, con anclaje en el art. 18.4 CE y desarrollado en la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD); un derecho de perfil muy formalista, de modo que una intromisión empresarial que no vulnere la intimidad del trabajador ni el secreto de sus comunicaciones, puede, no obstante, estar quebrantando su derecho a la protección de datos personales. Por eso, los criterios últimamente avanzados por los Tribunales Supremo y Constitucional resultan insuficientes para garantizar que la empresa no esté invadiendo espacios constitucionalmente protegidos.

Es evidente que el derecho a la protección de datos personales presenta un perfil fuertemente imbricado con las TICs, a pesar lo cual la atención recibida por la doctrina científica y los Tribunales es proporcionalmente menor. Por eso, cobra especial importancia la labor de la Agencia Española de Protección de Datos, y la de sus homólogas autonómicas, pues a través de sus dictámenes y criterios colman provisionalmente los vacíos que aún no han llenado los órganos judiciales²⁵.

3.2. Identificación de la problemática

La informática no solamente resulta un mecanismo extraordinariamente eficaz para conservar y transmitir información, sino también para procesarla de modo tal que permita construir perfiles sociales de los ciudadanos. En lo que respecta al específico ámbito de las relaciones laborales, en los últimos años se ha desvelado como un nuevo frente controvertido la utilización empresarial de datos personales de los trabajadores cuando éstos se encuentran contenidos en soporte informático; evidentemente, esto facilita de un modo notable su tratamiento, lo que potencia el riesgo de que se haga un uso inadecuado de los mismos. La capacidad de la gestión informatizada para almacenar y cruzar datos de toda índole permitiría, si no se controlara, un acceso absoluto del empresario a la vida privada del trabajador, más allá de lo que cada uno de los datos recabados desvela por sí solo, dando lugar a la construcción del perfil del

²⁵ Una reflexión sobre estos criterios puede verse en DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Protección de datos, video vigilancia y control informático en el trabajo*, Lex Nova, 2012.

trabajador no sólo profesional, sino incluso moral y político-social²⁶. Doctrinalmente se habla de la configuración de una suerte de “poder informático” del empresario en virtud de esta capacidad de almacenamiento y tratamiento de la información relativa a los trabajadores²⁷, e incluso se llega a decir que la informática “pone en peligro no sólo la intimidad, sino también el derecho a la propia identidad del trabajador”²⁸.

El Tribunal Constitucional afirma que cuando el art. 18.4 CE establece que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, está incorporando una garantía para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona; la que deriva del uso ilegítimo del tratamiento informático de datos²⁹, y para ello concibe un nuevo derecho fundamental consistente en la protección frente al uso indiscriminado de datos personales a través de las tecnologías informáticas³⁰.

Lo que está en juego aquí es la contraposición entre el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que le ofrecen las nuevas tecnologías, incluida la gestión de su personal³¹ y la “privacidad”, entendida en esta ocasión en el sentido de la *privacy* anglosajona, como un ámbito más amplio que el de la estricta intimidad y que comprende también todas las informaciones que el sujeto desea mantener libre de invasión o que sólo sean conocidas por determinadas personas. Este tipo de datos no íntimos, aunque aisladamente considerados no parezcan tener trascendencia, coherentemente enlazados pueden ofrecer un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

En el marco de las relaciones laborales los datos personales desempeñan un papel importante en numerosos y muy diversos escenarios: para la contratación, para las contribuciones a la Seguridad Social, para el reclamo de derechos derivados de situaciones personales, etc. A su vez, el laboral es un ámbito especialmente sensible a los peligros derivados de la informática: por su perdurabilidad, que hace necesaria la conservación de datos; su carácter personal, que hace más complejo el tipo de datos

²⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 74.

²⁷ La denominación proviene de CIACCI, G.: “Problemi e iniziative in tema de tutela dei dati personali, con particolari riguardo ai dati sanitari”, *Politica del Diritto* núm. 4, 1991, pág. 672.

²⁸ CARDONA RUBERT, M.B.: “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social* núm. 6, 1999, pág. 27.

²⁹ STC 11/1998, de 13 enero (RTC 1998, 11).

³⁰ STC 292/2000, de 30 noviembre. A pesar de la contundencia del Tribunal Constitucional, es lógico que la indirecta formulación del precepto genere dudas sobre el reconocimiento constitucional de un específico derecho fundamental a la protección de datos. En este sentido véanse GOÑI SEIN, J. L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, *Justicia Laboral* núm. 17, 2004, pág. 20; TASCÓN LÓPEZ, R.: “El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores ¿un problema resuelto o caído en el olvido?”, *Aranzadi Social* núm. 16, 2005, BIB 2005\2432, págs. 10 y ss.

³¹ LUJÁN ALCARAZ, J.: “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *Aranzadi Social* núm. 3, 2001, pág. 12.

a considerar; la multiplicidad de escenarios para los que pueden ser relevantes; y el número de trabajadores a los que se requiere información³².

3.3. Delimitación conceptual de la libertad informática

El derecho a la libertad informática (también llamada autodeterminación informativa), consiste en controlar el uso de los datos personales insertos en un programa informático y comprende: a) conocer y acceder a los mismos (*habeas data*); b) controlar su calidad, pudiendo corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados; y c) disponer sobre su transmisión³³. Según el Tribunal Constitucional, este derecho se configura no sólo como “un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”³⁴, sino también como un derecho instrumental, ordenado a la protección de otros derechos fundamentales³⁵, entre los que se encuentra, desde luego, el derecho a la intimidad. Desde tal punto de vista podría hablarse de intimidad informática, en alusión a ese ámbito privado del que se excluye la intromisión de terceros, y que da derecho a controlar el uso de los datos relativos a dicho ámbito cuando se insertan en un programa informático. La protección de la intimidad adquiriría así una función dinámica, superando su tradicional papel de barrera frente a la injerencia ajena para extenderse igualmente al control del individuo sobre la información que le atañe³⁶.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se afana en deslindar la libertad informática respecto del derecho a la intimidad, reservando para este último su clásica concepción defensiva -“proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquél ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad”- y confiando al derecho a la libertad informática o derecho a la protección de datos un papel mucho más activo: “garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”³⁷.

³² MERCADER UGUINA, J.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, Relaciones Laborales núm. 10, 2001, págs. 21 y 22.

³³ Esta clasificación se deduce de lo expuesto en STC 254/1993, de 20 julio (RTC 1993, 254); STC 11/1998, de 13 enero (RTC 1998, 11); STC 94/1998, de 4 mayo (RTC 1998, 94), y por PÉREZ LUÑO, A.: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987, págs. 85 y ss. y 123 y ss.

³⁴ STC 254/1993, de 20 julio (RTC 1993, 254).

³⁵ STC 11/1998, de 13 enero (RTC 1998, 11).

³⁶ CARDONA RUBERT, M.B.: “Tutela de la intimidad informática ...”, cit., pág. 27.

³⁷ STC 292/2000, de 30 noviembre, que conoció del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra algunos incisos de los arts. 21.1, 24.1 y 24.2 LOPD.

Ahora bien, como el propio Tribunal reconoce tácitamente, el deslinde no puede ser absoluto, porque el derecho a la libertad informática comprende el derecho a la intimidad, aunque lo exceda³⁸.

Dando cumplimiento al mandato del art. 18.4 CE de limitar el uso de la informática, y bastante más tarde que en los países de nuestro entorno, se promulgó la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, luego sustituida por la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por tanto, en esta ocasión la frontera entre el poder de dirección regularmente ejercido y el campo reservado a la intimidad del trabajador queda definida legalmente. Como veremos, esto no quiere decir que esté siempre clara la delimitación de uno y otro, pero sin duda la previsión normativa constituye un elemento importantísimo de definición.

3.4. Principios básicos de protección de datos en la relación laboral

La LOPD constituye la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. De la misma puede extraerse una serie de principios fundamentales que informan y orientan la regulación comunitaria y nacional en esta materia. La doctrina científica se ha ocupado de identificar estos principios, y aunque existen ciertas diferencias de matiz entre las diversas propuestas de los autores, pueden señalarse, de modo más o menos unívoco, dos grandes pautas³⁹.

Por un lado, del art. 6 de la Directiva cabe deducir el principio de finalidad, que exige la conexión entre los datos personales que se recaban y tratan y la finalidad a la que se dirigen tales informaciones; finalidad esta última que ha de ser legítima y justificada. Los datos almacenados para un determinado objetivo no pueden ser utilizados para otro que sea incompatible con el primero. Además, aquella finalidad esgrimida como justificación de la recogida y tratamiento de datos personales vincula igualmente el tipo de datos solicitados (deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la misma), y el período máximo durante el cual serán almacenados (sólo el imprescindible).

Por otro lado, rige el principio de autodeterminación, que deriva del art. 7 de la Directiva y se concreta para nosotros en el art. 6 LOPD, según el cual el tratamiento de datos personales requiere el consentimiento inequívoco del afectado salvo que la ley disponga otra cosa.

³⁸ STC 292/2000, de 30 noviembre.

³⁹ Se sigue en esta clasificación a CARDONA RUBERT, M.B.: “Tutela de la intimidad informática”, cit., págs. 30 y ss y a GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F.: “La regulación sobre protección de datos personales y su incidencia en el ámbito laboral”, *Aranzadi Social* núm. 21, 2001, págs. 77 y ss.

Se trata de dos exigencias complementarias, que dotan al derecho a la protección de datos de ese perfil más formalista a que se aludía al principio de este estudio. Así, no es en absoluto suficiente contar con el consentimiento del afectado -susceptible de experimentar cierto grado de presión en el ámbito laboral-, pues, además, es necesario que el tratamiento sea, en todo caso, pertinente y necesario. El consentimiento no legitima, por sí mismo, la intromisión empresarial, como sí sucede con el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

Si se observa detenidamente esta base teleológica, no es difícil encajar en ella la conocida doctrina constitucional de la proporcionalidad de la restricción de derechos fundamentales. La recogida y tratamiento de datos ha de ser idónea (susceptible de conseguir el objetivo o finalidad perseguida al recabar la información), necesaria (la medida más moderada y eficaz para conseguir la finalidad propuesta con la recogida de datos), ponderada (los datos deben guardar proporcionalidad con la finalidad para la que son recabados, no pudiendo ser excesivos respecto de esta última) y justificada (no basta que la recogida de datos y su tratamiento sea conveniente u oportuna para la gestión empresarial; es preciso que exista un interés objetivo y legítimo, importante para el desarrollo de la relación laboral -esta justificación es evidente si existe una norma que la respalda-), además de responder a otras previsiones específicas para esta materia. Todo ello configura un entramado imperativo que el empresario debe respetar a la hora de ejercitar su poder directivo y organizativo en la empresa.

Ahora bien, todos estos principios revisten un carácter genérico; resultan aplicables a todos los ámbitos de la vida social en los que tenga lugar la recogida y tratamiento de datos personales, y no sólo al laboral. Ello es así porque la Directiva no cuenta con disposiciones de naturaleza sectorial, olvidando la especial incidencia que toda esta materia tiene en el escenario de las relaciones laborales, y que haría sumamente aconsejable el establecimiento de prescripciones adicionales específicas para salvaguardar la libertad informática de los trabajadores. Pero lo realmente incomprensible es que el legislador nacional haya caído en el mismo “olvido”, desaprovechando la circunstancia de la transposición de la norma comunitaria al Derecho interno para dar cabida a una regulación que contemplara las especialidades del ámbito laboral. Consecuentemente, la LOPD es también una norma genérica, de la que hay que desgranar el régimen jurídico específicamente aplicable al tratamiento de datos en el seno de las relaciones de trabajo.

3.5. Régimen jurídico sobre protección de datos en la relación individual de trabajo

3.5.1. Normativa internacional y comunitaria

El Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, adoptado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, ratificado por España por Instrumento de 27

de enero de 1984, garantiza a toda persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y, particularmente, de su vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal que le conciernan (art. 1). Sus principios fundamentales (calidad de los datos, veracidad y correcta utilización de los mismos, prohibición del tratamiento automatizado de datos sensibles, necesidad de establecer medidas de seguridad adecuadas, derecho a conocer los datos por las personas afectadas) han influido notablemente en la normativa posterior de nuestro país.

Pero el citado Convenio se estableció sin perjuicio de la facultad de cada miembro del Consejo de acordar una protección más amplia, lo que se ha llevado a cabo en la Unión Europea con la ya mencionada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que ha extendido las garantías de protección no sólo al tratamiento de datos, sino a la recogida, organización, conservación, consulta, utilización, transmisión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos.

En desarrollo del Convenio núm. 108, la Recomendación núm. 89 (2), de 18 enero 1989, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adaptó las disposiciones del Convenio en materia de protección de datos de carácter personal al marco del empleo. Su art. 2 proclama el respeto a la privacidad y la dignidad humana de los trabajadores, y reconoce la posibilidad de ejercer relaciones individuales y sociales en el puesto de trabajo. Su art. 3.1 establece que los empleadores deben informar o consultar a sus empleados o a los representantes de éstos sobre la introducción o modificación de sistemas automatizados para la recogida y utilización de datos de carácter personal concernientes a los trabajadores, principio que es aplicable también a la introducción o a la modificación de procedimientos técnicos destinados a controlar los movimientos o la productividad de los trabajadores.

Por último, debe señalarse que el art. 8 del Proyecto de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se dedica a la protección de datos de carácter personal.

3.5.2. La Ley Orgánica de Protección de Datos y su aplicación al ámbito laboral

La LOPD establece el régimen legal aplicable “a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado” (art. 1). Se entiende por tratamiento de datos las “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias” (art. 3.c).

El ámbito de aplicación de la LOPD es bastante más amplio que el que tenía su antecesora, ya que esta última sólo se refería al tratamiento “automatizado” de los datos

personales, mientras que la norma hoy vigente alude a toda clase de tratamiento⁴⁰. Ello significa que sus previsiones van dirigidas no sólo a la creación de bases de datos y ficheros informáticos, sino también a todo tratamiento manual de información personal. Y aunque el tratamiento no automatizado de datos escapa a nuestro objeto de estudio dado que no implica la utilización de nuevas tecnologías, no nos resistimos a sugerir que en la medida en que la LOPD extiende su ámbito de aplicación más allá de lo que es estrictamente libertad informática, está dejando de ser también estricto desarrollo del art. 18.4 CE para pasar a derivar directamente del derecho a la intimidad previsto en el art. 18.1 CE.

Ya hemos visto que la LOPD es una norma genérica, que no contiene previsiones sectoriales por lo que no existen reglas específicas para el ámbito laboral. No obstante, dada su clara aplicación al escenario de las relaciones laborales, muchos autores han realizado un esfuerzo interpretativo para decantar un régimen jurídico de la protección de datos a estos efectos. Esquemáticamente, las reglas básicas serían las siguientes:

- Ha de mediar una nítida conexión entre la información personal que se recaba y trata y el legítimo objetivo para el que se solicita. Ello trae como consecuencia que, por un lado, los datos han de ser siempre adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido (art. 4.1 LOPD), y por otro, se prohíbe el uso de los datos para finalidades incompatibles con las que motivaron su recogida (art. 4.2 LOPD).
- Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser informados de modo expreso, preciso e inequívoco, de la existencia de un fichero⁴¹ o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida y de los destinatarios de la información, salvo que expresamente una ley lo prevea (art. 5 LOPD).
- El tratamiento de los datos personales requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa o que los datos se refieran a las partes de un contrato de trabajo y siempre que sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento (art. 6 LOPD). Esto último es lo que ocurre con la información precisa para identificar al trabajador y su localización (nombre, DNI, domicilio, etc.), y en su caso también la atinente a su estado civil cuando el empresario tenga obligaciones en relación con el mismo (complementos por hijos a cargo o existencia de cónyuge, deberes tributarios, etc.).

⁴⁰ En tal sentido, la STSJ Cataluña 14 octubre 1996 (AS 1996, 3925) distinguía entre tratamiento de datos automatizado y no automatizado, alegando que sólo el primero exigía el consentimiento del afectado. El cambio normativo obedece a la correcta transposición de la Directiva 95/46/CE, que tiene también un ámbito de aplicación no restringido al tratamiento automatizado de los datos. Esta norma comunitaria explica en su considerando núm. 27 que “el alcance de esta protección no debe depender, en efecto, de las técnicas utilizadas, pues lo contrario daría lugar a riesgos graves de elusión”.

⁴¹ Un fichero es un conjunto de datos de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso (art. 3.b LOPD).

Además, resultan almacenables los datos personales cuyo conocimiento por el empresario sea necesario por la índole del contrato (titulación del trabajador para concertar contrato en prácticas, por ejemplo)⁴².

En cambio, con una visión ciertamente formalista, se ha rechazado que el trabajador esté obligado a suministrar al empresario su número de móvil y dirección de correo electrónico personales a efectos de que le sean cursadas las comunicaciones relativas al contrato mediante SMS o email, si la empresa no acredita la verdadera necesidad de contar con estos datos para el mantenimiento del contrato. Se concluye que resulta abusiva la cláusula contractual por la que el trabajador y el empresario convienen en que el primero entregará su número y dirección a estos efectos, sin perjuicio de que pueda proporcionar los datos voluntariamente⁴³.

- Existen ciertos datos especialmente protegidos (los conocidos como “datos sensibles”), que exigen un trato diferenciado en la ley, pues pertenecen al reducto más íntimo de la persona⁴⁴ y por su propia naturaleza contienen información de cuyo uso incontrolado puede derivarse consecuencias especialmente negativas para el sujeto a quien se refieren⁴⁵. Su singularidad radica en que para su tratamiento se exige el consentimiento del afectado a pesar de que se efectúe en el seno de una relación laboral, si bien caben ciertas excepciones a esta exigencia previstas en una ley por razones de interés general.

Son los datos relativos a ideología, afiliación sindical, religión, creencias, vida sexual, salud, raza u origen étnico, y comisión de infracciones penales o administrativas.

- Específicamente respecto de la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el trabajador puede negarse a dar información, y en caso de que preste su consentimiento, debe hacerlo expresamente y por escrito. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar estos datos (art. 7 LOPD).
- Los datos relativos a su raza o vida sexual sólo pueden recabarse y tratarse cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar estos datos (art. 7 LOPD).

⁴² PRADAS MONTILLA, R.: “Empresas y protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Laboral* núm. 34, 2000, págs. FL-71 y 72.

⁴³ SAN de 28 de enero de 2014, proc. 428/2013. Este pronunciamiento sienta tres criterios importantes: que la cláusula contractual por la que se consiente el tratamiento no equivale al consentimiento en los términos de la LOPD -siguiendo en este punto la exigente posición de la AEPD-; que “necesidad” no equivale a utilidad -si bien no se define cuándo un dato es necesario-; y que la necesidad no se deduce ni presume sino que ha de acreditarse por la empresa.

⁴⁴ GARCÍA GARNICA, M.C.: “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (a propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *Derecho Privado y Constitución* núm. 14, 2000, pág. 133.

⁴⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 101, 2000, pág. 291.

- Los datos relativos a su salud sólo pueden recabarse y tratarse cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente⁴⁶. No obstante, cabrá el tratamiento de estos datos si resulta necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto (art. 7 LOPD).

3.6. Criterios de la Agencia Española de Protección de Datos

La Agencia Española (AEPD)⁴⁷ se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre diversas manifestaciones del ejercicio del poder de control empresarial sobre los trabajadores, de modo que puede decirse que posee una doctrina específica. Al no tratarse de un órgano judicial, sus postulados pasan relativamente desapercibidos para los aplicadores del Derecho del Trabajo, hasta que algún Tribunal los cita y hace ver su importancia.

A continuación, se analizan algunos de los criterios más importantes.

a) *Control de uso de internet y del correo electrónico*

En principio, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han llegado a un punto de encuentro en este tema, basado en la neutralización del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones mediante la información a los afectados. No abordan, sin embargo, el derecho a la autodeterminación informativa. Pero la AEPD suple el silencio, analizando la problemática de este derecho desde la misma óptica: lo esencial es que el trabajador esté informado acerca del control, sugiriéndose que se precise y aclare cuál es la política de la empresa en cuanto a la utilización del correo electrónico e internet, qué conductas está permitidas⁴⁸ y qué medios de control se utilizarán⁴⁹.

⁴⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., fundamenta específicamente el carácter de dato sensible del referido a la salud de la persona en que del mismo puede deducirse de modo aproximado otro tipo de información relativa a su vida sexual, sus hábitos, su régimen alimenticio y de descansos, etc. (“La intimidad del trabajador en el uso ...”, cit. pág. 291). Cita en este sentido las reflexiones de SÁNCHEZ TORRES, E.: “El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Relaciones Laborales núm. 20, 1997, pág. 115.

⁴⁷ Creada por LO 5/1992, de Protección de Datos Personales, como órgano independiente y especializado para el control de la aplicación de sus disposiciones. Atesora un amplio elenco de informes jurídicos sobre cuestiones concretas planteadas por los afectados, que en absoluto poseen carácter normativo ni resultan vinculantes -de hecho, la consulta a la Agencia no es garantía suficiente para evitar posibles sanciones-, pero que constituyen una fuente de criterios de gran valor a falta de pronunciamientos judiciales que los corrijan.

⁴⁸ Guía de la Agencia de Protección de Datos sobre «La protección de datos en las relaciones laborales», pág. 28.

⁴⁹ Informe Jurídico 2007-0391: Cribado de correo electrónico.

Ahora bien, los Tribunales citados adoptan una visión bastante más flexible, según la cual la prohibición del uso personal de estas herramientas supone la advertencia sobre su control, sin necesidad de pormenorizar de qué modo se llevará a cabo⁵⁰. Esto no sólo implica una ruptura -no declarada- con la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional sobre la exigencia de proporcionalidad, necesidad, idoneidad y justificación de toda medida que conlleve una injerencia en derechos fundamentales, sino que olvida que también está en juego el derecho a la protección de datos, para el que la LOPD establece un marco regulador mucho más exigente.

A este último se adecúan los postulados de la AEPD, como no podía ser de otro modo, sugiriendo de modo acumulativo tanto el establecimiento de reglas de uso como de advertencia del control⁵¹. Porque si lo único que hay es una prohibición de uso de medios telemáticos, no parece factible el ejercicio de los derechos contenidos en la LOPD.

La AEPD admite que el empresario acceda a la información contenida en emails corporativos de los trabajadores sin su consentimiento, para su control, tratándose de datos personales referidos a las partes de un contrato laboral que son necesarios para su mantenimiento o cumplimiento (art. 6.2 LOPD). Exige a estos efectos que se trate de una cuenta proporcionada por la empresa para el desarrollo de sus funciones laborales y que la empleadora haya informado previamente a los trabajadores sobre dicho acceso y los medios que se van a utilizar. Además, el acceso debe ser proporcionado a la necesidad de la recogida⁵².

b) Vigilancia electrónica

Las nuevas tecnologías hacen más eficaz, cómodo y barato⁵³ el control empresarial de los trabajadores, a través de circuitos cerrados de televisión, videocámaras y sistemas de audio⁵⁴.

⁵⁰ STS de 6 octubre de 2011 (RJ 2011, 7699); STC 241/2012, de 17 diciembre (RTC 2012, 241); STC 170/2013, de 7 octubre (RTC 2013, 170).

⁵¹ MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Convergencia y divergencia entre los Tribunales del Orden Social y la Agencia Española de Protección de Datos en materia de control informático de la prestación de trabajo (Comentario a las SSTs de 8 de marzo y de 6 de octubre de 2011)”, Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 156, 2012, BIB 2012\3125, pág. 7.

⁵² Informe Jurídico 2008-247: Acceso por el empresario al correo electrónico de los trabajadores.

⁵³ Como indica GOÑI SEIN, J.L., no hay que olvidar que estos mecanismos de control resultan mucho más económicos que la supervisión humana, tanto por el reducido precio al que pueden adquirirse en el mercado, como por el inferior gasto que representa su mantenimiento en comparación con el de la contratación de uno o varios trabajadores (*La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Civitas-APDCM, 2007, pág.17).

⁵⁴ GOÑI SEIN, J.L., alude a un doble argumento para la cada vez más frecuente incorporación de la videovigilancia en las empresas. Por un lado, señala la motivación defensiva, basada en la seguridad y la protección de las personas y de los bienes, dado que estos sistemas de vigilancia permite detectar y verificar conductas ilícitas; por otro lado, se relaciona también con el interés empresarial de ejercer el control de la actividad laboral de los trabajadores, para lo que constituye un instrumento excelente (*La videovigilancia empresarial ...*; cit., pág. 16).

Los informes y dictámenes elaborados en el seno de la Unión Europea respecto de la videovigilancia laboral apuntan una línea interpretativa bastante restrictiva, en virtud de la cual se rechazarían los sistemas que tienen por finalidad directa controlar a distancia la calidad y cantidad de las actividades laborales; sólo se aceptarían dichos mecanismos si vienen impuestos por las propias exigencias productivas o por motivos de seguridad laboral⁵⁵.

No existe en el ordenamiento español una prohibición general de la instalación por el empleador de aparatos audiovisuales y otros mecanismos o dispositivos para vigilar a distancia el trabajo. Todo lo contrario: en virtud de lo dispuesto en el art. 20.3 ET tradicionalmente se ha admitido la licitud de la contratación de servicios de detectives privados, guardias, personal de vigilancia, etc., que constituyen el precedente de la utilización de mecanismos audiovisuales de control distintos del que pueda ejercer directamente el empresario por medio de su visión y su oído.

Ahora bien, la vigilancia electrónica, naturalmente “mucho más penetrante e incisiva” que los sistemas tradicionales porque permite ejercer un control sin solución de continuidad y de una manera panorámica sobre la completa actividad del trabajador⁵⁶, aumenta el riesgo de que exista una vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores. Al margen de la intimidad y la propia imagen, también está en juego la protección de datos personales.

Teniendo en cuenta, por un lado, que son datos personales aquellos que permiten identificar a una persona y que la captación de la imagen y/o voz de un trabajador en el ámbito laboral cumple con dicho requisito⁵⁷, y, por otro lado, que existe tratamiento de datos personales tan sólo con la recogida de los mismos, incluso para ser reproducidos en tiempo real, la AEPD dictó una Instrucción sobre el tratamiento de datos personales captados mediante videovigilancia⁵⁸. En ella, además de recoger previsiones que ya se conocían (que la captación de imágenes sea adecuada, pertinente, no excesiva y justificada, que no pueda realizarse el control por otros medios menos intrusivos para los derechos fundamentales, que no se obtengan imágenes de espacios

⁵⁵ *Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara*, adoptado el 25 de noviembre de 2002 por el Grupo de Trabajo “Artículo 29” de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos (11750/02/ES WP 67). Del mismo Grupo, puede verse, en igual sentido, el *Dic-tamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara*, adoptado el 11 de febrero de 2004 (11750/02/ES WP 89).

⁵⁶ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 147.

⁵⁷ La AEPD evacuó una consulta sobre la instalación de cámaras para el control de la actividad de los trabajadores, manteniendo que las imágenes captadas “sólo podrán ser consideradas datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que aparecen en dichas imágenes (). En supuestos en que las imágenes se tomaran del lugar de trabajo sí se produciría dicha identificación, dado que siempre aparecerían en las mismas los trabajadores de la empresa en su lugar de actividad (lo que les hace perfectamente identificables)” (*Informe Jurídico 2001-0000: Videovigilancia en el lugar de trabajo*).

⁵⁸ Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

públicos), se establece la obligación de informar a los afectados de que están siendo objeto de control a través de cámaras de video, mediante, al menos, la colocación en las zonas videovigiladas de un distintivo informativo que así lo indica. Más tarde, la AEPD precisó que la información debe ser, además, personalizada y con el contenido establecido en el art. 5.1 LOPD, y ha de trasladarse también a los representantes de los trabajadores, sin que pueda utilizarse para fines distintos de los confesados⁵⁹.

Es cierto que a veces el aviso al trabajador o a sus representantes de que su imagen o sus conversaciones están siendo captadas puede impedir la verificación de conductas irregulares. A este respecto, la posición tradicional del Tribunal Constitucional ha venido siendo que en estos casos la falta de comunicación a los representantes e incluso al propio trabajador afectado se justificaría por el temor de la empresa a que el conocimiento de la existencia de los mecanismos de control frustrase “la finalidad apetecida”⁶⁰. Así, el Tribunal mantenía que esta falta de comunicación a los representantes no era significativa ni determinaba que se estuvieran vulnerando los derechos fundamentales de los trabajadores. Y ello aunque tampoco fuera evidente para estos últimos la instalación de este tipo de sistemas de control. El Tribunal afirmaba, en fin, que la licitud de los controles audiovisuales llevados a cabo sin conocimiento de los trabajadores implicados era una cuestión de legalidad ordinaria que no le competía⁶¹.

Esta posición era seguida por un sector de la doctrina científica⁶² y judicial⁶³, y abundaban los litigios en los que, habiéndose instalado sistemas ocultos de videovigilancia, ni siquiera se reflexionaba sobre la licitud o ilicitud de esta medida en lo referido a la falta de comunicación a los trabajadores o a sus representantes⁶⁴. Por el contrario, en algunos pronunciamientos se valoraba como elemento que contribuía a demostrar el carácter equilibrado de la videovigilancia, el que tal medida se pusiera en conocimiento del representante de los trabajadores⁶⁵, o se tuviera en cuenta, como un elemento más para rechazar la licitud de la videovigilancia, que ésta había tenido carácter “subrepticio”, sin comunicarlo a los trabajadores ni a sus representantes⁶⁶.

Pero la reciente STC 29/2013, de 11 febrero, cambia las cosas.

⁵⁹ Informe Jurídico 2009-0006: Legitimación para tratamiento de datos de los trabajadores.

⁶⁰ STC 186/2000, de 10 julio (RTC 2000, 186).

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² GARCÍA VIÑA, J.: “La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario”, *Aranzadi Social* núm. 22, 2001, pág. 63.

⁶³ STSJ Galicia de 20 de marzo de 2002 (AS 2002, 3385); STSJ La Rioja de 30 de mayo de 2002 (AS 2002, 2207); STSJ Extremadura de 14 de abril de 2004 (AS 2004, 1071); STSJ Madrid de 9 de mayo de 2006 (AS 2006, 2030); STSJ Cataluña de 28 de octubre de 2006 (JUR 2006, 76301).

⁶⁴ Por ejemplo, STSJ Cantabria de 28 de abril de 2004 (JUR 2004, 150551); STSJ Murcia de 3 de febrero de 2003 (3) (AS 2003, 468 y 1356; JUR 2003, 93450).

⁶⁵ STSJ Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2004 (AS 2004, 1476).

⁶⁶ STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2001 (AS 2001, 390).

Comienza precisando que las imágenes grabadas en soporte físico constituyen un dato personal que queda protegido por el art. 18.4 CE, que engloba a todos aquellos que facilitan la identidad de una persona física por medios que, a través de imágenes, permiten su representación física e identificación visual u ofrecen información gráfica o fotográfica sobre su identidad. Partiendo de esta consideración, en esta sentencia se sustituye el criterio tradicional antes apuntado por el enaltecimiento constitucional del deber de información al trabajador afectado, que se eleva a contenido esencial del derecho a la protección de datos. Por tanto, la falta de información allí donde la LOPD la exige implica de modo directo la vulneración del derecho fundamental. El objetivo perseguido con la videovigilancia pierde relevancia como elemento para ponderar la proporcionalidad de la medida empresarial⁶⁷, y el incumplimiento del deber de información al trabajador vigilado supone la vulneración de su derecho fundamental a la protección de datos. Expresamente, pues, el Tribunal niega que quepa justificar la falta de información en el interés empresarial de controlar la actividad a través de “sistemas sorpresivos o no informados de tratamiento de datos que aseguren la máxima eficacia en el propósito de vigilancia”.

Y el deber de información no se agota en la mera colocación de distintivos anunciando la instalación de cámaras, ni en la notificación de la creación del correspondiente fichero a la AEPD, sino que ha de consistir en la transmisión “previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que, según este pronunciamiento, debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.”

De este modo, el Tribunal Constitucional viene a acoger los criterios que ya había avanzado la AEPD⁶⁸, e incluso va más allá, dotando a la obligación de informar de un contenido algo más exigente que el que la propia LOPD le confiere⁶⁹.

⁶⁷ En este sentido se pronuncia RAMOS QUINTANA, M.: “Modelo constitucional de las relaciones de trabajo y de Seguridad Social. El impacto de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, Ponencia presentada en las XXV *Jornadas de Derecho Social: Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, 2014.

⁶⁸ MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Convergencia y divergencia entre los Tribunales del Orden Social y la Agencia Española de Protección de Datos ...”, cit., pág. 14: “El empresario está legitimado para controlar la prestación de trabajo utilizando cámaras de vídeo pero debe informar al trabajador de la existencia del control. Y esto es así porque el trabajador filmado tiene derecho a conocer la finalidad del control (si es por seguridad o control de la prestación laboral), la persona responsable, etc. La aplicación práctica de estos requisitos por parte de la Agencia ha derivado en la imposición de sanciones al empresario cuando se les había dicho a los trabajadores que la finalidad de la videovigilancia era la seguridad y resulta que luego se les sanciona por irregularidades en la prestación del trabajo detectadas mediante el sistema de cámaras”.

⁶⁹ Consultada la AEPD sobre el alcance de la obligación informativa, se remite a la Instrucción 1/2006, que exige, al menos, la colocación del distintivo informático (*Informe Jurídico 2007-0437: Cuestiones Generales*), y al art. 5.1 LOPD, que alude a los siguientes extremos: la existencia del fichero, la finalidad de la

El fortísimo contraste entre esta sentencia y las dedicadas al registro de ordenadores⁷⁰, hace pensar que en algún momento el Tribunal deberá encontrar un punto de equilibrio, en el que ni la intimidad y el secreto a las comunicaciones queden neutralizados por la mera prohibición empresarial de su ejercicio, ni la protección de datos personales se blinde hasta el punto de inadmitir las injerencias sin analizar si son o no proporcionales en el ámbito laboral⁷¹.

c) Fichaje informático y control biométrico

Los avances tecnológicos de los últimos tiempos han traído hasta nosotros un reducido número de pronunciamientos en los que se alude a mecanismos de control mucho más sofisticados que las tradicionales cámaras y micrófonos. Concretamente, nos referimos a sistemas de control informático de fichaje⁷² o mecanismos de control horario por medio de la lectura biométrica de la mano⁷³.

Respecto del fichaje informático, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que son datos personales los que figuran en un registro del tiempo de trabajo, pues los períodos de trabajo diario y de descanso de cada trabajador lo identifican o lo hacen identificable⁷⁴.

Quizá los pronunciamientos más llamativos son los referidos al citado control biométrico de la mano, que permite identificar al trabajador mediante el reconocimiento tridimensional de su mano, largo, ancho y espesor⁷⁵.

recogida de datos y los destinatarios de la información, el carácter obligatorio o facultativo de dar respuesta a las preguntas que les sean planteadas, las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, la identidad y dirección del responsable del tratamiento (*Informe Jurídico 2009-0006: Legitimación para tratamiento de datos de los trabajadores*).

⁷⁰ STC 241/2012, de 17 diciembre (RTC 2012, 241) y STC 170/2013, de 7 octubre (RTC 2013, 170).

⁷¹ SANTIAGO REDONDO, K.M., destaca que “la diversa intensidad en la tendencia de la tutela otorgada puede responder al momento doctrinal en el que unos y otros derechos se encuentran” (“Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El art. 18 CE”, Relaciones Laborales núm. 1, 2014, pág. 137).

⁷² STSJ Murcia de 3 de febrero de 2003 (3) (AS 2003, 468 y 1356; JUR 2003, 93450); STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2003 (AS 2003, 329).

⁷³ STSJ Cantabria de 10 de enero de 2003 (2) (RJCA 2003, 5 y 528), de 14 de marzo de 2003 (JUR 2003, 136789) y de 28 de marzo de 2003 (RJCA 2003, 742).

⁷⁴ STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/12, Worten (TJCE 2013, 140). Sobre la misma, véase MARÍN LÓPEZ, J.J.: *La normativa sobre protección de datos personales ante el control por la autoridad laboral de los tiempos de trabajo y descanso de los trabajadores*, Gómez-Acebo&Pombo, Noticias Breves junio 2013.

⁷⁵ En su *Informe Jurídico 1999-2000: Tratamiento de la huella digital de los trabajadores*, la AEPD define los datos biométricos como “aquellos aspectos físicos que, mediante un análisis técnico, permiten distinguir las singularidades que concurren respecto de dichos aspectos y que, resultando que es imposible la coincidencia de tales aspectos en dos individuos, una vez procesados, permiten servir para identificar al individuo en cuestión (tales como las huellas digitales, el iris del ojo, la voz, etc.)”.

Cuestionada la licitud de semejante método utilizado en una Administración regional como control horario del personal (en vez de fichar, se coloca la mano en el dispositivo que reconoce al empleado), el Tribunal contencioso que conoce del asunto considera que resulta idóneo para conseguir el objetivo propuesto, que es “lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración pública controlando el efectivo cumplimiento de sus obligaciones por parte de los empleados públicos, obligaciones que se inician en el momento del puntual acceso a los puestos de trabajo y en una estricta observancia de la jornada laboral”. Considera el órgano judicial que “la existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos para conseguir la referida finalidad, no convierte el sistema enjuiciado en ilegal, siendo legítimo que la Administración opte, dentro de la legalidad, por aquel sistema que considere más conveniente”. Por otro lado, la medida se entiende necesaria debido al “notorio carácter imperfecto de los sistemas de control más comúnmente usados”, que no impiden “la sustituibilidad en su cumplimiento”. Finalmente, se concluye que la implantación del sistema supone más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros intereses en conflicto, porque de esta forma se garantiza que el empleado público cumplirá debidamente sus obligaciones y ello redundará en una mayor eficacia de la Administración para la consecución de los intereses generales. Este último razonamiento resulta algo inestable, porque según el mismo este sistema de control no guardaría la necesaria proporcionalidad si en vez de tener lugar en una Administración Pública se diera en una empresa privada, donde el beneficio para los “intereses generales” no está tan claro.

En realidad, los razonamientos resultan extensibles a todo mecanismo de control de datos biométricos, entendidos estos últimos como los aspectos físicos que, mediante análisis técnicos, distinguen singularidades: huellas, iris, voz.

El tratamiento de los datos biométricos sin duda se enmarca en la LOPD. La AEPD ha clarificado que el tratamiento automatizado de la huella digital de los trabajadores para comprobar su identidad y el cumplimiento de la jornada, supone la manipulación de datos personales, pues lo son todos los que permiten la identificación biométrica del individuo. Dado que la finalidad de la recogida es comprobar el cumplimiento del contrato, no hace falta recabar el consentimiento del trabajador (art. 6.2), si bien debe ser adecuadamente informado (art. 6.2)⁷⁶.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse no hace mucho sobre la recogida de datos biométricos, pero sólo en orden a unificar doctrina respecto de la competencia de la jurisdicción social para conocer del incumplimiento de la obligación empresarial de oír al comité de empresa antes de implantar este sistema de control de trabajo⁷⁷.

⁷⁶ Así lo confirma la AEPD en su *Informe Jurídico 1999-2000: Tratamiento de la huella digital de los trabajadores*. Lo confirman SSTSJ CA Cantabria de 21 de febrero de 2003 (PROV 2003, 122751) y de 16 de mayo de 2003 (PROV 2003, 125100); SJS núm. 33, Madrid, de 21 de octubre de 2002 (AS 2002, 2993).

⁷⁷ STS de 19 diciembre 2005 (RJ 2006, 1427).

d) Geolocalización

La creación y funcionamiento del fichero de datos de geolocalización a través de GPS queda sometido a la LOPD, existiendo para el empleador el deber de informar a los interesados de su existencia y de los demás extremos a que se refiere el art. 5.1 de la Ley.

La AEPD precisa que la localización es un dato personal porque se refiere siempre a una persona física identificada o identificable. En el caso de una empresa de seguridad que obtiene datos de localización de escoltas a través de teléfonos con GPS, la geolocalización se entiende proporcionada a la finalidad de garantizar la seguridad del escoltado, siempre que no se extienda más allá del tiempo de trabajo. No hace falta el consentimiento del trabajador, pero sí debe ser informado⁷⁸.

e) Tarjetas identificativas

Conviene tener presentes las implicaciones para el derecho a la protección de datos que se derivan de sistemas como las tarjetas con banda magnética y código de identificación personal, que en determinadas empresas permiten al trabajador, tras conectarla a un lector, acceder a ciertas salas, trabajar con el ordenador, poner en marcha máquinas de trabajo, etc. En definitiva, estas tarjetas permiten trazar un recorrido de las actividades realizadas por el trabajador en la empresa y ubicarlo en cada momento⁷⁹. Con la misma filosofía, cabe atender a los identificadores por radiofrecuencia (un chip o etiqueta que identifica y permite rastrear aquello en lo que se implanta); inicialmente pensado para cosas y animales, puede ampliarse a otros usos, como el seguimiento e identificación de personas⁸⁰.

La AEPD admite que se incluya una fotografía del trabajador en su tarjeta identificativa del centro de trabajo, considerándolo pertinente, adecuado y no excesivo en relación con la finalidad, que es la posibilidad de identificarlo mientras desarrolla sus funciones y por motivos de seguridad.

Al tratarse de datos referidos a las partes de un contrato de trabajo, necesarios para su adecuado desarrollo, no requieren del consentimiento del afectado, aunque sí debe ser informado⁸¹.

⁷⁸ Informe Jurídico 2009-0090: *Proporcionalidad en el tratamiento de datos de localización*.

⁷⁹ Llama la atención sobre estas tarjetas RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías", *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, 2006, pág. 88.

⁸⁰ Sobre los identificadores de radiofrecuencia y sus riesgos en el ámbito laboral, véase FARROLS Y SOLÁ, A.: "Introducción", *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, 2006, págs. 33 y ss.

⁸¹ Informe Jurídico 2006-0226: *Proporcionalidad del tratamiento del dato de la fotografía de los trabajadores*.

La misma solución se ofrece para la inclusión del nombre y apellidos, o el DNI del trabajador, que se admiten siempre que su finalidad sea la identificación de este último a efectos laborales⁸².

f) Registro de bajas médicas

Es muy conocida la STC 202/1999, 8 noviembre, en la que era de aplicación la LO 5/1992, y que se refería a un supuesto de creación de un registro de bajas médicas que, presumiblemente, servían al empresario para llevar un control del grado de absentismo laboral de sus trabajadores. Concretamente, se trataba de una empresa que con los resultados provenientes de las revisiones periódicas realizadas a sus trabajadores por unos servicios médicos propios, había ido creando, sin el consentimiento de los afectados, una base de datos en la que se almacenaban los “diagnósticos médicos de todas las bajas por incapacidad temporal de los trabajadores extendidas por facultativos de la Seguridad Social”. Uno de los trabajadores de la empresa, miembro del comité de empresa, solicitó la cancelación de los datos que le afectaban, a lo que la empresa se negó, por lo que el primero reclamó judicialmente alegando una vulneración de su derecho a la intimidad. El asunto llegó al Tribunal Constitucional, que otorgó el amparo al trabajador argumentando que los datos referentes a su salud constituyen datos sensibles (especialmente protegidos) y, por tanto, sólo cabe recogerlos por razones de interés general cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. Ya hemos dicho que no se pidió a los trabajadores su consentimiento para confeccionar la base de datos, y respecto de la habilitación legal que en defecto del consentimiento del trabajador permitiría a la empresa recoger y conservar sus datos, aunque ésta alega que su acción estaba amparada por una exigencia legal -arts. 22 y 23 LPRL, que imponen al empresario obligaciones de vigilancia periódica de la salud de sus empleados y de elaboración y conservación de la documentación relativa a los controles sanitarios realizados a los trabajadores y de una relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado incapacidades superiores a un día de trabajo- el Tribunal concluye que no concurre el interés general que justificaría la autorización por ley, en la medida en que la finalidad de la base de datos no era preservar la salud de los trabajadores sin controlar su absentismo, y que por todo ello había de entenderse que el almacenamiento de datos médicos había sido una medida “inadecuada y desproporcionada”, lesiva del derecho a la intimidad y la libertad informática.

Las críticas a esta sentencia se han centrado, sobre todo, en que el Tribunal hace pivotar su decisión en una presunción que en ningún momento queda acreditada, cual es que el empresario recababa y almacenaba los datos médicos de sus empleados con el fin de controlar el nivel de absentismo en la empresa (en efecto, si así hubiera sido, los datos se habrían obtenido para una finalidad distinta de aquella para la que luego

⁸² *Informe Jurídico 2008-0666: Consentimiento innecesario para incluir nombre y apellido y número de empresa en tarjeta identificativa de trabajo; Informe Jurídico 2011-0028: Tratamiento de DNI y fotografía en tarjetas de identificación de trabajadores.*

se tratarían, con lo que se neutralizaría cualquier habilitación legal para su recogida. Tal presunción se deduce del hecho de que la base de datos se denominaba “absentismo con baja médica”, y que no contenía un historial clínico de los empleados sino una relación de partes de baja en los que se consignaban las correspondientes fechas de baja y alta laboral, el motivo de la baja, los días durante los cuales se prolongó la situación de incapacidad temporal y el diagnóstico médico. Es la denominación y el contenido del fichero lo que convence al Tribunal del uso irregular del mismo, pero hay que tener en cuenta que no se alegó ni se probó esa posible desviación en la utilización de los datos⁸³.

Ahora bien, con independencia de la solución que se da a este caso específico, es importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en ningún momento afirma que la confección y mantenimiento de un fichero con información médica atente por sí misma contra el derecho a la intimidad y a la libertad informática de los trabajadores. El legislador brinda apoyo legal a este tipo de ficheros mediante diversos preceptos, entre los cuales destacan especialmente los siguientes: los citados artículos de la LPRL, que imponen al empresario el deber de vigilar la salud de sus trabajadores como parte de su obligación de prevenir los riesgos laborales y garantizar la seguridad y salud de los empleados⁸⁴; los arts. 10.11 y 21.1.e) Ley General de Sanidad, que establecen, respectivamente, que el proceso de pronóstico, diagnóstico y terapéutica debe quedar formalizado por escrito, y la obligación de vigilar la salud de los trabajadores⁸⁵; e incluso el art. 64.1.8 ET. Este último precepto atribuye al comité de empresa competencia para conocer, al menos trimestralmente, las estadísticas sobre índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales de medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilizan. Si el comité puede conocer este tipo de datos, fundamentalmente estadísticos, será que el empresario puede almacenarlos y tratarlos. Tampoco ha de olvidarse que el art. 52.d) ET establece que el contrato podrá extinguirse por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen determinado porcentaje de las jornadas

⁸³ Razonan en este sentido, críticamente, GARCÍA MURCIA, J.: “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de las bajas médicas”, *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional* II, 2000, pág. 1949; MONTROYA MELGAR, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, dirs.), Tomo XVII (1999), Civitas, 2000, págs. 300 y ss.

⁸⁴ Específicamente sobre este deber empresarial impuesto por el art. 22 LPRL y su posible confrontación con el derecho a la intimidad de los trabajadores, véase BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, AA VV *Trabajo y libertades públicas* (E. Borrajo Dacruz, dir.), La Ley, Madrid, 1999.

⁸⁵ Indica MONTROYA MELGAR, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador ...” cit., pág. 306, que “todas estas previsiones de la Ley General de Sanidad difícilmente podrán llevarse a cabo hoy al margen de la informatización de los correspondientes datos”.

hábiles, pero sin computar ciertas clases de ausencias. Pues bien, ¿cómo podrá llevarse a cabo el recuento de las mismas si no se almacenan los datos sobre ellas?⁸⁶

Finalmente, resulta preciso tener en cuenta un factor adicional, que aunque no habría podido aplicarse al caso comentado sí que plantearía hoy alguna duda si el supuesto volviera a tener lugar. Se trata del hecho de que mientras el art. 4.2 LORTAD condicionaba la recogida y almacenamiento de datos a que estos no se utilizaran para finalidades “distintas” de las alegadas, la LOPD alude a finalidades “incompatibles”, lo cual abre la puerta a una interpretación mucho más amplia, porque algo distinto podría considerarse compatible y en tal sentido perfectamente lícito⁸⁷. El problema es que la LOPD no delimita en qué consiste la incompatibilidad, con lo que acaba sumiendo en la penumbra el principio de finalidad en el tratamiento de datos, que hasta ahora servía con claridad y eficacia como uno de los elementos básicos para determinar la frontera entre la licitud y la ilicitud en esta materia.

La doctrina que ha visto este problema, ha intentado identificar ya algunos criterios que nos ayuden a salvar el nuevo vacío interpretativo⁸⁸, y lo ha hecho acudiendo a la Directiva 95/46/CE, en cuyo art. 6.1.b) se exige a los Estados que adopten las garantías oportunas en orden a admitir la desviación de los datos para una finalidad de uso (histórico, estadístico o científico) distinta de la finalidad de recogida, y en su Considerando 29 se orientan dichas garantías a impedir que los datos se utilicen para tomar medidas o decisiones contra cualquier persona. De este modo, parece que aunque la información pudiera usarse para fines distintos de los alegados al recabarse, estos nunca podrían perjudicar al afectado. Por otra parte, el art. 6.2 de la Recomendación núm. R(89)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo, adoptada el 18 enero 1989, sugiere que el empresario informe al trabajador del cambio de finalidad siempre que dicha alteración pudiera tener consecuencias relevantes para el mismo.

g) Datos sindicales

Son ciertamente reiterados los pronunciamientos constitucionales que rechazan la conducta de la empresa que utiliza los datos sindicales de los trabajadores (que posee

⁸⁶ PRADAS MONTILLA, R.: “Empresas y protección de datos ...”, cit., pág. FL-75, entiende que en este último caso, según la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que sería contrario a Derecho es el almacenamiento de “diagnósticos médicos” de los trabajadores y no el mero control de las ausencias. Pero es evidente que para este control, al menos en lo que se refiere al despido objetivo, resulta imprescindible incorporar al fichero una relación de datos sobre la causa de la falta de asistencia y su duración, lo que en alguna medida puede ser considerado un diagnóstico médico.

⁸⁷ Este cambio obedece a la transposición de la Directiva 95/46/CE, que utiliza el término “incompatible”.

⁸⁸ Véanse THIBAUT ARANDA, J.: “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales* núm. 13, 2000, pág. 36; GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F.: “La regulación sobre protección de datos personales”, cit., pág. 78.

por habérselos pasado un sindicato con la finalidad de que procediera el pertinente descuento de la cuota sindical), para restarles el salario correspondiente a los días de huelga convocada por dicho sindicato⁸⁹.

Sin embargo, la AEPD ha admitido el uso de datos de afiliación sindical en procedimientos de despido disciplinario, en los que la empresa se vale de esta información -suministrada por los sindicatos para el descuento de la cuota-, en orden a comunicar a los delegados sindicales el despido de los afiliados. Considera que se trata de un uso de los datos compatible con la finalidad para la que fueron cedidos, pues, según razona, el art. 55.1 ET exige audiencia previa a los delegados sindicales cuando al empresario “le constare” la afiliación, siendo válida cualquier fórmula por la que el trabajador lo ponga en su conocimiento. Y si a la empresa le consta, por ejemplo porque descuenta la cuota sindical, debe dar audiencia, sin que de ahí se derive vulneración alguna del derecho a la protección de datos personales⁹⁰.

h) Vigilancia de la salud

La AEPD también se ha pronunciado sobre el tratamiento y cesión de datos personales y de salud de los trabajadores derivados de las acciones de vigilancia de la salud. El acceso al historial médico por parte del servicio de prevención de riesgos laborales no requiere el consentimiento del trabajador en aquellos supuestos en que el sometimiento a las actuaciones de vigilancia de la salud resulte impuesto directamente por la LPRL. Tampoco se requiere cuando el trabajador se someta voluntariamente a las pruebas, pues queda implícito en el prestado para esto último. No obstante, sí que es necesario cumplimentar el deber de información previsto en el art. 5.1 LOPD⁹¹.

Sin embargo, se trata de un supuesto de necesaria interpretación restrictiva, ya que el Tribunal Constitucional mantiene, con carácter general, que el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales no implica en modo alguno que se esté consintiendo también la cesión de tales datos a terceros, “pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos”. En realidad, lo que el Tribunal proscribiera es la cesión a un tercero

⁸⁹ SSTC 11/1998, de 13 enero (RTC 1998, 11); 33/1998, de 11 febrero (RTC 1998, 33); 35/1998, de 11 febrero (RTC 1998, 35); 45/1998, de 24 febrero (RTC 1998, 45); 60/1998, de 16 marzo (RTC 1998, 60); 77/1998, de 31 marzo (RTC 1998, 77); 94/1998, de 4 mayo (RTC 1998, 94); 104/1998, de 18 mayo (RTC 1998, 104); 105/1998, de 18 mayo (RTC 1998, 105); 106/1998, de 18 mayo (RTC 1998, 106); 123/1998, de 15 junio (RTC 1998, 123); 124/1998, de 15 junio (RTC 1998, 124); 125/1998, de 15 junio (RTC 1998, 125); 126/1998, de 15 junio (RTC 1998, 126); 158/1998, de 13 julio (RTC 1998, 158); 198/1998, de 13 octubre (RTC 1998, 198) y 223/1998, de 24 noviembre (RTC 1998, 223).

⁹⁰ Informe Jurídico 2002-0000: Utilización del dato de afiliación sindical en los procedimientos de despido.

⁹¹ Informe Jurídico 2004-0434: Tratamiento conforme a la legislación de prevención de riesgos laborales.

para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aún cuando puedan ser compatibles con éstos⁹².

i) Comunicaciones a terceros

Ya se ha visto que el Tribunal Constitucional mantiene que la cesión de los datos a un tercero para fines distintos de aquellos que motivaron su recogida, “supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado”⁹³. Por tanto, es lógico que la AEPD rechace la posibilidad de que la empresa comunique la productividad obtenida por un trabajador a sus compañeros sin el consentimiento de aquél⁹⁴; consentimiento que, según la Audiencia Nacional, no tiene por qué otorgarse por escrito, pero sí resultar inequívocamente prestado, de un modo tan claro que no quepa interpretarse en otro sentido⁹⁵.

Piénsese, pues, en reestructuraciones de empresas en las que los criterios de selección se anudan a la productividad. La empresa debe tener en cuenta estos límites y adoptar las debidas cautelas a la hora de proporcionar la información a sus interlocutores en la fase de negociación.

La misma respuesta merece la comunicación en internet de datos personales de los empleados. Es necesario el consentimiento específico de los trabajadores para que la empresa pueda publicar en su página web su nombre, apellidos, foto, perfil profesional y aficiones, así como los resultados de su evaluación por los clientes. En este punto la Agencia advierte que el consentimiento ha de ser “libre”, es decir que no puede conllevar consecuencias perjudiciales para el trabajador el no prestarlo⁹⁶.

En cambio, la empresa está obligada a ceder a la representación de los trabajadores los emails de los trabajadores, para hacer efectivo el derecho a transmitir información sindical por tal medio en los términos de la STC 281/2005. A partir de entonces el sindicato se convierte en responsable del fichero y debe informar sobre él a los trabajadores para que puedan acceder, rectificar, cancelar u oponerse respecto de sus datos⁹⁷.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO PELLICER, A.: “El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador”, AA VV *Trabajo y libertades públicas* (E. Borrajo Dacruz, dir.), La Ley, Madrid, 1999.

⁹² STC 292/2000, de 30 noviembre (RTC 2000, 292).

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Informe Jurídico 2009-0529: Comunicaciones de las productividades de los trabajadores a otros trabajadores*.

⁹⁵ SAN 28 enero 2014 (AS 2014, 231).

⁹⁶ *Informe Jurídico 2010-0039: Comunicación en internet de datos de empleados. No válido el consentimiento en el seno de la relación laboral*.

⁹⁷ *Informe Jurídico 2008-0101: Acceso de sindicatos a direcciones de correo electrónico de trabajadores*.

- CARDONA RUBERT, M.B.: “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social* núm. 6, 1999.
- DESDENTADO BONETE, A., MUÑOZ RUIZ, A.B.: *Protección de datos, video vigilancia y control informático en el trabajo*, Lex Nova, 2012.
- FARROLS Y SOLÁ, A.: “Introducción”, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.
- GARCÍA GARNICA, M.C.: “La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (a propósito de la STC 202/1999, de 8 de noviembre)”, *Derecho Privado y Constitución* núm. 14, 2000.
- GARCÍA MURCIA, J.: “Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de las bajas médicas”, *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional* II, 2000.
- GARCÍA VIÑA, J.: “La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario”, *Aranzadi Social* núm. 22, 2001.
- GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F.: “La regulación sobre protección de datos personales y su incidencia en el ámbito laboral”, *Aranzadi Social* núm. 21, 2001.
- GOÑI SEIN, J. L.: “Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, *Justicia Laboral* núm. 17, 2004.
- GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.
- , *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Civitas-APDCM, 2007.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: “Uso y control en la empresa de los medios informáticos de comunicación”, *Aranzadi Social* núm. 3, 2001.
- MARÍN LÓPEZ, J.J.: La normativa sobre protección de datos personales ante el control por la autoridad laboral de los tiempos de trabajo y descanso de los trabajadores, *Gómez-Acebo&Pombo*, Noticias Breves junio 2013.
- MERCADER UGUINA, J.: “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Relaciones Laborales* núm. 10, 2001.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (M. Alonso Olea y A. Montoya Melgar, dirs.), Tomo XVII (1999), Civitas, 2000.
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Convergencia y divergencia entre los Tribunales del Orden Social y la Agencia Española de Protección de Datos en materia de control informático de la prestación de trabajo (Comentario a las SSTs de 8 de marzo y de 6 de octubre de 2011)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 156, 2012.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, 1990.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987, págs. 85 y ss.
- PRADAS MONTILLA, R.: “Empresas y protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Laboral* núm. 34, 2000.
- RAMOS QUINTANA, M.: “Modelo constitucional de las relaciones de trabajo y de Seguridad Social. El impacto de la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, Ponencia presentada en las *XXV Jornadas de Derecho Social: Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Barcelona, 2014.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 101, 2000.
- “Vigilancia y control en la relación de trabajo: La incidencia de las nuevas tecnologías”, *La protección de datos de carácter personal en los centros de trabajo*, Cinca, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ TORRES, E.: “El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Relaciones Laborales* núm. 20, 1997.
- SANTIAGO REDONDO, K.M.: “Intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos de carácter personal. El art. 18 CE”, *Relaciones Laborales* núm. 1, 2014.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: “El tratamiento por la empresa de los datos personales de los trabajadores ¿un problema resuelto o caído en el olvido?”, *Aranzadi Social* núm. 16, 2005, BIB 2005\2432.
- THIBAUT ARANDA, J.: “La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales* núm. 13, 2000.

CAPÍTULO IV.

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIONES LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: ESTADO DE LA CUESTIÓN ¹

REBECA KARINA APARICIO ALDANA²

Sumario: I. Introducción; II. Uso de correo electrónico; III. Uso de correo electrónico para fines sindicales, IV. Uso de mensajería instantánea (Chat virtual); IV. Procedencia constitucional de los conflictos por uso de correo electrónico institucional para fines sindicales; V. Conclusiones; Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo reseñar cómo se viene pronunciando la jurisprudencia peruana en torno al uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Por ello, en este estudio nos abocaremos enteramente a relatar los principales pronunciamientos que sobre el tema se han sucedido en el fuero constitucional y judicial. Luego, a modo de colofón, se esbozarán algunas conclusiones, en torno a uso de estas herramientas informáticas, acordes con el principio de buena fe laboral.

II. USO DEL CORREO ELECTRÓNICO

La primera de las sentencias en donde el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el uso de las nuevas tecnologías dentro de la empresa es la contenida en el EXP.

¹ Este trabajo es una versión revisada y actualizada del artículo del mismo nombre publicado en la *Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (IUS)*, N° 5, 2013 que contenía la ponencia brindada en la Oficina de Cooperación Universitaria de Madrid con motivo de la Sesión, de 24 de mayo de 2013, del Laboratorio de Jurisprudencia Hispano Peruano.

² Doctoranda del Departamento de Derecho Privado y de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España); Máster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Abogada por la Universidad de Piura (Perú); Profesora del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Perú).

1058-2004-AA/TC, de 18 de agosto de 2004. Los hechos eran los siguientes: Rafael Francisco García Mendoza trabajador de SERPOST (para quien no lo sepa es la empresa de Correos del Perú) es despedido por haber utilizado, supuestamente, de forma indebida recursos públicos dentro del horario de trabajo habiéndose constatado el envío de material pornográfico a través de su correo electrónico personal «*Lotus notes*» utilizando para ello la computadora propiedad de la empresa.

El trabajador interpone demanda solicitando se deje sin efecto la Carta N° 505-G/02 de 21 de junio de 2002 mediante la cual se resuelve su vínculo laboral, y por consiguiente, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando. El derecho fundamental que el demandante alega es la vulneración del derecho al debido proceso laboral en tanto no se le ha permitido, desde el momento mismo de su imputación, el ingreso a la empresa lo que no le ha permitido ejercer adecuadamente su derecho de defensa³.

Más allá de los argumentos con los cuales el Tribunal fundamenta la vulneración del derecho al debido proceso laboral, básicamente asentados en que:

1. Las faltas atribuibles al trabajador no debieron ser calificadas como faltas de suficiente entidad para generar el despido, en virtud de lo contemplado en el Reglamento Interno de Trabajo de SERPOST que calificaba tales conductas como simples infracciones sólo pasibles de una sanción disciplinaria.
2. Ni la carta de imputación de cargos, ni la de despido precisan cómo la empresa arribó a la comisión de las faltas atribuidas al trabajador, ni los hechos objetivos (pruebas concretas) que respaldan tales imputaciones.
3. Se impidió al demandante hacer acopio de los datos e informaciones necesarios para elaborar sus descargos, en tanto se le prohibió la entrada a la empresa. Ello, a pesar que, el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral permite al empleador exonerar al trabajador de asistir a su centro de labores, pues el Tribunal aclara que dicha exoneración sólo opera cuando la misma no perjudique el derecho de defensa. En el caso de autos no sólo era evidente, sino necesario para la defensa del trabajador poder acceder a los elementos informáticos que le permitieran sustentar sus descargos.

Lo que interesa es que el Tribunal Constitucional peruano se percata de que, el presente caso se encuentra directamente relacionado con la protección de los derechos constitucionales del actor a la privacidad y a la reserva de sus comunicaciones, en las relaciones laborales: el saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores puede considerarse dominio absoluto de la enti-

³ Un comentario a esta sentencia en: TOYAMA MIYAGUSUKU, J. e IRUJO PAREDES, C.: “Relaciones laborales y correos electrónicos”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 44, 2011, pp. 21-32 y PUNTRIANO ROSAS, C.: “Despido por el uso indebido de correo electrónico proporcionado como herramienta de trabajo personal. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 56, 2012, págs. 171-181.

dad o empresa para la que labora, o, si por el contrario existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable. Para ello destaca los siguientes hechos:

1. Que el nuevo subgerente de Recursos humanos de la empresa solicitó la intervención de notario público con el fin de constatar la existencia de correos pornográficos almacenados en la computadora u ordenador que le había sido asignada y que anteriormente se había encontrado en posesión del trabajador Javier Arévalo.
2. Producto de esta constatación se ingresa, sin autorización, al correo electrónico personal (*Inbox Lotus notes*) del trabajador Javier Arévalo en donde se percatan de la existencia de correos electrónicos de contenido pornográfico enviados por el demandante Rafael García, supuestamente remitidos desde otra computadora u ordenador de SERPOST.

De lo dicho el Tribunal llega a las siguientes conclusiones:

1. Que no fue en la computadora del recurrente en donde se hizo la constatación notarial de los correos cuestionados sino la de un tercero.
2. Que pese a que los correos enviados pertenecían a otra persona, en este caso el Sr. Javier Arévalo, el Sub Gerente de Recursos humanos procedió *motu proprio* a abrirlos y a revisarlos, sin autorización de quien, en todo caso, era el único y excluyente destinatario de los mismos.
3. Que no existe denuncia alguna sobre el envío de los correos por parte de su verdadero destinatario, quien, en todo caso, tendría que considerarse el supuesto agraviado y no la persona que ha promovido la denuncia.
4. Además, en el momento en que la demandada procedió a revisar el ordenador del actor, hecho que se produce el mismo día en que se cursa carta de imputación de cargos y se le impide el ingreso al centro de trabajo, no se llegó a verificar técnicamente la existencia de correos originalmente remitidos desde la unidad de cómputo que le fue asignada, por lo cual, señala el Tribunal debió procederse a una investigación mucho más profunda y detallada y no a una decisión inmediata.

Teniendo en cuenta estos hechos el Tribunal señala:

1. Que, aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas

a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado.

2. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.
3. Que, la relación laboral no pueda desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores. Ahora, ello no significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones laborales de tal manera que éstas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen.
4. Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución (artículo 2.10). La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que, evidentemente, no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.
5. La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos, pues conforme lo establece

la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal.

Dicho todo esto, el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de amparo.

Otro pronunciamiento de importancia es la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 04224-2009- PA/TC, de 19 de julio del 2011⁴. Una trabajadora de la Caja Municipal de ahorro y crédito de Tacna que se desempeñaba como Jefa encargada del órgano de control institucional (OCI) es despedida por comunicarse, a través de su correo electrónico personal (*Hotmail*), con un ex trabajador brindándole información confidencial de la institución y dañando la honorabilidad del Presidente Director y de la Gerencia utilizando, para ello, la computadora u ordenador de la empresa.

Aduciendo argumentos similares a los contenidos en la Sentencia anterior, el Tribunal Constitucional declara fundado el recurso de amparo.

Quizá, la principal novedad de esta sentencia sea - dado que de la carta de despido se desprende que la emplazada usó los correos electrónicos de cuentas privadas para imputar a la trabajadora la falta grave- que el Tribunal recalque que según la Constitución los medios de prueba utilizados por la empresa carecerían de validez al haberse obtenido vulnerando el procedimiento judicial respectivo, convirtiéndose en medios de prueba ilícitos. Por ello, de conformidad con el artículo 8 del Código Procesal Constitucional - que expresa que cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes de ley - el Tribunal Constitucional remite copias al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a sus atribuciones⁵.

III. USO DE CORREO ELECTRÓNICO PARA FINES SINDICALES

Con respecto al uso del correo electrónico con fines sindicales, el pronunciamiento más resaltante sobre el tema es la Sentencia Casatoria Laboral N° 3939-2011 (Tacna), de 18 de mayo de 2012. Los hechos son los siguientes: la SUNAT (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria) implementa una serie de normas que regulan el uso del correo electrónico institucional. Así, basándose en la Resolución Jefatural 088-2003-INEI de 31 de marzo de 2003: «Normas para el uso del servicio de correo electrónico en las entidades de la Administración Pública» - que establece que el correo electrónico es una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial y no un instrumento de difusión indiscriminada de información - elabora la

⁴ Un comentario a esta sentencia en: Vid.: ULLOA MILLARES, D.: “La ratificación por el Tribunal Constitucional del Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados en una relación de trabajo”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 44, 2011, págs. 63-68.

⁵ Al respecto Vid.: PACHECO ZERGA, L.: “Poder de fiscalización y derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador”, *Soluciones Laborales*, Lima, núm. 45, 2001, pág. 46.

Circular N° 006-2008 mediante la cual se regulan las políticas y normas para el servicio del correo electrónico institucional enviando sendas cartas a los representantes sindicales en donde se les informaba de la prohibición de uso sindical del correo electrónico institucional.

Un representante sindical es sancionado porque utilizó el correo electrónico para fines sindicales, motivo por el cual dicho trabajador interpone demanda por vulneración de su derecho a la libertad sindical.

No obteniendo resoluciones favorables en primera y en segunda instancia interpone Recurso Casatorio contra la Sentencia de la Sala Superior de Tacna por inaplicación o infracción del artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497, de 15 de enero de 2010) en tanto la Sala Civil no ha motivado su sentencia desde la constitución, sino desde disposiciones normativas.

La Corte Suprema se pronuncia en base a los siguientes argumentos:

1. Que la Sala de mérito ha infringido el deber de debida motivación en tanto que los fundamentos que consideran lícita la prohibición del uso del correo electrónico para difundir información de contenido sindical han sido meramente normativos, sin tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que establece: *«Que de conformidad con lo que dispone el artículo 23 de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo: (...) Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador»*.
2. Asimismo agrega que: *«la libertad sindical en su dimensión plural también protege la Autonomía sindical, esto es, la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten. Protege, asimismo, las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos»*.
3. La Sala de mérito no analiza debidamente los alcances del artículo 28 numeral 1 de la Constitución con relación a la protección de las actividades sindicales desarrolladas por los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como de los dirigentes sindicales para el eficaz desempeño de sus funciones y, si la prohibición del correo electrónico institucional de la SUNAT para difundir, por parte de sus trabajadores, información de contenido sindical durante o fuera del horario de trabajo infringe el artículo IV del Título Preliminar y la Décima Disposición Complementaria de la Ley N° 29497 atendiendo a que los derechos laborales, individuales o colectivos, se interpretan conforme a la Constitución, a la doctrina jurisprudencial y precedentes vinculantes del

Tribunal Constitucional del Perú, los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

4. Asimismo, la Sala Superior debe analizar si resulta aplicable a esta causa los lineamientos del artículo 3.1. del Convenio N° 87 de la OIT en cuanto protege el programa de acción de las organizaciones sindicales considerándose, las acciones de difusión de información sindical eficaz, un beneficio de los trabajadores, norma que ha sido acogida por el artículo 28.1 de la Constitución y que no ha sido considerada por la Sala de mérito al momento de motivar su sentencia.
5. Por último, la Sala Suprema, a modo de ejemplo de cómo se debe proceder, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 281/2005⁶ que delimitó el uso del correo electrónico interno por los representantes sindicales de una empresa (Banco BBVA) concluyendo que dicho correo es un medio eficaz para la comunicación de la información de contenido sindical y que no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental a la libertad sindical, la negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados⁷.

En conclusión, la Sala Suprema, por las deficiencias en la motivación descritas declara fundado el recurso de casación y nula la sentencia de la Sala Superior quien debe emitir nuevo pronunciamiento conforme a sus lineamientos, exhortando a la Sala de mérito a efectuar la ponderación de los derechos constitucionales y legales de los trabajadores.

⁶ STC 281/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 281).

⁷ Existe abundante desarrollo doctrinal respecto de esta sentencia: Vid.: COTINO HUESO, L.: “Nuestros jueces y Tribunales ante internet y la libertad de expresión. El estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, L. (Coord.): *La libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “El uso sindical de los medios informáticos en la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 5-6, 2009; CUENCA ALARCÓN, M.: “La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 5-6, 2009; MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. En el Perú, respecto al uso del correo electrónico corporativo por parte de los sindicatos, ACEVEDO MERCADO afirma: «en España mediante convención colectiva sectorial, se ha concluido que no puede privarse de modo absoluto el uso del correo electrónico institucional a las organizaciones sindicales». No obstante, «se establece que el poder de dirección del empleador lo faculta para establecer límites a dicho uso, tales como medidas de vigilancia y control, con grados de intensidad o rigidez variables». Vid.: ACEVEDO MERCADO, J.L.: “Derecho Sindical y uso de correo electrónico institucional”, *Gaceta Constitucional, Lima*, núm. 72, 2013, págs. 171-172.

IV. PROCEDENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS CONFLICTOS POR USO DE CORREO ELECTRÓNICO INSTITUCIONAL PARA FINES SINDICALES

Debido a que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria implanta una política de prohibición del uso del correo electrónico corporativo para fines sindicales sancionando a los trabajadores que lo utilizaran con este objeto, el Sindicato Nacional de Unidad de los Trabajadores de la SUNAT (SINAUT), interpone demanda de amparo contra la administración tributaria, solicitando el cese inmediato de la vulneración de su derecho a la libertad sindical y que consecuentemente se abstenga de sancionar a sus afiliados y dirigentes sindicales por el uso del correo electrónico institucional con fines sindicales, se ordene a la entidad emplazada a autorizar el uso de dicho correo con tales fines y se declare la nulidad de las sanciones de amonestación escrita impuesta a dos de sus dirigentes por haber utilizado el correo electrónico de la institución para difundir actividades del quehacer sindical.

Refiere el sindicato demandante que sus afiliados y dirigentes sindicales han venido haciendo uso del correo electrónico institucional para fines sindicales con normalidad y pleno conocimiento de la SUNAT; que, sin embargo, el 8 de setiembre de 2010, la demandada remite al sindicato la Carta N.º 150-2010-SUNAT/2F3000, recordando a todos los miembros del sindicato que el referido correo electrónico es una herramienta de trabajo que debe utilizarse para actividades relacionadas con el cumplimiento de las funciones asignadas, misiva que en concreto se ha traducido en la prohibición por parte de la SUNAT del uso del correo electrónico como medio de comunicación entre sus afiliados para fines sindicales, lesionando tanto el derecho a la libertad sindical en su aspecto colectivo, pues impide que el ente sindical cumpla con sus fines de defensa de los intereses de los trabajadores, como el derecho a la libertad sindical en su vertiente individual de dos de sus dirigentes, al haberlos sancionado por haber hecho uso de dicha herramienta de comunicación en el ámbito de las relaciones laborales.

Interpuesta la demanda de amparo, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declaró improcedente *in limine* la demanda por estimar que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el amparo no es la vía idónea para el conocimiento de causas en las que exista controversia compleja. Ello, en virtud de que, en el caso de autos, se requiere de estación probatoria para establecer los hechos materia de reclamo, tales como determinar si los correos electrónicos cursados por el sindicato demandante contienen motivos sindicales u otros motivos que afecten el desempeño laboral. Además afirma que el hecho de que la demanda haya sido planteada por un sindicato no implica necesariamente que verse sobre un conflicto vinculado al ejercicio de la libertad sindical, para habilitar su urgente debate en sede constitucional. La Sala revisora confirma la apelada con un argumento similar.

El Tribunal Constitucional, por el contrario, en Resolución recaída sobre el EXP. N.º 03427-2012-PA/TC, de 19 de junio de 2013, no comparte la posición asumida por

las instancias judiciales por cuanto el proceso de amparo es procedente para determinar si se produjo, o no, la vulneración del derecho a la libertad sindical alegado por el Sindicato recurrente. Por ello, a fin de proteger el ejercicio del derecho de defensa de la entidad emplazada y para poder confrontar los medios probatorios que presenten ambas partes, se debe estimar el recurso de agravio constitucional, revocar el auto impugnado y ordenar que el juez de primera instancia proceda a admitir la demanda, toda vez que al rechazarse ésta liminarmente se ha incurrido en error.

V. USO DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA (CHAT VIRTUAL)

Las dos últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre el uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales no se refieren a la utilización del correo electrónico sino a mensajes extraídos de chat virtual.

Ambos pronunciamientos recaídos el 10 de enero de 2012, el contenido en el EXP. 03599-2010- PA/TC y el que obra en el EXP. 00114-2011- PA/TC se refieren a procesos de amparo interpuestos contra la misma empresa que contienen los mismos hechos y se resuelven de forma idéntica. En ellos, unos trabajadores de Telefónica del Perú fueron despedidos por la utilización indebida de bienes de la empresa, en concreto, del comando de mensajería instantánea que se le había brindado para desempeñar sus funciones. Los trabajadores alegan violación del derecho al secreto de las comunicaciones y, por ello afirman que las pruebas en las que se asientan tales imputaciones no pueden considerarse pruebas válidas.

Dado que se declara por mayoría fundada la demanda es necesario destacar los distintos argumentos de los magistrados del Tribunal Constitucional siendo estos los siguientes⁸:

1. Magistrado MASÍAS RAMÍREZ: El comando de mensajería instantánea que proporciona el empleador a sus trabajadores es una forma de comunicación que al igual que la correspondencia se encuentra protegido por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en tanto puede incluirse dentro conceptos de vida privada y de correspondencia por lo que se encuentra protegido, por el artículo 2.10 de la Constitución Política.

En este sentido, el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de las conversaciones contenidas en los programas de mensajería instantánea que le haya proporcionado al trabajador, así como interceptarlos, intervenirlos o registrarlos pues ello vulnera el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. La única forma de acreditar que el trabajador utiliza inadecuadamente los servicios de mensajería sería iniciar una investigación de tipo judicial.

⁸ También puede encontrarse una exposición resumida de dichos argumentos en: Vid.: DE LAMA LAURA, M.G.; "El uso sindical del e- mail laboral. Comentario a un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema", *Soluciones Laborales*, Lima, núm. 57, 2012, pág. 110.

Por ello -en razón de que la sociedad emplazada interceptó las conversaciones personales mantenidas entre los actores con otros trabajadores de contenido sexual y soez que obran en el servicio de mensajería instantánea *Net Send* que les bridó la empresa, sin que exista una resolución judicial que autorice dicha intervención- el despido de los demandantes vulnera el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues las pruebas que justifican y sustentan el despido son pruebas prohibidas que no pueden ser utilizadas o valoradas por haberse obtenido inconstitucionalmente, razón por la cual se debe estimar la demanda.

2. Magistrado CALLE HAYEN: Sostiene argumentos parecidos al anterior magistrado afirmando la existencia de una violación del secreto de las comunicaciones y, en consecuencia, la ilegalidad e ilicitud de las pruebas obtenidas. Pero, pese a lo dicho se detiene a analizar si la falta cometida por los actores y la sanción recibida, el despido, son adecuadas.

Afirma que las actividades que le han sido atribuidas a los trabajadores, si bien aparecen en el artículo 50 del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa que dispone: *«En caso de proporcionarle, la empresa, al trabajador acceso a un terminal de computo u ordenador personal este queda obligado a usar el mismo y sus equipos periféricos (...) con fines exclusivamente laborales y para actividades relacionadas con los fines de la empresa y específicamente para la relación de tareas que le han sido encomendadas»*; no especifica, si se trata de una falta grave o leve, ni la sanción que debe imponerse ante la comisión de la misma. Por ello, dada la inexistencia de dicha calificación no puede aplicarse directamente el despido, sin perjuicio de que la empresa empleadora pueda aplicar medidas correctivas siguiendo los principios *pro hominen*, *induvio pro operario*, el derecho al debido proceso, razonabilidad y proporcionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional.

Asimismo recalca que la carta de despido se remitió dos meses después de haberse conocido la comisión de la falta configurándose una clara vulneración del principio de inmediatez, pues, si bien es cierto, reiterada jurisprudencia señala que este principio se configura desde que el trabajador toma conocimiento de las faltas cometidas con la carta de imputación de cargos que le remite el empleador hasta el final de la investigación; en el presente caso, la empresa realizó la investigación, sin que los recurrentes sean informados, es decir, de forma unilateral, obteniendo datos irregularmente e ingresando a información de carácter privado utilizando medios no válidos. Por todo ello, declara fundada la demanda.

3. Magistrado ETO CRUZ: Concluye que para que se configure el secreto de las comunicaciones no es suficiente que dicha comunicación se haya realizado mediante un medio físico o técnico, sino que es necesario que dicho medio haya sido utilizado con el objeto de efectuar una comunicación destinada a una persona en particular o a

un grupo cerrado de participantes y que, adicionalmente a ello, se realice por medios que objetivamente hagan presumir a una persona que la comunicación se mantendrá en secreto. Estos elementos son los que configuran una «*expectativa de secreto o confidencialidad*».

En el caso de las relaciones laborales, cuando la empresa otorga a sus trabajadores determinados medios técnicos, como correo electrónico corporativo o el chat interno, con el objeto que sea utilizado para fines laborales, el trabajador no puede deducir, objetiva y razonablemente, que dicho medio técnico cuente con la garantía de secreto o de confidencialidad, pues ni el medio le pertenece, ni le ha sido entregado con otros fines que queden fuera de la esfera de los intereses del empleador, por ello, difícilmente, puede darse una expectativa razonable de secreto o de confidencialidad.

Sin embargo, al existir cierta presencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos facilitados a los trabajadores por la empresa, este hábito puede generar en el trabajador una expectativa razonable de secreto o confidencialidad de las comunicaciones entabladas a través del chat personal o el *e-mail* laboral. Por ello resulta imperioso que el empleador explicita por escrito y a través de medios de información idóneos, sus políticas respecto al uso exclusivamente laboral de los recursos informáticos de la empresa y la posibilidad de efectuar controles que sean necesarios para verificar el adecuado uso de dichos medios. Cuando el empleador adopte estos recaudos no habrá generado en el trabajador ninguna expectativa de secreto o confidencialidad sobre las comunicaciones efectuadas, a través de recursos informáticos de la empresa, por lo que dichas comunicaciones no se encontrarán protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones.

Ahora, según el magistrado no existe en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa ninguna alusión al uso de las tecnologías de la información por parte de los trabajadores, ni de la formas de utilización de las mismas, ni de la capacidad de fiscalización, ni menos aún de las sanciones correspondientes para su uso indebido. Dicha ausencia generó en los trabajadores una expectativa de secreto y de confidencialidad de las comunicaciones realizadas por el chat o el servicio de mensajería interno de la empresa y, por lo tanto, dichas comunicaciones sí se encontraban protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones. Por ello declara fundada la demanda de amparo⁹.

4. Magistrado ÁLVAREZ MIRANDA: Señala que las cuentas proporcionadas por el empleador al estar vinculadas al dominio de la empresa deben ser utilizadas para usos estrictamente laborales. El empleador estará legitimado para velar por su

⁹ Los argumentos que sostiene el Dr. ETO CRUZ encuentran su fundamento en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 26 de septiembre de 2007. En el Perú presentan un resumen de esta Sentencia: GAMBOA RODRÍGUEZ, F. y MORACHINO LOZADA, M.: “¿Soñó Henry Ford con dirigir un panóptico? Uso y control de las herramientas tecnológicas en el centro laboral”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 44, 2011, págs. 72-73.

correcto uso, no sólo porque su marca o nombre comercial podría perjudicarse al involucrarse en problemas no deseados, sino porque incluso podría comprometerse al empleador en litigios, tanto de naturaleza contractual como extracontractual. Por ello no debe asimilarse mecánicamente el tratamiento de las cuentas privadas a la laborales, en tanto los sistemas informáticos entregados a los trabajadores son herramientas de trabajo y, por lo tanto, no se puede deducir que se haya generado una expectativa razonable de confidencialidad, más aún cuando el artículo 14 del Reglamento Interno de Trabajo estipula que los bienes de la empresa no pueden ser utilizados para fines distintos a los señalados al momento de su asignación. Por ello considera que debe declararse INFUNDADA la demanda.

5. Magistrado URVIOLA HANI: Destaca, que pese a que el Magistrado ETO CRUZ afirma la inexistencia en el Reglamento Interno de Trabajo de disposiciones al respecto, en dicha norma interna existen varios artículos que podían servir de sustento para considerar que los trabajadores no contaba con una expectativa razonable de secreto y confidencialidad, por lo que las herramientas informáticas entregadas por el empleador a sus trabajadores deben ser utilizadas para fines vinculados a la labor que realiza el trabajador y no para conversaciones durante el horario de trabajo que nada tienen que ver con la labores realizadas por las demandantes. En conclusión, para este magistrado debe desestimarse la demanda.

Atendiendo a lo resuelto por los Tribunales se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. En el caso de las dos primeras sentencias dado que se refieren al uso de correos personales, a través del ordenador de la empresa, al no ser las cuentas de correo un bien entregado por el empleador para fines laborales no pueden, en principio, ser objeto de control o vigilancia. El empleador tendrá que solicitar, para realizar tales actividades, autorización judicial para acceder a esa correspondencia, tal como establece la normativa constitucional.
2. En lo que respecta al uso del correo electrónico por parte de representantes sindicales la Sentencia Casatoria en realidad no se ha sentado posición clara al respecto en tanto se pronuncia en torno a la vulneración del debido proceso material por parte de la Sala mérito pues considera que ella no realiza una interpretación desde la constitución. Sin embargo, parece intuirse una opinión favorable al sacar a colación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español contenido en la STC 281/ 2005, de 7 de noviembre.
3. El Tribunal Constitucional tampoco se ha pronunciado aún sobre el fondo del asunto, lo que sí ha quedado claro con la emisión de la Resolución Exp. N° 03427-2012-PA/TC, de 19 de junio de 2013, es que el Tribunal Constitucional es competente para conocer los casos de uso del correo electrónico corporativo para fines sindicales, con el fin de determinar si se produjo o no una

vulneración al derecho a la libertad sindical de los miembros del sindicato recurrente.

4. En lo que se refiere al uso del servicio de mensajería (*chat*): las opiniones están divididas los dos primeros magistrados del Tribunal Constitucional defienden que, en cualquier caso, los trabajadores cuentan con protección al derecho al secreto de las comunicaciones y, por ello, la intromisión realizada por la empresa vulnera este derecho fundamental. Los dos últimos, por el contrario, sostienen que dado que los sistemas son de propiedad del empleador, los trabajadores no pueden alegar una expectativa razonable de secreto, encontrándose facultada la empresa para realizar tales controles.

El problema surge con el voto del Dr. ETO CRUZ, en tanto sus argumentos van encaminados a que los trabajadores no cuentan con una expectativa razonable de confidencialidad cuando el empleador disponga expresamente el uso laboral de los sistemas informáticos y les informe de los posibles controles a los que podrían ser sometidos concluyendo que, en tanto el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa no decía nada al respecto existía en la trabajadora una expectativa razonable de confidencialidad. Sin embargo, parece ser que no ha tenido en cuenta que el Reglamento Interno de Trabajo, sí contenía disposiciones respecto al uso exclusivo de tales medios para fines laborales, aunque no puede negarse el vacío normativo en torno a la posibilidad de controles sobre tales sistemas y equipos. Por ello, queda la duda sobre cuál habría sido el pronunciamiento del Magistrado ETO CRUZ si hubiera tenido en cuenta lo establecido en el Reglamento Interno de Trabajo.

5. Por otro lado, se considera que para el cumplimiento, sin inconvenientes, del deber de buena fe de trabajadores y empleadores en torno al uso del ordenador o computadora es necesario que el empresario comunique o establezca previamente las reglas de uso de estos medios¹⁰. De tal forma que si comunica a los trabajadores el uso exclusivo de los ordenadores para fines laborales,

¹⁰ Sobre la necesidad de establecer reglas de uso de los medios informáticos en la empresa, DEL REY GUANTER destaca que las instrucciones sobre el uso de las nuevas tecnologías puede hacerse a través de «Códigos de conducta», que tienden a establecer instrucciones detalladas al respecto. Los códigos de conducta son elaborados generalmente unilateralmente por el empresario en ejercicio de su poder de dirección, aunque no se descarta determinado grado de consulta o consenso con los representantes de los trabajadores. La regulación unilateral, cuando se refiere exclusivamente a la utilización de medios telemáticos, señala REY GUANTER no parece jurídicamente cuestionable, en tanto que estamos ante la utilización por los mismos de un instrumento de organización del trabajo. Vid.: DEL REY GUANTER, S. «Relaciones laborales y nuevas tecnologías: reflexiones introductorias», en DEL REY GUANTER, S. (Dir.) y LUQUE PARRA, M. (Coord.): *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005, p. 6. En el mismo sentido, ROLDAN MARTÍNEZ y HERREROS LÓPEZ, señalan que la empresa puede elaborar «reglas de uso de los medios informáticos con aplicación de prohibiciones absolutas y parciales». Vid.: ROLDAN MARTÍNEZ, A. y HERREROS LÓPEZ, J.M.: «El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Pamplona, núm. 11, 2008 (BIB 2008\2116).

lo contenido en los mismos o en sus sistemas de almacenamiento no puede considerarse protegido por el derecho de secreto a las comunicaciones. Lo mismo puede suceder en el caso de que el ordenador o computadora sea de uso común de varios o de todos los trabajadores de la empresa¹¹.

6. En el caso de correos electrónicos o *chats* corporativos en los cuales para su uso el empresario ha permitido a los trabajadores colocar una contraseña, existirá, por parte del trabajador, una expectativa razonable de confidencialidad, si la empresa en momento alguno, comunica a los trabajadores la posibilidad de controles sobre el contenido. De existir tal disposición, sobre la revisión de contenidos de correos electrónicos es posible que la empresa realice tales controles, sin que por ello vulnere el secreto a las comunicaciones.
7. Todo esto, sin perjuicio que la empresa realice controles sobre el uso de los sistemas informáticos que asigne a los trabajadores a través de medios menos invasivos. Por ejemplo, aquellos que le permiten conocer cuánto tiempo utiliza el chat o el número de correos electrónicos que recibe, etc¹².
8. Mucho de lo dicho se encuentra recogido en la Proyecto de Ley N° 4345-2010-PE¹³ elaborado por el Ejecutivo y remitido al Legislativo con fecha 05 de octubre de 2010¹⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO MERCADO, J.L.: “Derecho Sindical y uso de correo electrónico institucional”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 72, 2013.
- COTINO HUESO, L.: “Nuestros jueces y Tribunales ante internet y la libertad de expresión. El estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, L. (Coord.): *La libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- CUENCA ALARCÓN, M.: “La recepción de información sindical a través de medios informáticos de la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 5-6, 2009.
- DE LAMA LAURA, M.G.: “El uso sindical del e- mail laboral. Comentario a un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema”, *Soluciones Laborales*, Lima, núm. 57, 2012.
- , “Nuevas Tecnologías en la empresa y los derechos fundamentales “inespecíficos” del trabajador”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 36, 2011.

¹¹ La última sentencia del Tribunal Constitucional Español hace referencia expresa al uso común del ordenador. Vid.: STC 241/2012, de 17 de noviembre (RTC 2012, 241).

¹² Sobre métodos menos invasivos de control de los medios informáticos de la empresa. Vid.: SEMPERE NAVARRO A.V. Y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 91.

¹³ Disponible en página web del CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>, última revisión el 08 de junio de 2014.

¹⁴ Un desarrollo al respecto: Vid.: DE LAMA LAURA, M.G.: “Nuevas Tecnologías en la empresa y los derechos fundamentales « inespecíficos»” del trabajador, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 36, 2011, págs. 291-294.

- DEL REY GUANTER, S.: “Relaciones laborales y nuevas tecnologías: reflexiones introductorias”, en DEL REY GUANTER, S. (Dir.) y LUQUE PARRA, M. (Coord.): *Relaciones laborales y nuevas tecnologías*, La Ley, Madrid, 2005.
- GAMBOA RODRÍGUEZ, F. y MORACHINO LOZADA, M.: “¿Soñó Henry Ford con dirigir un panóptico? Uso y control de las herramientas tecnológicas en el centro laboral”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 44, 2011.
- MARÍN ALONSO, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- PACHECO ZERGA, L.: “Poder de fiscalización y derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador”, *Soluciones Laborales*, Lima, núm. 45, 2001.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “El uso sindical de los medios informáticos en la empresa”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 5-6, 2009.
- PUNTRIANO ROSAS, C.: “Despido por el uso indebido de correo electrónico proporcionado como herramienta de trabajo personal. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 56, 2012.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A. y HERREROS LÓPEZ, J.M.: “El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Pamplona, núm. 11, 2008.
- SEMPERE NAVARRO A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. e IRUJO PAREDES, C.: “Relaciones laborales y correos electrónicos”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 44, 2011.
- ULLOA MILLARES, D.: “La ratificación por el Tribunal Constitucional del Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados en una relación de trabajo”, *Gaceta Constitucional*, Lima, núm. 44, 2011.

CAPÍTULO V.

EL DESPIDO DISCIPLINARIO SIN CAUSA Y LA CAUSA EN LOS DESPIDOS ECONÓMICOS: UN DISTORSIONANTE PUNTO DE ENCUENTRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

PILAR CHARRO BAENA¹ Y LOURDES MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE²

Sumario: **I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. EL DESPIDO INCAUSADO O *AD NUTUM* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.** 1. Principio general: causalidad del despido disciplinario. 2. El despido disciplinario o *ad nutum* en el ordenamiento jurídico español. 3. El despido disciplinario como instrumento para ajuste de plantillas: el despido “expres”. **III. LA CAUSA EN LOS DESPIDOS TRAS LA REFORMA DE 2012.** 1. La reforma del régimen jurídico del despido colectivo: alcance y objetivos perseguidos. 2. Las causas en el despido colectivo. 2.1. La identificación de las causas. 2.2. El papel central de las causas y la eliminación de la conexión de causalidad. 3. El papel de los Tribunales en el control de las causas del despido colectivo. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Siendo uno de los objetivos principales del Laboratorio Hispano-Peruano de Jurisprudencia Laboral, origen de esta publicación, propiciar el diálogo sobre cuestiones actuales del Derecho Laboral y facilitar el debate libre y constructivo sobre los puntos de encuentro, y por qué no decirlo, también sobre las divergencias del régimen jurídico y su interpretación por los Altos Tribunales de ambos países de algunas de las ins-

¹ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

² Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

tuciones más relevantes de la relación laboral, no podría faltar el estudio del despido del trabajador.

En efecto, el despido, como causa de extinción del contrato de trabajo, es una de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo. Sin embargo, en los últimos años, indudablemente propiciado por la crisis económica que afecta a muchos países de nuestro entorno, ha recobrado una inusitada atención por parte del legislador, de los tribunales y, obviamente asimismo, de los estudiosos de esta disciplina.

España se ha convertido en un “laboratorio” de excepción. La intensa crisis económica ha afectado de manera fundamental al mercado de trabajo, alcanzándose cifras elevadísimas, inaceptables se diría, de desempleo: en agosto de 2014, se cifraba en un 24,4% (23,4% hombres y 25,4% mujeres, tasa que se elevaba hasta el 53,7% en menores de 25 años (55,4% hombres y 51,7% mujeres). En una economía como la española tan intensiva en trabajo, la drástica desaceleración del crecimiento de la economía se ha traducido en una contracción de la demanda de trabajo, y la población trabajadora ha sido duramente castigada por el desempleo, poniendo de relieve las debilidades, entre otras cuestiones, del modelo laboral. En nuestra historia reciente, España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas. A aquellas altas tasas de desempleo, se añade la circunstancia de que los problemas del mercado de trabajo español, lejos de ser coyunturales, se caracterizan por su carácter estructural, por lo que afectan a los fundamentos mismos del modelo sociolaboral español.

Y gran parte de la culpa de esta situación, ya se adelanta, se hace recaer en la legislación laboral o, más precisamente, en el modelo de relaciones laborales, a pesar de las sucesivas reformas -en la mayoría de los casos de gran envergadura- que se han llevado a cabo desde que en 1980 se aprobara el Estatuto de los Trabajadores, mediante la Ley 8/1980, de 10 de marzo (en adelante, ET), respondiendo al mandato constitucional contenido en el artículo 35.2³.

No es momento para detenerse en la justificación de las últimas reformas laborales en España (la llevada a cabo por RD-Ley Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y Ley 3/2012, de 6 de julio, y con el mismo título, pero también las realizadas en 2010 y 2011). Por motivos de espacio, baste aludir someramente a la Reforma Laboral 2012, y así en la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 se pone de manifiesto que “la crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español”, y que “los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas que han analizado

³ “La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

nuestra situación, por los mercados internacionales que contemplan la situación de nuestro mercado de trabajo con enorme desasosiego⁴.

En suma, se hace culpable, no exclusivo pero sí principal, al sistema de relaciones laborales vigente desde la época democrática; más en concreto, a la rigidez de su régimen jurídico -ese mismo que permitió a España un modelo de crecimiento que demandó más de 5 millones de nuevos puestos de trabajo entre los años 1998 y 2010-. Y, sin duda, una de las rigideces de la legislación laboral se achacaba a la regulación legal del despido individual y colectivo. Por ello, las últimas reformas laborales llevadas a cabo en los últimos tiempos por el ordenamiento jurídico español, pero fundamentalmente desde el año 2010, han afectado sobre todo al despido, tanto en su vertiente individual como colectiva.

Para centrar el tema objeto de este capítulo, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que ordenamiento jurídico español contempla distintas medidas para que el empleador pueda ajustar sus plantillas a la realidad socioeconómica de la empresa y del mercado laboral. Aquél arbitra medidas que se han venido en denominar, de flexibilidad interna y externa. Las primeras, entendidas como un modo de gestionar la fuerza de trabajo de forma que sea capaz de hacer frente a los cambios y necesidades productivas, comprenden medidas sobre calificación profesional y movilidad funcional (art. 39 ET), tiempo de trabajo (art. 34 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensiones del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y reducciones de jornada por los mismos motivos (art. 47 ET) y descuelgue de convenios colectivos sectoriales (art.82.3 y 85.2.c) ET). Entre las segundas, se encuentran los llamados despidos colectivos (art. 51 ET) y despidos individuales o plurales (art. 52.c) ET), todos ellos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Las sucesivas reformas de la legislación laboral española de las últimas décadas han seguido un patrón similar. Siempre con el objetivo de incrementar el nivel de empleo y evitar la destrucción de puestos de trabajo, han apostado, con mayor o menor profundidad o acierto, por incrementar la flexibilidad interna -ampliando las facultades empresariales de gestión de la relación laboral como alternativa al despido y a la reestructuración de las empresas y favorecer la flexibilidad de entrada o salida -facilitando y animando la contratación temporal y la extinción de los contratos-. Ciertamente, lo que el legislador confiesa perseguir es la flexiseguridad, pero el debate acerca de si efectivamente se consigue ese equilibrio buscado sería objeto de otro capítulo⁵.

⁴ BOE 7 julio 2012.

⁵ El punto II de la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 señala que “La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc. El objetivo es la flexiseguridad”.

Sea como fuere, a los efectos que ahora interesan, en la Reforma Laboral de 2012 la flexibilidad interna se presenta como alternativa de la flexibilidad de salida, como una solución menos traumática a las extinciones contractuales. Pero el recurso empresarial a medidas de flexibilidad interna ha sido escaso; la flexibilidad interna como alternativa a la externa no ha acabado de penetrar en la cultura empresarial española, que se ha seguido mostrando favorable en situaciones de crisis a los ajustes por vía extintiva.

Centrándonos entonces en los ajustes de plantilla por causas económicas⁶, durante muchos años se viene utilizando incorrectamente los mecanismos establecidos por el ordenamiento español para actuar frente a las crisis de empresas, enquistándose de tal forma que las sucesivas reformas no han conseguido corregirlo. Se habla de que en un 80% de las ocasiones, el empresario prefiere acudir al despido disciplinario improcedente (por falta de causa) antes que a las vías previstas *ad hoc* para las crisis de empresa o reestructuración de plantillas. Probablemente el hecho de que la regulación de las medidas para afrontar las situaciones de crisis en nuestro ordenamiento laboral sea asistemática, que no se establezca una prelación entre las medidas a adoptar y que tampoco estén suficientemente claras las reglas de juego para acudir a una extinción por causas económicas, haya propiciado ésta viciada actuación empresarial⁷.

En las páginas que siguen se abordará la cuestión del despido incausado y el despido económico como instrumentos de ajuste de plantillas en supuestos de crisis empresariales.

II. EL DESPIDO INCAUSADO O *AD NUTUM* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Sentado que el ordenamiento jurídico-laboral español prevé mecanismos para que el empleador pueda utilizar la vía extintiva en una difícil situación económica (la extinción del contrato de trabajo se posibilita mediante los despidos objetivos económicos y los despidos colectivos -EREs-), no tendría sentido hablar del despido

⁶ Se utiliza el término “económicas” en un sentido amplio que podría incluir también las causas técnicas, organizativas o de producción, como reza el art. 51 ET para justificar el llamado despido, aunque obviamente existen diferencias entre las distintas causas, y así la norma laboral señala que “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

⁷ UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.; APARICIO ALDANA, R.K.: “El despido *ad nutum*, como medida inconstitucional de reestructuración laboral”. RTSS.CEF núm. 380, 2014, pág. 5.

disciplinario como instrumento para ajuste de plantilla. Sin embargo, la realidad es otra. Como se ha dicho anteriormente, hay una clara preferencia por utilizar los instrumentos extintivos antes que modificar los contratos de trabajo, y entre las medidas extintivas, acudir al despido disciplinario antes que a los específicamente previstos para las causas económicas.

1. Principio general: causalidad del despido disciplinario

Si se examina el artículo 49 del ET, se comprobará cómo las causas de extinción aparecen tasadas, lo que supone que para la válida resolución es necesaria la concurrencia de una causa legalmente determinada.

Al menos en el plano teórico, el ordenamiento jurídico laboral español no admite la libre resolución contractual por la mera voluntad empresarial. No así cuando la decisión de dar por finalizada la relación laboral parte del trabajador, cuya facultad resolutoria ostenta en virtud de la prerrogativa de desistimiento sin causa, esto es, la dimisión, que le reconoce el artículo 49.1 d) ET⁸. Con la única excepción del período de prueba, que supone un privilegio excepcional para el empresario para resolver el contrato sin necesidad de alegar justa causa, la resolución por voluntad del empresario, a diferencia del desistimiento por voluntad del trabajador, debe ser siempre causal⁹.

La causalidad de la extinción contractual se ve reforzada por las previsiones contenidas en el Convenio núm. 158 OIT de 1982, ratificado por España el 18 de febrero de 1985¹⁰, que en su artículo 4 establece que: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Esta previsión ha de completarse con lo previsto en los artículos 5 y 6 del mismo Convenio, que delimitan las causas que no serán justificativas del término de la relación laboral.

La causalidad se encuentra vinculada a la función connatural del Derecho del Trabajo al proteger al trabajador, como parte contratante más débil, ante una medida arbitraria o discrecional del empleador que puede provocar la pérdida del empleo. La causa en relación con el despido constituye un elemento esencial para la seguridad jurídica, siendo al tiempo una exigencia mínima del principio de estabilidad en el empleo¹¹.

⁸ Art. 49 ET: “1. El contrato de trabajo se extinguirá: [] d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar”.

⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, *Revista de Derecho Social* núm. 46, 2007, pág. 98.

¹⁰ BOE de 29 de junio de 1985, y vigente en el ordenamiento jurídico español desde el 26 de abril de 1986. Este Convenio se completa con la Recomendación núm. 166, del mismo año y misma rúbrica.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo único”. *Relaciones Laborales* núm. 10, 2009, pág. 111 y ss.

Y así se ha pronunciado reciente el Tribunal Constitucional en el Auto de 12 de febrero de 2014, para quien tanto las exigencias constitucionales como los compromisos internacionales imponen una limitación al despido, que se debe sujetar a condiciones de forma y fondo para su licitud. Ahondando en esta idea, reconoce que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se configura, en su vertiente individual -como ya adelantara tempranamente en 1981¹²-, como el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin justa causa; otra cosa vaciaría de su función tuitiva esta rama del ordenamiento jurídico.

En suma, la función garante de la causa permite controlar la oportunidad del despido disciplinario.

2. El despido disciplinario o *ad nutum* en el ordenamiento jurídico español

Lo manifestado en el epígrafe anterior significa que, formalmente, en nuestro sistema jurídico no se admite la legitimidad de un despido sin causa o despido *ad nutum*, sino que se consagra el principio de justificado motivo.

Sin embargo, si se analizan los efectos o las consecuencias del despido disciplinario se comprobará que quizá esa primera impresión no se corresponda con la realidad.

Aunque pueda resultar en exceso descriptivo y resumido, para demostrar la afirmación anterior resulta imprescindible recordar que, tratándose de un despido disciplinario, el artículo 55 ET es el que establece que el éste “será calificado como procedente, improcedente o nulo”:

- Se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.
- Será improcedente en dos circunstancias: a) cuando el empresario no pueda probar o demostrar en el proceso judicial las causas que le han sido imputadas al trabajador como razones de la extinción de la relación laboral¹³; y b) cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el propio ET. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo

¹² STC 11/1981, de 2 de julio. F.J. 8º.

¹³ Ahora bien, cuando dicha extinción tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, será considerado nulo.

inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades¹⁴. Solo en caso de que se opte por la readmisión, según estableció la Reforma Laboral de 2012, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación.

- Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. También será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión por maternidad, y el de los trabajadores y trabajadoras durante el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral¹⁵ o de los derechos laborales que se reconocen a las víctimas de violencia de género¹⁶.
- El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

Como se comprueba tras esta rápida exposición de las coordenadas básicas del despido disciplinario y sus efectos, la ausencia de causalidad del despido provoca la declaración de improcedencia, no de nulidad, suavizándose en extremo las consecuencias del despido incausado. Salvo, claro está, aquellos casos propios de despido inducido o provocado por el empresario que vulnerase derechos fundamentales del trabajador, que el despido habrá de declararse nulo. A este respecto hay que traer a colación que el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2014, al que antes se aludía, afirma -como lo había manifestado con anterioridad la jurisprudencia y la doctrina judicial- que en el ordenamiento jurídico español es el legislador ordinario quien, de conformidad, con lo dispuesto en el artículo 158 OIT, dispone los efectos que conlleva la declaración de improcedencia del despido, y el pago de una indemnización es una posibilidad válida de reacción ante una extinción injustificada¹⁷.

¹⁴ El monto de la indemnización se ha visto reducido por mor del RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, pues con anterioridad a la reforma se preveía una indemnización de 45 días de salario por año de servicios, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, con el máximo de 42 mensualidades.

¹⁵ Esto es, durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o durante el ejercicio de los permisos de lactancia, por nacimiento de hijo prematuro o la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor de doce años o un familiar que no pueda valerse por sí mismo, o excedencia por cuidado de hijo o familiar.

¹⁶ El ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.

¹⁷ Art. 10 del Convenio 158 OIT: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador,

Desaparecida la posibilidad de que un despido disciplinario que esté desprovisto de causa sea declarado nulo, por fraudulento, aunque expresamente nuestro ordenamiento jurídico no admita el despido *ad nutum* no queda más remedio que reconocer que *de facto* es más que una eventualidad o posibilidad. No se puede más que comparar las manifestaciones que realiza con cierta ironía SEMPERE NAVARRO de que la lista de las causas extintivas contenidas en el artículo 49 ET resulta, a efectos prácticos, completada por otra que responde a la siguiente formulación virtual: “*Por la voluntad del empresario, mediando el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente y salvo que el supuesto debiera de calificarse como despido nulo*”¹⁸.

3. El despido disciplinario como instrumento para ajuste de plantillas: el despido “exprés”

El despido disciplinario -pactado o no- se viene arbitrando en la práctica como una vía de extinción contractual aun cuando existiese una causa económica que justificase la utilización de los instrumentos legales *ad hoc* por las dificultades que el legislador preveía tanto en el plano procedimental como el sustantivo para llevar a cabo el despido económico. Además, habría de añadirse la inseguridad que pesaba sobre la calificación final de las decisiones extintivas como consecuencia de unas causas definidas de forma confusa, contradictoria y poco realista. Ante la idea de que la Autoridad Laboral solo iba a autorizar los despidos colectivos por razones económicas o empresariales si existía acuerdo con los representantes de los trabajadores, los empresarios negociaban con éstos indemnizaciones muy superiores a la legalmente exigida (20 días); algún autor ha señalado que los despidos colectivos bordeaban una indemnización de 50 días de salario por año de servicio¹⁹.

A ello contribuían, desde luego, las consecuencias que se anudan a la declaración de improcedencia del despido disciplinario y a la imposibilidad, con la ley en la mano, de declarar nulo el despido carente de causa. Aun concurriendo una causa económica cierta, al empresario le resultaba más fácil y ágil acudir a un despido disciplinario, con indemnización tasada legalmente que acudir al casi siempre inseguro procedimiento del despido colectivo. Máxime cuando desde el RD 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, se introdujo el denominado despido “exprés”.

Con la expresión despido “exprés” se alude a la posibilidad, *ex* artículo 56.2 ET en su redacción anterior a 2012, que tenía la empresa de reconocer la improcedencia del despido y depositar la indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del tra-

tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

¹⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La cantinela de los 45 días de indemnización”. Revista de Trabajo núm. 22, pág. 141.

¹⁹ SEOANE GARCÍA, A.: “Y luego dicen que el despido es caro”. Revista de Derecho Social núm. 45, 2009, pág. 231.

bajador. Esto es, el empresario, sin existir todavía impugnación judicial del trabajador, reconocía directamente la improcedencia del acto extintivo y ofrecía al trabajador despedido la indemnización legal, consignando su importe en el juzgado. Entonces, el empresario podía esperar que todo terminase en ese momento, paralizando los salarios de tramitación. Es posible también que el trabajador siguiera adelante con el pleito pidiendo la nulidad del despido o una indemnización superior, pero, si no tenía éxito en esta reclamación, todo se quedaba en la indemnización consignada, pues no habría salarios de tramitación²⁰.

El legislador de 2012 ha tratado de erradicar esta incorrecta y perturbadora práctica, atacando dos frentes. Por una parte, reformulando las causas del despido colectivo o económico y agilizando el procedimiento mediante la eliminación de la autorización administrativa para proceder a ello, de forma que se permita a las empresas ajustar sus plantillas de una manera rápida y eficiente ante los cambios de la coyuntura económica; por otra, eliminando el despido “expres”. A la explicación de la primera vía se dedicarán los epígrafes siguientes.

Centrándonos en la supresión del despido “expres”, la propia Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 explica el porqué de ello afirmando que “se ha convertido, a la luz de los datos más recientes, en el principal cauce de extinción de contratos indefinidos, superando con creces el número de despedidos colectivos y objetivos. Más allá de los beneficios en términos de rapidez y seguridad económica que esta posibilidad reporta a las empresas, el «despido expres» se revela frontalmente opuesto a lo que debería ser un sistema de extinción del contrato de trabajo presidido por la idea de «flexiseguridad».

El despido “expres” crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Pero también desde el punto de vista empresarial, el éxito del despido “expres” también ha puesto en evidencia las disfuncionalidades del régimen jurídico del despido. No constituye un comportamiento económicamente racional -el que cabría esperar del titular de una actividad empresarial- despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y, en todo caso, decantándose por un despido improcedente y, por tanto, más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuya justificación debería ser más habitual en tiempos, como los actuales, de crisis económica. La razón de ello se residencia en los costes adicionales que acarrear los salarios de tramitación y en la dificultad, que se ha venido denunciado,

²⁰ DESDENTADO BONETE, A.: “Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas”, Actualidad Laboral núm. 11, 2010, www.laley.es LALEY 3989/2010, pág. 4.

respecto a la posibilidad de acometer extinciones económicas con costes, en términos de tiempo y económicos, razonables”.

Poco más se puede decir tras la justificación que incluye la Exposición de Motivos del RD-Ley, aunque hay que advertir que el despido “exprés” también cumplía con una función loable, cual era desincentivar las demandas que sólo perseguían obtener un beneficio incrementando los costes procesales del despido mediante la prolongación del proceso.

Además, la Reforma Laboral de 2012 ha suprimido también los salarios de tramitación en los despidos improcedentes cuando el empresario opta por el abono de la indemnización legalmente fijada. Y nótese la disminución del monto de la indemnización legal (que pasa de 45 días de salario por año de servicio a 33 días por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades).

A pesar de la eliminación del despido “exprés” sigue existiendo una brecha importante entre la realidad y la norma, los empresarios siguen utilizando fórmulas de despido real que discurren al margen de las causas legales de extinción, aunque lo hagan en el marco de la legalidad. Mientras que el despido disciplinario sin causa o arbitrario siga produciendo las mismas consecuencias, más suavizadas si cabe tras la Reforma Laboral de 2012 seguramente sea correcto hablar de que en el ordenamiento laboral es posible el “despido con coste económico cierto”²¹, aunque ni el artículo 49 ET prevea el desistimiento indemnizado del empleador ni sea compatible con los compromisos asumidos por el Estado español con la ratificación del Convenio núm. 158 OIT.

III. LA CAUSA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS TRAS LAS REFORMAS DE 2012

1. La reforma del régimen jurídico del despido colectivo: alcance y objetivos perseguidos

Como se ha adelantado, una de las principales características del mercado de trabajo español era precisamente la falta de un nivel óptimo de flexibilidad interna. Esta carencia se traducía principalmente en una acusada rotación y segmentación del mercado laboral que ha venido afectando principalmente a los trabajadores con contrato temporal. Con el propósito de incrementar la eficiencia del mercado de trabajo y de reducir la dualidad existente entre trabajadores con contrato temporal y con contrato por tiempo indefinido, el capítulo IV de la Ley 3/2012 recoge un conjunto de medidas que afectan esencialmente a la extinción del contrato y, en lo que a este estudio interesa, al régimen jurídico vigente del despido colectivo.

²¹ LAHERA FORTEZA, J.: “Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008)”, Relaciones Laborales núm. 2, 2009, www.laley.es, LALEY 58/2009, pág. 1.

Durante largo tiempo el despido colectivo regulado en el artículo 51 ET, se ha caracterizado, como se dijo, por ser un medio de extinción del contrato de trabajo sometido a un estricto control administrativo, lo que se revelaba como claramente contrario a la celeridad que debería resultar exigible cuando se trataba de acometer reestructuraciones empresariales.

En efecto, el expediente administrativo que debía sustanciarse ante la autoridad laboral, que tenía potestad para autorizar o desautorizar este tipo de despidos, junto con las posibles impugnaciones administrativas y judiciales de la resolución del procedimiento, resultaba contrario a los intereses en juego; debe recordarse que se trata de empresas en crisis que intentan superar una situación económica difícil acometiendo, entre otras medidas, la reducción del volumen de su plantilla, por lo que los retrasos, inevitables y comunes, en este tipo de procedimientos podían tener como consecuencia que en el momento de darse la autorización definitiva e irrecurrible para el despido, la empresa se hubiera visto ya abocada al cierre.

Junto a lo anterior, debe asimismo tenerse en cuenta que en el despido colectivo había una cierta tendencia a alcanzar acuerdos extintivos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta, de modo que el empresario se aseguraba así la autorización de la autoridad laboral. Y ello se hacía muchas veces a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos muy superiores a la legalmente prevista, con lo que se desnaturalizaba el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, tal y como establece la normativa comunitaria, debe versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Por ello, en la Ley 3/2012 el legislador aboga claramente por el acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como mecanismo para asegurar la viabilidad de los despidos colectivos propuestos. Desaparece de esta forma el procedimiento administrativo que culminaba con la autorización de la autoridad laboral para sustituirlo por un período de consultas con la representación de los trabajadores. El período de consultas debería finalizar con acuerdo, pero aun en el caso de inexistencia del mismo no se impide al empresario proceder al despido del número de trabajadores propuesto. Aunque ello sin perjuicio de la posibilidad de impugnar el despido en sede judicial.

No está de más decir que con la reforma de 2012 se ha prestado por fin atención a las advertencias de quienes venían largo tiempo llamando la atención sobre las disfunciones e incongruencias de la normativa española al mantener la necesaria autorización administrativa para poder adoptar la decisión extintiva de alcance colectivo. Disfunciones fundadas principalmente de los problemas de falta de agilidad y de rapidez en la respuesta a la situación de crisis empresarial, riesgo cierto de monetización de las negociaciones y encarecimiento del despido.

Sobre la base del anterior diagnóstico, el conjunto de medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo recogidas en el capítulo IV, se inicia con ya mencionada reforma del régimen jurídico del despido colectivo, que se acompaña de una asimilación de estos despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido. Al tiempo, se modifica la justificación de estos despidos. El art. 51 ET se limita ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que, como se indica en la exposición de motivos, venían introduciendo elementos de incertidumbre. Esas referencias se referían a proyecciones de futuro, de imposible prueba, y a una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los Tribunales realizaran, en ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Tras la reforma parece que el control judicial de los despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.

Asimismo, la nueva regulación del despido colectivo refuerza una serie de elementos de carácter social que deben acompañar a estas extinciones. Por un lado se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. Por otro lado, si los despidos colectivos afectan a más de cincuenta trabajadores, el ET recoge una efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo.

No obstante el deseo del legislador de introducir una mayor seguridad jurídica y mayores dosis de sencillez en el procedimiento del despido colectivo, la reforma ha provocado una cascada de dudas, problemas aplicativos e interpretativos y litigiosidad, con particular incidencia en la concreción de los motivos de nulidad del procedimiento, lo cual enraíza en buena medida con el complejo desarrollo reglamentario del art. 51 ET, que incluso ha dado lugar a que unos meses después de adecuarse a la reforma, haya requerido a su vez de una nueva versión introducida por el RDL 11/2013, de 2 de agosto.

2. Las causas en el despido colectivo

Un lugar destacado en la reciente reforma del despido colectivo lo ocupan las causas. En concreto, la identificación del significado de cada una de las que enumera el art. 51 ET, el control de su concurrencia y el control de razonabilidad o de adecuación entre la situación de la empresa y la medida propuesta por el empresario.

En la formulación del ET art. 52.1 son las “*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*” las condiciones para poder recurrir a esta medida extintiva. No

obstante, la conformidad a Derecho de la medida extintiva propuesta dependerá en primera instancia, de que el empresario pueda probar que concurre la causa que alega para el despido.

Son numerosos los interrogantes que plantea la actual regulación del despido colectivo; así, si procede el despido cuando la empresa está atravesando por una situación desfavorable de carácter transitorio o, por el contrario, si debe tratarse de una situación negativa prolongada o, al menos, de previsible persistencia, o ¿cuánto tiempo debe haber estado la empresa en esa situación negativa o, al menos, desfavorable? Sin duda, se está en presencia de cuestiones fundamentales para el despido y aquí cobran un especial protagonismo las decisiones de los diversos sujetos que intervienen en el procedimiento de despido y la interpretación técnica sobre el tenor de la Ley.

2.1. La identificación de las causas

Como se ha señalado, el art. 51.1 ET identifica como causas para el despido colectivo, las económicas, técnicas, organizativas o de producción.

a) Causa económica

Concurre causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

De la regulación contenida en el art. 51.1 pueden extraerse las siguientes ideas:

- La *situación económica negativa* ha de darse en todo caso; se trata de concepto muy etéreo, con las ventajas e inconvenientes que ello posee.
- Las *pérdidas* son el mejor ejemplo de marcha desfavorable en la empresa. Ninguna valoración acerca de su intensidad (más o menos importantes) o duración (mayor o menor persistencia) aparece en la norma.
- La minoración de ingresos o ventas aparece como otro ejemplo cualificado de situación económica negativa; nada hay acerca de su mayor o menor intensidad, pero sí una importante matización sobre el vector cronológico: tres trimestres consecutivos integran la exigencia de suficiente duración²².
- La nota de la persistencia (que hace presumir la concurrencia de la causa) resulta de la comparación entre los ingresos ordinarios o ventas de los tri-

²² Aunque no se aclara cómo medir la persistencia del descenso, si cada cual descendiendo respecto del inmediatamente precedente, o bastando con que los dos minoren lo que arrojaba el inicial.

mestres del año en curso con los mismos trimestres del año anterior. Debe tratarse, por tanto, de una situación persistente y no coyuntural²³.

- Los trimestres parece que han de ser naturales, es decir, enero-marzo, abril-junio, julio-septiembre, octubre-diciembre.

En relación con la causa económica debe retenerse que el ET no exige que sea una realidad negativa e irremediable, bastando con que se prevea como un peligro probable²⁴. Así se pone de manifiesto cuando el ET art. 51.1 determina que concurre causa económica: cuando de los resultados de la empresa *se desprenda una situación económica negativa, caracterizada tanto por la existencia de pérdidas actuales como por la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas*. Nótese que la Ley se refiere a ingresos o ventas ordinarios, lo que descarta su comparación con posibles ingresos o ventas extraordinarios en la empresa²⁵.

La duda acerca del alcance de la expresión disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, la resuelve el legislador vinculándola a la reducción durante tres trimestres consecutivos del nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre siempre que sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Esta situación puede darse aun cuando la empresa obtenga beneficios, pues lo único que exige la Ley es que se produzca una reducción de ingresos, pero no que esa reducción de ingresos se plasme en una serie de pérdidas²⁶.

Así por ejemplo, un descenso en la facturación en términos interanuales del 6,8 %, junto con el hecho de que en 2011 la sociedad entró en pérdidas (-2,9 millones de euros); situación que empeoró en 2012 (-3 millones de euros), manteniéndose la tendencia negativa en las previsiones del 2013 (-2,5 millones de euros); y ello unido a que los resultados consolidados del grupo que durante 2011, 2012 y 2013 habían arrojado unas pérdidas importante, se consideró causa justificativa de las medidas propuestas

²³ En este sentido, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “El despido individual tras las reformas de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 88, enero-abril 2013, pág. 174.

²⁴ Véase: MARTÍNEZ MOYA, J.: “Las causas de los despidos económicos una perspectiva jurídica”, en A.A.V.V., DESDENTADO BONETE, A. (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (Coord.): *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág.115. Una detallada exposición de las diferentes opciones doctrinales puede verse en AGUT GARCÍA, C.: *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 219-233.

²⁵ MERCADER UGUINA, J.: El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultractividad, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, La reforma laboral de 2012, Madrid, octubre de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

²⁶ Véase con amplitud sobre la identificación de la causa económica que si bien aquí se vincula con los presupuestos para el descuelgue de condiciones de trabajo, coincide en su práctica totalidad con la causa económica prevista para el despido colectivo: SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El “descuelgue” y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, epígrafes 355-385.

por la empresa (laudo arbitral de 31 de julio de 2013, expediente seguido ante la CCNCC 16/2013).

Sin perjuicio de que las pérdidas previstas se consideren causa justificativa para acometer un despido colectivo, como indica alguna sentencia, tal acreditación de la causa obligará a una prueba exigente para el empresario, dado que no es expresiva de una situación real sino de una hipotética o presumible situación futura, ha de ser examinada y valorada con cautela y, por tanto, exige una perfecta acreditación de hechos indiciarios de los que se pueda inferir racionalmente y con clara probabilidad, la existencia de pérdidas en el futuro.

Así, para la STSJ La Rioja 27 febrero 2012²⁷ si la empresa alega pérdidas previsibles, deberá acreditar indicios sólidos de que van a producirse. No concurre el indicio sólido exigido si la empresa tuvo beneficios en un determinado año y la previsión negativa se apoya sólo en un trimestre. De hecho, en estos casos a los empresarios podrían exigírseles pruebas suficientes para justificar la medida, incluyendo incluso la elaboración de estudios de viabilidad económica y financiera de la empresa, del sector y del contexto económico en el que opera, para justificar el despido. Como se indica en el antes mencionado laudo arbitral de 31 julio 2013 (expediente seguido ante la CCNCC 16/2013) la previsión de pérdidas debe argumentarse por el empresario, aportando datos sobre la realidad presente y aun pasada de la empresa, y razonando a partir de ellos la evolución previsible de la situación de ésta.

En la misma línea, aunque en este caso en referencia a un despido objetivo, la STS 12 junio 2012²⁸, otorga validez al despido por disminución del volumen de negocios, indicando, además, que en la nueva delimitación de elemento causal no se exige la finalidad de contribuir a la superación de la situación negativa, y se refiere tanto a pérdidas actuales o previstas, como a la disminución del volumen de ingresos, estableciendo que “en general, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial estiman que estos criterios legislativos más flexibles en la interpretación de las causas del despido económico se deben a que el legislador asumió como propia la flexibilidad interpretativa que adoptó la jurisprudencia. Y esta flexibilización en la configuración de las causas se pone de relieve, de forma más acentuada todavía, con la reforma de 2010 que cristaliza en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que es la norma aplicable en este caso dada la fecha de los despidos producidos” (fj. 3º y 4º).

De cualquier modo no debe olvidarse que, conforme a las previsiones del nuevo artículo 51.1 ET, corresponde a empresario y representantes de los trabajadores negociar sobre el de despido colectivo, por lo que a ellos competirá la determinación de si concurre la causa económica que habilita para proceder a la extinción de los contratos de trabajo por esta vía. Aunque ello, claro está, sin perjuicio de que el propio artículo 51 ET reconozca al empresario la posibilidad de adoptar la decisión última sobre el

²⁷ JUR 2012, 87678.

²⁸ RJ 2012, 7626.

despido en caso de desacuerdo y a los representantes de los trabajadores la potestad de impugnar tal decisión en vía judicial.

b) Causa técnica

Art. 51.1 ET: “hay causa técnica cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”. Se trata de causas que se relacionan, por ejemplo, con los avances en materia de mecanización, automatización, informatización, etc., que sería necesario incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia²⁹.

La causa en la formulación del art. 51.1 ET no se vincula a ninguna otra exigencia adicional como pudiera ser, por ejemplo, la necesidad de efectuar un cambio en los medios o en los instrumentos de producción para mejorar la competitividad de la empresa, asegurando su pervivencia en el mercado. En suma, se trata de dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, causa esta que normalmente se producirá en situaciones económicas negativas³⁰.

c) Causa organizativa

Existe causa organizativa “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción” (art. 51.1 ET). En este caso, se trataría de las causas que se corresponden con la necesidad de adecuar la estructura empresarial así como los medios personales y materiales de que dispone la empresa o a las líneas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia en los mercados en que ha de actuar³¹.

Resulta útil en este punto, acudir a algunas resoluciones judiciales que identifican algunos criterios o datos que ayudan a entender el alcance de la locución legal:

- Cuando debe ajustarse el número de alumnos a las asignaturas ofertadas incrementando la jornada del personal con la correlativa supresión de grupos (de docencia) y amortización de plazas de profesorado, como consecuencia de la reducción del déficit público³².
- Cuando la empresa presenta una situación económica negativa por insuficiencia presupuestaria, al tener que atender deudas correspondientes al ejercicio anterior, que conlleva una reestructuración en la organización de la actividad docente³³.

²⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control”, AA VV *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, pág. 261.

³⁰ SAN 4 julio 2013 AS 2013, 2940).

³¹ STSJ Galicia 31 octubre 2001 AS 2001, 4316).

³² STSJ de Castilla y León 29 noviembre 2012 (AS 2013, 55).

³³ STSJ de Castilla y León 29 noviembre 2012 (AS 2013, 55).

- Cuando hay una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y un persistente sobredimensionamiento de la plantilla del personal laboral de un Ayuntamiento³⁴.

d) Causa productiva

La causa productiva implica “cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado” (art. 51.1 ET). Se trataría de causas que se refieren al “al resultado del proceso de trabajo, a la configuración del bien o servicio producido por la empresa”³⁵; “a los costes y volumen de la producción, para adecuarla a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa”³⁶.

Al igual que sucede en el supuesto anterior, no parece haber afinado demasiado la Ley al indicar que “*se entiende que concurren causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*”. Por eso también parece muy útil recordar algunos ejemplos concretos en los que se ha apreciado su concurrencia:

- La pérdida o disminución de encargos de actividad, dado que implica una reducción del volumen de producción contratada. Pero también puede considerarse como una causa organizativa al afectar a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores³⁷.
- La renovación de la contrata con reducción de su objeto puesto que implica un menor encargo de servicios y, por lo tanto, de ocupación³⁸.
- La disminución de la cifra de negocio de los servicios encomendados a la empresa que le obliga a restringir sus presupuestos de inversiones³⁹.
- Hay causas económicas y productivas en los casos de descenso de ventas y existencia de pérdidas cuantiosas y continuadas, existiendo conexión funcional de las medidas adoptadas⁴⁰.
- Hay causa productiva y organizativa si la empresa tiene una capacidad productiva muy superior a la demanda de servicios requerida por un mercado a la baja⁴¹.

³⁴ STSJ Castilla la Mancha 17 julio 2012 (JUR 2012, 274150) y Cantabria 26 septiembre 2012 (AS 2012, 2599).

³⁵ DESDENTADO BONETE, A.: op. ult. cit., pág. 261.

³⁶ STSJ Galicia 31 octubre 2001 (rec. 5146, 2001).

³⁷ SSTS 7 junio 2007 (RJ 2007, 4648) y 16 septiembre 2009 (RJ 2009, 6157).

³⁸ STS 16 septiembre 2009 (RJ 2009, 6157).

³⁹ STSJ Canarias 28 febrero 2013 (AS 2013, 1562).

⁴⁰ SAN 21 noviembre 2012 (rec. 142, 2012) y 25 febrero 2013 (AS 2013, 177).

⁴¹ SAN 4 abril 2013 (AS 2013, 1816).

Nótese que en las causas productivas, los cambios que podrán alegarse para justificar el descuelgue se producen por circunstancias externas o ajenas a la empresa⁴²; pero estos cambios le van a obligar, al igual que en los casos anteriores, a adoptar medidas de flexibilidad.

2.2. *El papel central de las causas y la eliminación de la conexión de causalidad*

Que el legislador de la reforma de 2012 ha querido dar un papel preponderante a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) es un hecho innegable. Así lo manifiesta con claridad en la propia Exposición de Motivos, cuando indica que “la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre”.

Tales elementos de incertidumbre venían motivados por las diferentes valoraciones que se hacía por los órganos de la jurisdicción social tanto sobre la concurrencia de la causa, como sobre si esa causa que alegaba el empresario justificaba acudir a extinciones de contratos de trabajo por esta vía. Como quiere el legislador, “ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas”, obviando, parece, cualquier tipo de valoración subjetiva sobre la adecuación entre la causa alegada y el despido efectuado⁴³.

Parece que con la reforma, el papel de Jueces y Tribunales en los despidos basados en causas ETOP queda limitado al control de la concurrencia de la causa alegada, de forma que constatada la existencia de cualquiera de las causas que enumera el art. 51.1 ET, quedaría fuera del poder del juzgador, fiscalizar si la misma justifica la extinción de un número determinado de contratos o si, por el contrario, tales extinciones constituyen una medida desproporcionada que no se adecúa a la situación por la que atraviesa la empresa, plasmada en la causa alegada por el empresario para despedir.

En fin, la reforma del mercado de trabajo lleva a cabo una reformulación de la caracterización legal de estos despidos, a fin de que el control judicial se centre sólo en la valoración del cumplimiento del procedimiento de despido y en la concurrencia de la causa. Por ello, y como se ha indicado, el legislador introduce en la Ley criterios objetivos para la valoración judicial, suprimiendo otras referencias de carácter finalista que permitían controles de oportunidad, así como juicios de razonabilidad sobre la adecuación entre situación de la empresa y medida propuesta. Aunque ello “no significa que queden fuera del estándar de racionalidad, que es de aplicación y observancia general en toda decisión jurídicamente relevante, porque de lo contrario para nada quedaría el derecho al trabajo y el principio de equilibrio y proporcionalidad de los in-

⁴² MOLINS GARCÍA-ATANCE J., “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo”, *Aranzadi Social* núm. 1, 2011, pág. 17.

⁴³ Véase, CARRASCOSA BERMEJO, D.: “El despido individual tras las reformas de 2012”, *cit.*, pág. 175.

tereses en juego que es preciso atender desde una lógica estrictamente contractual. No se puede eludir la verificación de la “razonabilidad” de la medida adoptada⁴⁴. Más adelante se volverá sobre esta idea.

Nótese que la reforma del despido colectivo ha supuesto dar un mayor protagonismo a empresario y representantes de los trabajadores. La determinación de si concurre la causa alegada compete a ambos sujetos. En primer lugar, el empresario debe aportar toda la documentación de donde se extraiga que concurre la causa que alega, durante el período de consultas, uno de los temas objeto de debate es precisamente el relativo a la determinación de si concurre la causa alegada, y se trata de que ambos sujetos alcancen un acuerdo en cuanto a las causas del despido, aunque en última instancia y a falta de acuerdo será el empresario el que decida sobre el despido sobre la base de la concurrencia de la causa que alega. El control judicial se configura como un control *a posteriori*, esto es, cuando el empresario haya adoptado su decisión extintiva y a instancia de parte. En este punto, compete al órgano jurisdiccional controlar la legalidad de la decisión extintiva, lo que pasa por verificar tanto la realidad de la causa, como la razonabilidad de la medida adoptada.

3. El papel de los Tribunales en el control de las causas del despido colectivo

Como se dijo, la reforma de 2012 ha incidido de forma determinante en las extinciones de contratos por causas ETOP; se ha producido una reformulación de la caracterización legal de estos despidos a fin de que el control judicial se centre exclusivamente en valorar que se cumplen con los requisitos formales y que concurre la causa que alega el empresario. A los efectos de verificar el cumplimiento de la causa, el legislador ha optado por introducir criterios objetivos para la valoración por los Jueces, al tiempo que ha suprimido referencias de carácter finalista que permitían a los Jueces realizar controles de oportunidad con el objeto de verificar si se cumplían las causas alegadas.

De aplicarse lo pretendido por el legislador resultaría que si se acredita la concurrencia de la causa que alega la empresa, debe determinarse la procedencia de los despidos realizados. No obstante, ha sido una práctica constante en el ordenamiento jurídico español la omisión por parte del empresario de justificar el despido en alguna de las causas legalmente previstas. Bien, porque directamente se omitía la alegación de causa alguna, bien porque la causa alegada era inexistente, lo que conducía en cualquiera de los dos casos a que, con arreglo a lo previsto en la legislación precedente, no se autorizasen los despidos propuestos por el empresario o a que, conforme a la legislación actual, se determine la improcedencia del despido.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social núm. 34, 2013.

Probablemente haya sido este cambio en las posibilidades de control de la concurrencia de la causa alegada, lo que ha determinado que la calificación de procedencia del despido/despidos se haya incrementado desde la reforma laboral⁴⁵, y en particular de los despidos basados en causas ETOP -despidos objetivos y despidos colectivos- donde se hay un 54% de despidos declarados procedentes, frente al 39,5% en los doce meses anteriores a la reforma. En particular, en los últimos meses se han alcanzado porcentajes de despido procedente más coherentes con la situación cíclica de la economía española. En enero de 2013, más del 60% de los despidos estaba justificado.

A pesar de la pretendida objetivización de las causas ETOP no debe olvidarse que el Convenio de la OIT núm. 158 estipula como requisito en su art. 4 que “no pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Asimismo la Comisión de Expertos remarca que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio, por lo que una pretendida reforma de las causas de despido colectivo, que tratara de descausalizarlo a través de una declaración automática de procedencia basada en una mera alegación de alguna de las causas recogidas en el art. 51.1 ET chocaría frontalmente con esta importante previsión del convenio 158 de la OIT.

Sobre la base de tal previsión cabe cuestionarse si en el control de las causas por los Tribunales judicial “cabe una racionalidad finalista, es decir la idoneidad y proporcionalidad, o si solo cabe determinar si existe la causa en estricto sentido”⁴⁶ y no hay que olvidar que en los casos de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, si el trabajador considera injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro, y tales organismos estarán facultados para examinar las causas invocadas, para decidir acerca de las causas invocadas, para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales, para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada⁴⁷.

En esta misma línea se remarca que la protección contra el despido injustificado (art. 30 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), no exigirá un juicio de racionalidad y de proporcionalidad sobre la medida extintiva. Junto a ello, habrá que determinar siempre el número de despidos proyectados y si es así, debe

⁴⁵ Véase *Informe de evaluación de impacto de la reforma laboral*, MEYSS, 2013.

⁴⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “El despido objetivo y el despido disciplinario”, *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 34, 2013.

⁴⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “El despido objetivo...”, cit.. Véase también MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”. *Temas laborales* núm.115, 2012.

cuestionarse si cabe cualquier volumen sin más por la mera existencia de la causas. Obviamente la respuesta debe ser negativa, pues al tiempo el empleador siempre tendrá que alegar una causa seria y razonable y de suficiente entidad para efectuar un determinado número o volumen de despidos⁴⁸.

Recuérdese a estos efectos que la propia Exposición de Motivos del RD Ley 3/2012 y de la L 3/2012 remarca que “la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre (...)” y que a lo largo del artículo 51 ET no se incluyen ya referencias a la viabilidad del proyecto empresarial, a la capacidad de la empresa para mantener el volumen de empleo, a la exigencia de justificar la razonabilidad del despido o a su contribución a mejorar la situación a través de una más adecuada organización de los recursos, lo que podría llevar a pensar que es intención del legislador garantizar que los Jueces se limiten llevar a cabo una constatación automática o directa de la concurrencia de las causas alegadas por el empresario. Ello parece implicar, como se ha señalado, que “el control judicial no debe entrar en ningún tipo de análisis sobre la justificación de la medida: ni de oportunidad, ni de proporcionalidad, ni tan siquiera de mera razonabilidad”⁴⁹.

Siguiendo con este planteamiento, nótese además que ahora se introduce una relación ejemplificativa en el art. 51 ET. No se trata de una lista cerrada de causas, sino que el legislador se limita a enumerar algunas de las causas que determinarían la procedencia de un despido colectivo, utilizando las expresiones “en casos tales como” o “entre otras”, al referirse a pérdidas operativas, descenso persistente de facturación, cambios en los medios de producción, sistemas de trabajo... De esta relación meramente ejemplificativa que ha incluido el legislador en el art. 51.1 ET podría deducirse que, si bien, los órganos jurisdiccionales se encontrarían vinculados por ese posible deber de aplicación automática de declaración de procedencia del despido cuando se alegue una de las causas expresamente mencionadas, pero nada impediría que en el caso que se alegue otra causa por el empresario, pueda entrarse a analizar la misma en los términos en que se venía haciendo hasta la reforma.

De la mera lectura del modificado art. 51.1 ET, podría afirmarse que aparentemente nos encontramos ante un sistema de despido colectivo más flexible y con exigencias más laxas en lo que a las causas se refiere. No obstante, ello no supone que el despido colectivo se convierta en un mecanismo de reducción de plantillas por la sola constatación de la causa económica. Al contrario, el hecho de que se hayan flexibilizado los

⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo cit.

⁴⁹ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: “El despido colectivo: reflexiones sobre sus nuevos contornos”, *Icade*, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales núm. 88, enero-abril 2013, pág. 210. También CARRASCOSA BERMEJO, D.: “El despido individual tras las reformas de 2012”, cit. pág. 175.

requisitos legales para la extinción por motivos ETOP no supone que no sea preciso que el empresario justifique la medida⁵⁰.

De hecho, en la práctica no se han alterado los fundamentos del despido. En particular del requisito de justificar la medida alegada por el empresario para proceder a la extinción de contratos de trabajo, así se pone de manifiesto con claridad en la STSJ Madrid 2 marzo 2012⁵¹, cuando se destaca que “la flexibilización de los requisitos legales para la extinción por causas económicas y el respeto por el poder de dirección del empresario no supone la ausencia de la necesidad de una justificación real de la medida”. En esta línea de tendencia, debe destacarse en papel fundamental que están jugando los Tribunales al fijar los criterios interpretativos del nuevo art. 51 ET; valga como ejemplo la completa sentencia de la AN 28 septiembre 2012⁵², cuando sienta las siguientes bases para determinar la calificación del despido colectivo, atendiendo a las causas alegadas:

- No puede juzgarse cómo influye el despido en la viabilidad futura de la empresa;
- No debe examinarse la habilidad del empresario para gestionar su negocio;
- Con el despido no se trata de lograr objetivos futuros sino de adecuar la plantilla a la situación presente de la empresa;
- La finalidad de la medida extintiva: afrontar la situación negativa.

En lo que respecta a la adecuación de la medida propuesta, si bien alguna sentencia ha defendido la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contiene en la regulación del art. 51 ET (SSTSJ Madrid 11 junio 2012⁵³ y Cantabria 26 septiembre 2012⁵⁴); lo cierto es que para la AN el art. 51.1 ET no ha eliminado la conexión de funcionalidad entre la causas económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que simplemente ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa (SAN 18 diciembre 2012⁵⁵; 11 marzo 2013⁵⁶ y 26 abril 2013⁵⁷).

En este sentido, la STS 27 enero 2014⁵⁸: analiza la justificación de la medida de flexibilidad adoptada por el empresario, destacando que “la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de

⁵⁰ SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: “El despido colectivo: reflexiones ...”, cit., pág. 211.

⁵¹ JUR 2012, 117597.

⁵² AS 2012, 2515.

⁵³ JUR 2012, 227382.

⁵⁴ AS 2012, 2599.

⁵⁵ AS 2013, 1036.

⁵⁶ AS 2013, 1138.

⁵⁷ AS 2013, 1735.

⁵⁸ RJ 2014, 793.

que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales⁵⁹. Lo que supone que para el Alto Tribunal, los tribunales no pueden hacer dejación del deber de enjuiciar la **racional adecuación** de la medida adoptada.

De indudable interés para el tema que nos ocupa resulta el análisis de algunas de las sentencias más relevantes que se han ocupado de resolver los pleitos por despido colectivo, y donde se analizan de forma detallada las causas y su adecuación a la medida propuesta.

En un momento inicial, las primeras sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la reforma laboral contenían declaraciones de nulidad del despido debido, principalmente, a incumplimientos empresariales graves del procedimiento de despido colectivo. En efecto, los primeros pronunciamientos dictados a raíz de la reforma anularon los despidos colectivos por severos incumplimientos empresariales del procedimiento de despido colectivo: documentación incompleta, mala fe en el período de consultas o la ocultación del empresario real en los grupos de empresa. En particular, una de las primeras sentencias dictadas bajo la nueva modalidad procesal de despido colectivo, declaró que el empresario no podía proceder al despido, no por producirse el mismo con ausencia de causa o porque el empresario no hubiese conseguido acreditar la causa alegada, sino por la existencia de fraude en la identificación del empresario real (grupo de empresas y la empresa que despide ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión) y, por la insuficiencia de la documentación facilitada, lo que no permitió realizar el periodo de consultas sobre bases sólidas (TSJ de Cataluña 23 mayo 2012⁵⁹).

En esta misma línea, la sentencia, del TSJ de Madrid 30 mayo 2012⁶⁰ declaró la nulidad por defectos de tramitación en el procedimiento del despido, al existir una notable insuficiencia de la memoria explicativa tanto en las causas como en la exposición de la situación, limitándose a una mera alegación y descripción general así como no se ha acompañado la documentación obligatoria que debe acompañar a la memoria explicativa. Este pronunciamiento judicial fue confirmado por STS de 20 marzo 2013⁶¹, que desestimó el recurso de casación planteado por la empresa contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmando la nulidad del despido colectivo.

Pero junto a estas sentencias que declararan la nulidad del despido por incumplimiento de defectos formales durante el período de consultas, también han existido pronunciamientos judiciales que han estimado la procedencia del despido al entender que concurría la causa alegada por el empresario. Así, por ejemplo, cuando se estima

⁵⁹ AS 2012, 1049.

⁶⁰ AS 2012, 1672.

⁶¹ RJ 2013, 2883.

que el rendimiento es un criterio adecuado de selección de los trabajadores afectados, al entender que el rendimiento no se contempla en términos patológicos, subsumibles en la causa de despido disciplinario, sino como herramienta para seleccionar a los trabajadores, cuya capacidad y productividad sea menor que las de la mayoría. Por lo que se trata de un criterio razonable y objetivo, que se cohonesta plenamente con el objetivo propuesto: mejorar la competitividad y productividad de la empresa.

En esta línea, la STS 27 mayo 2013⁶² desestima el recurso de casación, confirmando la STSJ Galicia 6 julio 2012⁶³ que había absuelto a la empresa de la petición de nulidad del despido colectivo por causas económicas y de producción al declarar ajustada a derecho la decisión extintiva de la demandada al concurrir causa legal suficiente.

De interés resulta reproducir aquí algunos de los razonamientos plasmados en la STSJ de Madrid 9 abril 2013⁶⁴ (ERE de Telemadrid)⁶⁵, que terminó con la declaración de improcedencia del despido colectivo, y donde el Tribunal se pronuncia de manera detallada sobre las causas alegadas para el ERE que afectó a 925 trabajadores del Ente y sus sociedades, de los 1161 trabajadores que tenía la empresa en diciembre de 2012. La empresa se amparaba en causa económica para efectuar los despidos, concretada en la insuficiencia presupuestaria, “determinada por la reducción de los ingresos comerciales, centrados sobre todo en la sociedad de Radio Televisión Madrid y de las partidas públicas con la que se financia el Ente, teniendo en cuenta que además presenta, como gasto asumido, un alto grado de endeudamiento con entidades financieras, a las que ha acudido en los últimos años como consecuencia de superar sistemáticamente, los ingresos con gastos no previstos en el presupuesto”. De los datos recogidos en la sentencia cabe destacar la reducción de 79 a casi 71 millones de euros de la aportación pública al presupuesto de 2012 a 2013, y la previsión de ingresos por publicidad para este año de 15 millones, frente a los 19 de 2012 y más de 22 en 2011. Otro dato especialmente relevante era la deuda que tenía la empresa con entidades de crédito, que a 31 de diciembre de 2012 era de más de 261 millones de euros, de los que casi 132 vencían en 2013. En cuanto a la reducción de costes de personal durante el período de años anteriores, sólo consta acreditada la reducción de gastos por haberse reducido la contratación de personal temporal durante los años 2007 a 2011. La causa económica alegada por la empresa se sustenta en un estudio realizado por la empresa Deloitte y en cuyas conclusiones, según los hechos probados de la sentencia, “se pone de manifiesto que el modelo empresarial actual no es viable” y como propuesta “se propone reducir los costes asociados a programas que se tienen que reducir en línea con los contenidos de nuevas parrillas que también se proponen”. La propuesta pasa

⁶² RJ 2013, 7656.

⁶³ AS 2012, 1677.

⁶⁴ AS 2013, 278.

⁶⁵ Véase las reflexiones que sobre el contenido de la sentencia hace ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre las causas de los despidos del complejo y polémico litigio jurídico y social de Telemadrid. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (I, II, III y IV)”, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del.html#more>

por la reducción de la producción propia y ampliar la producción externa con un menor coste, y ello genera la necesidad de externalizar servicios.

El montante salarial total de la empresa era de 37.434.279,49 euros. Había 100 personas excluidas de convenio cuyo gasto ascendía a 4.521.817,67 euros, mientras que el de las 12 personas que forman el comité de dirección ascendía a 1.058.223,73 euros. Todo ello suma un total de 43.014.320,89 euros en concepto de cuantía de gastos de sueldos y salarios. Según la propuesta de la empresa, la externalización de parte de su actividad, mediante la suscripción de acuerdos con diversos proveedores, supondría un ahorro mensual de costes de más de 423.000 euros, aunque en el hecho probado octavo constaba que “no se ha podido constatar fehacientemente” la tesis defendida por la empresa. Aunque la Sala asume que la empresa ha aportado la documentación económica a la que estaba obligada, y que de la misma se deduce que su situación económica es negativa y que “se prolonga más de los tres meses que se exigen por la norma para tener por consolidada dicha situación”, y valora que el nivel de gasto “se ha mantenido sobredimensionado en relación con las aportaciones reales por actividad propia unida a las aportaciones públicas”.

A fin de obtener una declaración de procedencia, la empresa interpreta el nuevo art. 51.1 ET en el sentido de que a efectos de poder presentar el ERE solo debe acreditar “la antedicha reducción presupuestaria”, esto es, conforme al objetivo perseguido con la reforma laboral, antes señalado, afirma la empresa que ahora se contiene en el art. 51.1 ET “la definición de las causas para tratar de proporcionar una mayor seguridad a la hora de adoptar las decisiones extintivas y superar las interpretaciones restrictivas dadas por la jurisprudencia, tras la reforma de 2010”. Sin embargo, lejos de aplicar de forma automática la reforma, la Sala, pese a reconocer la situación económica negativa de la, entiende que “por sí misma” no basta para justificar la extinción de un número tan elevado de contratos (925) sobre el total de la plantilla de la empresa (1161). La Sala entiende que debe haber un “plus”, manifestado en el respeto al principio de proporcionalidad e idoneidad de la decisión que se adopte, y que justifique que dicha situación, que recuerda muy acertadamente que “no es nueva” y que “no puede actuar de forma abstracta”, actúe sobre la plantilla de la empresa “creando la necesidad de reducir los números de puestos de trabajo propuestos o provocando un ceses total de la actividad, y que las medidas extintivas respondan a esa necesidad”.

Es decir, en palabras de la propia sentencia, se huye de “una convalidación judicial que sólo puede y debe tener en cuenta criterios jurídicos”, lo que supone que entre a analizar el alcance de las causas alegadas y la medidas propuestas para concluir que no hay correspondencia entre la entidad de las causas económicas y el número de extinciones planteados, algo que implica “no causalizar las (extinciones) que resulten desproporcionadas”. Por consiguiente, sí que tiene que haber causa para extinguir uno o muchos contratos, y no basta para justificar la decisión con que se argumente que se trata de una medida racional de la empresa para corregir una situación económica negativa (o de pérdidas), es decir para corregir “una determinada patología empresa-

rial”. No hay relación, según la Sala, entre los objetivos perseguidos por la empresa y la medida adoptada.

La sentencia del TSJ de Madrid resulta confirmada por la STS 26 marzo 2014⁶⁶, donde se remarca, en línea con el fallo de la sentencia del TSJ, “la falta de proporcionalidad entre resultados económicos negativos y la plantilla que se ha visto afectada como consecuencia del despido colectivo”.

En sus consideraciones sobre si concurre o no la causa económica alegada, el TS recuerda los tres pasos que debe cumplir cualquier empresa tras la reforma laboral de 2012 para justificar los despidos⁶⁷:

- Que exista la situación económica negativa;
- Que impacte sobre los contratos de trabajo que serán extinguidos por la amortización de los puestos de trabajo que ocupaban los trabajadores afectados, y
- Que exista “la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad”.

En lo que refiere a la situación económica negativa, entiende el TS que su existencia no debe confundirse con la causa extintiva alegada por la empresa, máxime cuando lo que pretende conseguir la empresa es “un equilibrio financiero del Ente a través de una fórmula de descentralización, y así aprovechando la reducción presupuestaria, impuesta por la Ley, lo que se está articulando es una reestructuración contable”.

En cuanto a la “adecuada proporcionalidad”, entiende que no existe adecuación, idoneidad, proporcionalidad entre las medidas adoptadas y las causas alegadas.

Así, la Sala del TS aunque no entra a valorar si la causa alegada justifica proporcionalmente la medida o medida adoptadas; o por decirlo con las propias palabras de la sentencia, “no compete a la Sala efectuar un juicio de oportunidad sobre cuál sea la medida que se debió adoptar, por cuanto ello pertenece a la gestión empresarial. Pero no basta para acreditar la causa extintiva con acreditar una reducción en el presupuesto, que es insuficiente y congénito a un servicio público, como se constata de una reducción presupuestaria, entre un 5% a 10%, que en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva, pues no es ni plausible, ni razonable, ni proporcional”.

En similares términos, la sentencia del TSJ de Madrid 27 enero 2014⁶⁸ declara la improcedencia del despido al no acreditarse por el empresario debidamente su

⁶⁶ RJ 2014, 2778.

⁶⁷ Una brillante exposición de los criterios judiciales para la determinación de la concurrencia de las causas en ROJO TORRECILLA, E., ERES. Nuevo repaso a la doctrina de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia (Casos Bankia, Recuperación materiales diversos, Tenneco, Madridec, El País, Fuentecapala, Teca-Print Ibérica y Semar Aluminio) (I y II), <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/02/eres-nuevo-repaso-la-doctrina-de-las.html#more>

⁶⁸ AS 2014, 775.

situación económica negativa. Para ello, analiza la doctrina del TS en sentencia 20 septiembre 2013⁶⁹. Como consecuencia de ello, acepta realizar el “juicio de adecuación” al que se refiere dicha sentencia, concluyendo que la cuentas aportadas por la empresa y que reflejan pérdidas en los dos ejercicios anteriores “no nos parece que expresen la imagen real de la situación que atraviesa Madrid, Espacios y Congresos SA”, por los motivos que desarrolla a continuación (la no toma en consideración de la venta de un importante inmueble, las objeciones realizadas a dichas cuentas por la auditoría externa efectuada, o la no explicación suficiente de la “elevadísima cuantía” de los gastos de explotación en relación con la cuantía mucho menor de los gastos de personal. Para el TSJ, los datos económicos aportados y las contradicciones detectadas le merecen “desconfianza”, por lo que no puede considerar probadas las causas alegadas.

En fin, la sentencia del TSJ de Cataluña 18 octubre 2013 (AS 2013, 3163), analiza cómo debe justificarse el despido colectivo por la empresa y los pasos que debe seguir para que su decisión se ajuste a derecho, que son los siguientes:

- Acreditar la causa, determinar la “conexión de funcionalidad (es decir, “en qué modo las causas ETOP inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir”, siendo necesario por ello demostrar que aquellos contratos de trabajo cuya extinción se pretende llevar a cabo “han dejado de cumplir su finalidad económica y productiva”),
- Y que exista una “proporcionalidad”, o dicho en otros términos que la decisión empresarial sea adecuada en cuanto a las medidas adoptadas para hacer frente a la necesidad que se pretende abordar y resolver con los despidos, lo que significa en definitiva que “hay que razonar la medida de modo proporcional, utilizándose como técnica de ponderación de razonabilidad como proporcionalidad, que constituye, en suma, una técnica de ponderación de los sacrificios”.

En conclusión puede afirmarse que la pretendida flexibilización de los despidos basados en causas ETOP no ha supuesto, en la práctica, descausalizar el mismo. Las causas siguen existiendo y se sigue exigiendo su prueba, al tiempo los Tribunales continúan defendiendo la aplicación del juicio de razonabilidad de la medida propuesta. Sigue siendo competencia, por tanto, de los órganos de la jurisdicción social la determinación de la concurrencia de las causas alegadas, por lo que no puede hablarse de una aplicación automática de las causas ETOP reguladas en el artículo 51 ET.

⁶⁹ RJ 2013, 7744.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUT GARCÍA, C.: *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: “El despido individual tras las reformas de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, Ley 3/2012 y Real Decreto-Ley 20/2012)”, *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* núm. 88, enero-abril 2013.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: “Acabar con el trabajo precario, Un aspecto concreto del acuerdo interconfederal para la negociación colectiva de 2005”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 11, 2006, <http://www.iustel.com>.
- DESDENTADO BONETE, A.: «El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control», *AA VV El régimen del despido tras la reforma laboral*, *Ibidem*, 1995.
- DESDENTADO BONETE; A.: “Crisis y reforma del despido: puntos críticos seguidos de algunas propuestas”, *Actualidad Laboral* núm. 11, 2010, www.laley.es LALEY 3989/2010.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “El despido objetivo y el despido disciplinario”, *Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 34, 2013.
- HERRÁINZ MARTÍN, M.S.: “La puesta en práctica de la flexiseguridad: ¿una posición mágica para los problemas de empleo en los países de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 72, 2007.
- LAHERA FORTEZA, J.: “Las paradojas del despido libre pagado (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008)”, *Relaciones Laborales* núm. 2, 2009, www.laley.es, LALEY 58/2009.
- MARTINEZ MOYA, J.: “Las causas de los despidos económicos una perspectiva jurídica”, en A.A.V.V., DESDENTADO BONETE, A. (Dir.) y DE LA PUEBLA PINILLA, A. (Coord.), *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- MERCADER UGUINA, J.: El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultractividad, XXV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, La reforma laboral de 2012, Madrid, octubre de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
- MOLINS GARCÍA ATANCE J.: “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo”, *Aranzadi Social* núm. 1/2011.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 34, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”. *Temas laborales* núm. 115, 2012.
- RAMOS, J.: “Flexibilidad y nuevos retos laborales: ¿resignación o imaginación?”, *Relaciones Laborales*, I, 2001
- RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: “Sobre el contrato de trabajo único”. *Relaciones Laborales* núm. 10, 2009.

- ROJO TORRECILLA, E.: “ERES. Nuevo repaso a la doctrina de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia (Casos Bankia, Recuperación materiales diversos, Tenneco, Madridec, El País, Fuentecapala, Teca-Print Ibérica y Semar Aluminio) (I y II)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/02/eres-nuevo-repaso-la-doctrina-de-las.html#more>
- ROJO TORRECILLA, E.: “Sobre las causas de los despidos del complejo y polémico litigio jurídico y social de Telemadrid. Examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2014 (I, II, III y IV)”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/06/sobre-las-causas-de-los-despidos-del.html#more>
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral”, en AA.VV., *Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.
- SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M. “El despido colectivo: reflexiones sobre sus nuevos contornos”, Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales núm. 88, enero-abril 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La cantinela de los 45 días de indemnización”. Revista de Trabajo núm. 22.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El “descuelgue” y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Francis Lefbvre, Madrid, 2014.
- SEOANE GARCÍA, A.: “...Y luego dicen que el despido es caro”. Revista de Derecho Social núm. 45, 2009.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, Revista de Derecho Social núm. 46, 2007.
- UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.; APARICIO ALDANA, R.K.: “El despido *ad nutum*, como medida inconstitucional de reestructuración laboral”. RTSS.CEF núm. 380, 2014.

CAPÍTULO VI.

EL RÉGIMEN DEL DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: VISIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

ROLANDO ENRIQUE UBILLÚS BRACAMONTE¹ Y JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR²

Sumario: I.- INTRODUCCIÓN. II. TRATAMIENTO NORMATIVO. 2.1. Regulación constitucional. 2.2. Regulación legal. III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL. 3.1. El caso telefónica. 3.2. El caso Llanos Huasco. 3.3. El caso Baylón Flores. 3.4. El cobro de los beneficios sociales no acarrea la aceptación del despido. 3.5. La reposición de un trabajador a través de un proceso ordinario laboral. 3.5.1. Sentencia casatoria laboral n° 3979-2011- Tacna. 3.5.2. Primer pleno jurisdiccional supremo laboral de 2012. 3.6. El principio *iura novit curia* en la calificación de la demanda de despido vulneratorio de los derechos fundamentales. 3.7. Despido sin causa del personal de alta dirección y de confianza. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional peruano, a través de diversos pronunciamientos emitidos en los procesos de amparo, ha ido construyendo de forma progresiva, una doctrina constitucional en torno al contenido del derecho al trabajo, la estabilidad laboral y la protección adecuada frente al despido arbitrario consagrada en el art. 27 de la Constitución peruana.

¹ Doctorando del Departamento de Derecho Privado, del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Máster Oficial en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia por la Universidad Rey Juan Carlos. Abogado y Máster por la Universidad de Piura.

² Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Candidato a Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Director del Laboratorio Hispano - Peruano de Jurisprudencia (sección Perú).

Parafraseando a ALONSO OLEA, esta doctrina constitucional puede calificarse de lenta y suave³ y no siempre ha seguido una misma línea argumentativa. No obstante, hoy en día se encuentra consolidada, por lo menos en el aspecto material o sustantivo. Algunas cuestiones de carácter procesal se encuentran pendientes debido a la entrada en vigor de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 que, tal como está concebida contradice el carácter residual del proceso de amparo. A ello se suman algunos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la República y por el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral de 2012, como tendremos ocasión de referir. Cabe precisar que, hasta el momento, el máximo intérprete de la Constitución no se ha pronunciado sobre estos cuestionamientos procesales.

En la presente investigación se esbozan algunas pinceladas relacionadas con la regulación que el constituyente y el legislador han establecido sobre el derecho al trabajo y el despido. Posteriormente, esbozaremos las respuestas sustantivas y procesales que los máximos tribunales peruano -tanto el Tribunal Constitucional, como la Corte Suprema- han otorgado al despido.

II. TRATAMIENTO NORMATIVO

2.1. Regulación constitucional

La Constitución peruana, a diferencia de la española, no distingue entre derechos humanos, fundamentales y constitucionales⁴. Tampoco les otorga distinto tipo de protección. En el Perú todos los derechos reconocidos, explícitamente, en el art. 2 de la Constitución, e implícitamente los que se desprenden de su art. 3, tienen la misma fuerza vinculante y el mismo grado de protección⁵.

³ La expresión “lenta y suave” fue popularizada por el Prof. Alonso Olea en su artículo: ALONSO OLEA, M.: “La jurisprudencia lenta y suave del Tribunal Constitucional” en *Revista de Administración Pública* núms. 100-102, 1983, págs. 93 y ss.

⁴ En la doctrina científica española existe todo un debate sobre la naturaleza de derecho fundamental o no del derecho al trabajo, pues se encuentra ubicado fuera del marco normativo al cual la constitución española reconoce a sus titulares el derecho a ejercer su tutela jurisdiccional a través de un procedimiento ante los Tribunales ordinarios basado en el principio de preferencia y sumariedad siendo posible la interposición del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria. Sin embargo se considera que esta distinción procesal es insuficiente para descalificarlo como derecho fundamental pues cuenta con la protección del respeto a su contenido esencial y su vinculación a los poderes públicos. Al respecto Vid.: ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 36-37; MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tabla Editores, Trujillo, 2005, págs. 172-180. Posición distinta a esta postura es la de PÉREZ TREMP, P. “Los derechos fundamentales”, en AA. VV., *Derecho constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 143.

⁵ El art. 2 de la Constitución peruana realiza una enumeración de derechos de la persona. Esta lista es considerada *numerus apertus* en virtud de lo dispuesto en el art. 3 del mismo texto constitucional, que establece expresamente que: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye

Además, en razón de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, los derechos constitucionales (explícitos e implícitos) se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Estado Peruano⁶.

Dentro de la enumeración de derechos de la persona que realiza el art. 2 de la Constitución peruana, en el numeral 15, se reconoce un aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo al establecerse que: «Toda persona tiene derecho: (...) a trabajar libremente, con sujeción a ley⁷». Posteriormente, con el art. 22, encuadrado dentro del Capítulo de los Derechos Sociales y Económicos del texto constitucional, se completa el contenido del derecho al trabajo, al señalarse que «*El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*».

Por otro lado, el art. 27 del texto constitucional establece que: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario», sin especificar a qué se refiere por «despido arbitrario» ni, mucho menos, precisar la forma como debe materializarse la adecuada protección contra dicha forma de extinción de la relación laboral.

De una simple lectura de los preceptos señalados de la Constitución peruana se advierte que ésta reconoce expresamente al derecho al trabajo, como un derecho y un deber, sin entrar en detalles sobre su contenido esencial ni sobre la forma en que debe materializarse la protección de dicho derecho fundamental frente a un despido que vulnere su contenido esencial u otros derechos conexos.

Por esa razón, para la determinación del contenido esencial del derecho al trabajo y su adecuada protección se contará con un instrumento vital para la protección de los derechos fundamentales: la remisión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales suscritos por el Perú que servirán como herramienta de interpretación de las normas nacionales⁸.

Finalmente, por tratarse de derechos reconocidos en la Constitución, estos pueden ser protegidos de modo directo a través del proceso constitucional de amparo cuya finalidad es proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Es ese el sentido de la regulación contenida en el art. 200.2 de la Constitución y el art. 1

los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

⁶ Similar dispositivo constitucional recoge el art. 96 de la Constitución española.

⁷ El resaltado es nuestro.

⁸ Este instrumento es constantemente utilizado por el Supremo intérprete de la Constitución al momento de dotar de protección a los derechos reconocidos en la Constitución, sea en el proceso constitucional de amparo, en el proceso de hábeas corpus o en el proceso de inconstitucionalidad. Así, se puede verificar la STC N.º 0217-2002-HC/TC (17.04.2002), STC N.º 26-2004-AI/TC /28.09.2004), STC N.º 2798-2004-HC/TC (9.12.2004), STC N.º 1417-2005-AA/TC (8.07.2005), entre otras.

del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley No. 28237⁹. Esta última norma, además, al establecer la lista de derechos que pueden ser protegidos vía proceso de amparo, recoge expresamente, en el numeral 10, al derecho al trabajo; pero además, en el numeral 25 hace una referencia genérica y abierta a los demás derechos que la constitución reconoce y que, de acuerdo con el mandato del art. 3 de la Constitución son aquellos que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

2.2. Regulación legal

Dentro del régimen laboral de la actividad privada, el desarrollo legislativo de la «adecuada protección contra el despido arbitrario», que exige el art. 27 de la CP, se ha materializado en el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, y, posteriormente, por su Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, denominado Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), en el que se establecen cuatro tipos genéricos de despidos: el despido justificado, el despido indirecto, el despido nulo y el despido arbitrario.

Los arts. 22 a 28 de la LPCL reconocen en el empleador la facultad de extinguir, de forma unilateral, la relación jurídica laboral en los casos que exista una causa justa de despido, pre establecida en la Ley (en garantía del principio de legalidad¹⁰) y siguiendo el procedimiento que establece la LPCL (en salvaguardia del principio del debido proceso¹¹). Este despido no trae ninguna consecuencia para el empleador, sin perjuicio de los conflictos que se generen con el trabajador por los beneficios sociales pendientes de pago.

⁹ De acuerdo con la Constitución peruana (art. 200.2) y el Código Procesal Constitucional, el proceso constitucional de amparo procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos constitucionales que no son protegidos por los procesos de *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento; pudiendo ser ejercido por el afectado o su representante; siendo que, además, puede ser presentado por tercera persona en caso de imposibilidad de la presencia física del afectado.

¹⁰ El principio de legalidad se encuentra consagrado por la Constitución en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Vid. STC N.º 010-2002-AI/TC (3.01.2003), F.J. 44 y ss.

¹¹ La observancia del debido proceso se encuentra reconocido como un principio propio de la administración de justicia en el art. 139.3 de la Constitución peruana. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que los derechos fundamentales que componen dicho principio son exigibles no solo a los órganos de naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar), sino que también pueden ser extendido, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales (administración pública) y en las relaciones entre los particulares, como en las relaciones laborales. Vid., entre otras la STC 0023-2005-AI/TC (27.10.2006).

El despido indirecto es aquel tipo de extinción de la relación jurídica laboral decidida por el trabajador, como consecuencia de algún acto de hostilidad cometido por el empleador que atente contra la dignidad del trabajador. El art. 30 de la LPCL establece una lista de supuestos de actos de hostilidad equiparables al despido¹².

Por su parte, el despido nulo se encuentra regulado en el art. 29 de la LPCL. Dicho precepto establece que: «Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25; d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa¹³». También es despido nulo el que sufre el portador del VIH (Ley 26626) o el de la persona con discapacidad (Ley 29973, Séptima Disposición complementaria modificatoria).

En realidad este precepto no otorga una definición del despido nulo, sino que establece una serie de supuestos de extinción unilateral por parte del empleador que además de ser despidos sin causa real, tienen la peculiaridad de vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, de allí que se le denominen también despidos lesivos de derechos fundamentales.

Ahora bien, el art. 34 de la LPCL ha establecido que la reposición del trabajador a su puesto de trabajo es la consecuencia que corresponde frente a la ocurrencia de alguno de los supuestos del despido nulo, salvo que el trabajador, en ejecución de la sentencia, opte por la indemnización que la referida ley establece para el despido arbitrario. Además de la reposición o, en su caso, la indemnización, el art. 40 de dicha

¹² El artículo 30 de la LPCL establece como actos de hostilidad equiparables al despido: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción inmotivada de remuneraciones o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicio, con el propósito de ocasionarle un perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia. f) Los actos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma; g) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. También, por mandato de la Ley No 27409 de 24.01.20012 es un acto de hostilidad equiparable al despido la negativa injustificada del empleador a otorgar la licencia correspondiente por adopción.

¹³ El art. 55.5 de Estatuto de los Trabajadores español reconoce algunas de las causales como despidos vulneradores de los derechos fundamentales y por ello, los reconoce como nulos; estableciendo como efecto del mismo la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir.

norma añade que el trabajador tendrá derecho al pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la fecha en que se produce la reposición del trabajador en su puesto de trabajo o, de ser el caso, en el momento en que el trabajador, en ejecución de sentencia, comunica al juez su decisión de optar por la indemnización en lugar de la reposición.

El despido arbitrario se encuentra regulado en el art 34 de la LPCL. En este precepto se establece que «Si el despido es arbitrario por no haberse *expresado causa*¹⁴ o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38».

Como es evidente, dicho dispositivo legal regula dos supuestos para la configuración de un despido arbitrario. El primero supuesto se configura frente a la ausencia de causa que motive el despido, despido sin expresión de causa o despido *ad nutum* y, el otro supuesto de despido arbitrario se configura cuando el empleador, a pesar de haber expresado una causa justa de despido, no puede comprobarla dentro del proceso judicial.

El monto indemnizatorio que establece el art. 38 de la LPCL es de una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones¹⁵ para los trabajadores a plazo indeterminado. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba. Para los trabajadores a plazo fijo (contratos sujetos a modalidad o plazo determinado), la indemnización equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un máximo de 12 remuneraciones (art. 76 de la LPCL).

Como puede advertirse, el legislador peruano ha establecido dos consecuencias, según la causa del despido, con las que pretende brindar la «adecuada protección contra el despido arbitrario», que exige el art. 27 del texto constitucional. Así, por una parte, para los despidos vulneratorios de los derechos fundamentales, establece como consecuencia la reposición del trabajador a su puesto de trabajo y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y, para los otros tipos de despidos (arbitrario e indirecto) establece como resarcimiento el pago de una indemnización que tendrá en cuenta el tiempo de servicio del trabajador y el monto de su remuneración ordinaria mensual.

¹⁴ El resaltado es nuestro.

¹⁵ Este monto indemnizatorio era equivalente a la cuantía indemnizatoria que establecía el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores español antes de la reforma laboral de 2012. Como se sabe, la reforma de 2012 ha sido realizada, como viene siendo costumbre en el país ibérico, en dos etapas: la primera a través de una ley de urgencia, materializadas mediante el RD. Ley 3/2012, de 10 de febrero, y posteriormente, en la segunda etapa, a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, ambas enmarcadas bajo el título de «medidas urgentes para la reforma del mercado».

III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

A inicios de la década del 2000, tras la caída de régimen fujimorista, el Tribunal Constitucional peruano empezó a revisar el contenido constitucional de algunas normas legislativas¹⁶. Entre ellas, se cuestionó la constitucionalidad del «despido sin expresión de causa» que -como hemos visto- es uno de los supuestos de despido arbitrario que regula el art. 34 de la LPCL y que, según la norma, acarrea como consecuencia el pago de una indemnización¹⁷.

Como nos precisa VINATEA, de modo general, el Tribunal Constitucional engloba en la categoría de despidos sin causa “a todos los despidos que carecen de ésta; a los que tienen un motivo prohibido por la Ley y a todos aquellos que, en general, violan un derecho fundamental”¹⁸.

Para el Tribunal Constitucional, el despido *ad nutum* o despido sin causa es inconstitucional en tanto afecta directamente el contenido esencial del derecho al trabajo, en su dimensión de estabilidad en el empleo. En relación con el despido, el máximo intérprete de la constitución ha ido estableciendo diversos criterios que, hoy por hoy, constituyen la doctrina constitucional consolidada que pasaremos a repasar:

3.1. El caso Telefónica

El Tribunal Constitucional inicia la delimitación de los supuestos susceptibles de ser protegidos a través del proceso constitucional de amparo, por vulneración del derecho al trabajo, a través de la sentencia del 11 de julio de 2002, contenida en el expediente n° 1124-2001-AA/TC.

Conviene precisar que el Tribunal establece un presupuesto fundamental para sustentar su decisión final. Este tiene que ver con la doctrina de los efectos *inter privados* de los derechos constitucionales según la cual “La vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares”, de tal forma que “cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretende conculcar o desconocerlos (...) resulta inexorablemente inconstitucional”. De allí que, continúa el Tribunal, “la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe

¹⁶ Vid.: SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reconstrucción jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional peruano”, Relaciones Laborales núm. 19, 2008. (La Ley 39968, 2008).

¹⁷ Vid.: art. 38 de la LPCL.

¹⁸ Vid.: VINATEA RECOBA, L.: “La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario. En *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura, Lima, 2004, pág. 112.

también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privados* de los derechos constitucionales”¹⁹.

Antes de adentrarnos en los fundamentos jurídicos que determinaron la calificación de inconstitucional de este tipo de despido es necesario identificar los hechos más relevantes de esta sentencia y, posteriormente, establecer los fundamentos jurídicos de esta decisión.

De los hechos referidos en la sentencia, se advierte que el Sindicato Unitario de trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) interpusieron una acción de amparo contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. con el objeto de que dichas empresas se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en razón de la supuesta aplicación de un Plan de despido Masivo contenido en un «Resumen Ejecutivo», supuestamente elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de Telefónica del Perú S.A.A. que cuenta con una lista de sesenta y siete trabajadores que serían desvinculados de ésta última empresa.

Los demandantes alegan que se ha iniciado una política de despidos masivos con el propósito de despedir a la totalidad de trabajadores sindicalizados y, que dichos despidos vulneran los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Las empresas demandadas contestan por separado la demanda. La empresa Telefónica del Perú Holding interpone las excepciones de representación defectuosa e insuficiencia de los demandantes y caducidad y falta de legitimidad para obrar del demandado. Además, en cuanto al fondo, argumentó que no existe tal amenaza. Por su parte, la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contestó la demanda alegando desconocimiento sobre la autoría del “Resumen ejecutivo” y de la lista anexa de trabajadores supuestamente a ser “desvinculados”, pues carecen de firma. Asimismo, alegan que en el supuesto negado de que dicho documento haya sido elaborado por ella, solo contiene propuestas y no una decisión adoptada.

El Tribunal Constitucional ratificó el criterio de la segunda instancia de declarar fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado interpuesta por Telefónica Perú Holding señalando expresamente los siguientes: “(...) este Tribunal considera que al ser planteada la demanda ante la amenaza de ceses masivos de los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. y en representación de estos, no existe relación material con la empresa Telefónica Perú Holding S.A. que sustente la relación procesal entablada con ella, *dado que esta última no es la entidad empleadora*”²⁰.

¹⁹ Vid. STC N.º 1124-2001-AA/TC (11.07.2002). F.J. 7.

²⁰ Si bien es cierto, el Alto Tribunal exige algo más que la mera vinculación empresarial para atribuir responsabilidad laboral al grupo de empresas; sin embargo, no establece qué elementos serían necesarios para que se configure un grupo de empresas a efectos laborales. Similar parecer comparten: TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; CUEVA VIEIRA, E.: “Grupo de Empresas, Transmisión de Empresas y Persecutoriedad

Ahora bien, con relación al objeto de la demanda, el Alto Tribunal advirtió que no tenía sentido pronunciarse en torno a la abstención de los despidos; debido a que, a la fecha, los despidos ya se han producido, por lo que entra a evaluar la constitucionalidad de la forma como se han materializado los mismos.

Los referidos despidos se produjeron mediante uno de los mecanismos legalmente previsto en el art. 34 de la LPCL, concretamente mediante el despido sin imputación de causa, conocido doctrinalmente como despido *ad nutum*²¹. Además, el Tribunal advierte que los trabajadores despedidos son miembros de la federación y de los sindicatos demandantes. Por este motivo considera que el acto extintivo vulnera el derecho de sindicación que es una de las dimensiones del derecho constitucional a la libertad sindical que reconoce el art. 28.1 de la Constitución peruana, cuyo contenido debe interpretarse en concordancia con los tratados internacionales que el Perú ha suscrito, por mandato de lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Para ello recurre a la regulación contenida en el art. 2 del Convenio núm. 87 de la OIT sobre el derecho a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación que precisa que dichos derechos consisten en: “el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”.

Esta vulneración al derecho constitucional a la libertad sindical habría bastado para considerar fundado el amparo; sin embargo, el constitucional va más allá al interpretar el art. 34 de la LPCL, a la luz del contenido del derecho al trabajo regulado en el art. 22 y teniendo en cuenta que el mandato contenido en el art. 27 de la Constitución consagra un principio de reserva de ley que no determina la forma de protección

Laboral ¿Cuáles son sus alcances?”, Diálogo con la Jurisprudencia núm. 90, Gaceta Jurídica, 2006, págs. 23-24; ARCE ORTIZ, E.: “El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo. Aspectos individuales de la cuestión”, Asesoría Laboral, abril, 2003, pág. 14.

²¹ Es importante indicar que dentro de la realidad laboral española, los empresarios suelen recurrir, en más de un 80%, al despido sin causa o a la contratación temporal como medida de ajuste de la plantilla de los trabajadores. Así lo demuestran las estadísticas anuales elaboradas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social hasta el año 2012, en relación a las altas en las prestaciones por desempleo. Después del año 2012 las estadísticas del referido Ministerio no contemplan este dato; suponemos que es debido a que tras la reforma laboral del 2012, el legislador ha dejado de regular en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores los requisitos y cargas de esta original forma de extinción sin causa; sin embargo, ello no quiere decir que el despido sin causa se encuentra prohibido dentro del ordenamiento jurídico español, en razón del principio de vinculación negativa de los particulares a las normas jurídicas, por el cual: «lo que no está prohibido, se encuentra permitido». Por lo tanto, hasta que no se prohíba expresamente por ley o se declare, a nuestro parecer, su evidente inconstitucionalidad, el despido sin causa estaría legitimado dentro de dicho ordenamiento jurídico. La estadística ministerial es accesible en internet en: http://www.empleo.gob.es/estadisticas/BEL/PRD/prd15_top_HTML.htm (Última consulta 13 de marzo de 2014). El propio legislador español admite la tendencia del empresario español de acudir preferentemente al despido sin causa en el preámbulo de la Ley 3/2012 (apartado tercero del punto V) y, con anterioridad, en el punto II del preámbulo de la Ley 35/2010. Recientemente, el Tribunal Constitucional español, en su Auto de 12 de febrero de 2014, ha señalado la constitucionalidad del despido sin causa.

frente al despido arbitrario pero que presupone que cualquier desarrollo legislativo, para ser válido, no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador²².

Para el Tribunal Constitucional, el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos, el primero, el derecho a acceder a un puesto de trabajo y, el segundo, el derecho a mantenerse en el mismo, es decir, a no ser despedido sin una causa justa de despido predeterminada en la Ley. El Tribunal deduce el último de los aspectos del contenido del derecho al trabajo del artículo 7.d del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²³ y del Convenio núm. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que, aunque no se encuentra ratificado por el Perú, se debe tener en cuenta en calidad de Recomendación.

Un despido sin causa, como el establecido en el art. 34 de la LPCL, vacía de contenido al art. 22 de la Constitución pues admitir tal tipo de despido resulta contrario al principio de casualidad que se encuentra garantizado por el derecho constitucional al trabajo. En este sentido, aunque el art. 27 de la Constitución delega en el legislador la posibilidad de regular el despido; no obstante esta regulación debe ser acorde con la Constitución; por lo cual, la ausencia de imputación de causa vulnera el contenido del Derecho al Trabajo y es considerada inconstitucional.

Por tratarse de la vulneración de un derecho constitucional la forma de protección no puede ser sino la de retrotraer las cosas al estado anterior a la violación del derecho. En ese sentido, se declara fundada la acción de amparo y se ordena la reincorporación de los trabajadores del Sindicato que fueron despedidos por Telefónica del Perú S.A.A²⁴.

Es importante advertir que, a pesar del número de trabajadores despedidos, en ningún momento el Tribunal se cuestiona si el despido pudo haber sobrepasado el umbral que prevé el art. 48 de la LPCL para los despidos por motivos económicos,

²² De allí que el Tribunal Constitucional precisa que “no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una facultad de despido arbitrario hacia el empleador”. Cfr. STC N.º 1124-2001-AA/TC (12.07.2002), FJ. 12.

²³ La citada norma internacional establece: art. 7: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

²⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STEDH, de 20 de octubre 2009, Caso *Lombardi Vallauri* contra Italia, fundamentos 54, 71, 72 (TEDH 2009\109), al señalar que la falta de conocimiento del trabajador demandante de las razones que fundan su despido, imposibilita en sí mismo, el ejercicio de un debate contradictorio, descartando cualquier posibilidad de ejercicio de contradicción judicial violándose el derecho al acceso efectivo a un Tribunal contemplado en el artículo 6.1 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades fundamentales. Por el contrario, postura distinta ha adoptado recientemente el Tribunal Constitucional español en el Auto, de 12 de febrero de 2014.

tecnológicos, estructurales o análogos; sino que sólo se detiene en analizar la forma como se realizó el despido y el tipo de trabajadores (dirigentes o miembros del sindicato) afectados por el mismo.

3.2. El caso Llanos Huasco

A partir de la sentencia de 13 de marzo de 2003, recaída en el expediente núm. 976-2001-AA/TC, conocido como el caso Llanos Huasco.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional describe los diversos mecanismos de protección frente al despido²⁵. En primer lugar, diferencia entre mecanismos sustantivos de los procesales. Los primeros tienen que ver con la forma en que ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el art. 27 de la Constitución peruana. Pueden ser de tipo preventivo y de tipo reparador. Los del tipo preventivo tienen que ver con la exigencia legal de causa y debido procedimiento establecido en el art. 22 de la LPCL. Los del tipo reparador tienen que ver con el hecho de que la ley no evita que se produzca el despido, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias. En este último caso, el supremo intérprete considera que este régimen será compatible con la Constitución siempre que sea el trabajador el que, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobre la indemnización o inicie una acción judicial en la vía ordinaria con el objeto de que se declare la arbitrariedad del despido y se ordene el pago de la indemnización.

Los mecanismos procesales pueden ser de naturaleza reparadora relacionado con la acción indemnizatoria o la acción impugnatoria de despido, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; o de naturaleza restitutoria que es el que se establece a través del proceso de amparo.

También el Tribunal Constitucional determina la existencia de tres tipos de despidos vulneratorios del derecho al trabajo, que son susceptibles de ser impugnados a través de un proceso de amparo: 1) el despido nulo, 2) el despido incausado y 3) el despido fraudulento.

El Tribunal Constitucional define el despido nulo de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 de la LPCL. El despido incausado es aquel que se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de forma verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o de la labor que la justifique; es decir, en este tipo de despido ratifica el criterio vertido en la Sentencia del 11 de julio del año 2002 del Exp. 1124-2002-AA/TC (Caso Telefónica). Finalmente, el despido fraudulento se produce cuando al trabajador se le imputa una causal y se cumplen con los cánones procedimentales, pero los hechos imputados son notoriamente inexistentes, falsos e imaginarios o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

²⁵ STC N.º 0976-2001-AA/TC (13.03.2003), E.J. 11 y ss.

El Tribunal advierte que en los supuestos de despido fraudulento no existe realmente una causa justa de despido. Por ello, todas estas situaciones son equiparables al despido sin expresión de causa, razón por la cual devienen en lesivos del derecho constitucional al trabajo²⁶.

Asimismo, el Tribunal considera en esta sentencia que si el trabajador acepta el pago de sus beneficios sociales y la indemnización por el despido, se da por extinguida la relación laboral, y, por lo tanto, no puede solicitar la reposición a su puesto de trabajo a través de un proceso de amparo²⁷.

Además, precisa que el art. 27 de la Constitución permite, como efecto resarcitorio ante el despido, tanto la indemnización como la reposición del trabajador, de acuerdo con lo que decida el trabajador. Así, en el caso de los supuestos de configuración de despidos nulos, fraudulentos e incausados procederá la reposición si el trabajador acude al proceso de amparo. Por el contrario, si el trabajador acude al proceso ordinario laboral la protección que encontrará será la dispuesta en dicho orden judicial. Así, en los casos de despidos nulos corresponderá la reposición del trabajador más el pago de las remuneraciones devengadas, tal como lo establece el segundo párrafo del art. 34 de la LPCL en concordancia con lo dispuesto en el art. 40 del referido texto legal. Por su parte, a los supuestos de despidos sin causa y fraudulento dentro del proceso ordinario laboral les corresponderá la indemnización por despido arbitrario, pues esta la consecuencia que establece la jurisdicción ordinaria para este tipo de despidos.

En la práctica, teniendo en cuenta que la prueba en el proceso constitucional debe ser *prima facie* evidente, la decisión de acudir al proceso ordinario laboral o constitucional de amparo dependerá de la calidad de las pruebas con las que cuenta el trabajador para acreditar la vulneración de su derecho al trabajo. De esta forma, si hiciera falta realizar actividades probatorias adicionales a la simple constatación de las pruebas aportadas se deberá acudir al proceso ordinario laboral; a pesar de que en dicha jurisdicción se iba a conseguir solamente una reducida indemnización por despido arbitrario en los supuestos de despido fraudulento y sin causa.

Los trabajadores, en especial los de mayor antigüedad, percibían a la indemnización por despido arbitrario como reducida y hasta ridícula, debido a que el monto de la indemnización muchas veces no era proporcional al tiempo laborado; en vista que el art. 38 de la LPCL establece que la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media por cada año de servicios con un tope de doce remuneraciones. Esta fórmula de cálculo de la indemnización genera que el trabajador alcance dicho tope de indemnización al haber laborado ocho años en favor de un mismo empleador. Así, por ejemplo, la indemnización de un trabajador que había laborado veinte o más años en favor de una empresa es equivalente a otro

²⁶ Vid. STC N.º 0976-2001-AA/TC (13.03.2003), F.J. 4, apartado 15.

²⁷ Vid.: STC N.º 0976-2001-AA/TC (13.03.2003), F.J. IV, apartado a.2. Este criterio fue adoptado por el Tribunal Constitucional en el Caso Ramírez Alzamora STC. N.º 0532-2001-AA/TC (7.11.2002).

que solo había laborado ocho años. Es más, teniendo en cuenta lo reducido de las remuneraciones en el Perú los montos indemnizatorios resultan a todas luces escasos.

3.3. El caso Baylón Flores

En la sentencia del 28 de noviembre de 2005, contenida en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, conocida como el caso Baylón Flores, se reiteran los criterios jurisdiccionales del caso Llanos Huasco; estableciendo, con carácter de precedente de observancia vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los supuestos considerados como despidos vulneratorios de los derechos constitucionales, en concreto, del derecho al trabajo que pueden ser protegidos a través de la acción de amparo: al despido incausado, fraudulento y nulo²⁸. De esta forma, el proceso de amparo constituye una forma de protección procesal adecuada frente a los despidos que vulneren derechos constitucionales.

Se precisa además que, dado el carácter residual del amparo, sólo en los casos en que las vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente o en situaciones especiales que deben ser analizadas caso por caso, por los jueces será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, siempre que el demandante pruebe que es el proceso de amparo la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio del derecho constitucional vulnerado y no el proceso judicial ordinario de que se trate²⁹.

Si bien en el proceso ordinario laboral la protección contra el despido nulo es la reposición y el pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha de cese hasta la reposición, el Tribunal considera que los supuestos configuradores de este tipo de despido pueden ser también protegidos a través de la acción de amparo, debido a que vulneran derechos constitucionales que son el objeto de protección de dicho proceso constitucional, tal como lo establece el art. 200.2 de la Constitución.

Asimismo, en esta sentencia se considera que a través del proceso de amparo solo se logrará la reposición del trabajador y no el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. No obstante, deja a salvo la posibilidad de que el trabajador pueda exigir dichas remuneraciones devengadas en la vía idónea³⁰.

²⁸ STC N° 0206-2005-PA/TC (28.11.2005), F.J. 7.

²⁹ STC N.° 0206-2005-PA/TC (28.11.2005), F.J. 6.

³⁰ Vid. STC N.° 0206-2005-PA/TC (28.11.2005), F.J. 31.

3.4. El cobro de los beneficios sociales no acarrea la aceptación del despido

Desde la expedición de la sentencia del 14 de julio de 2010, recaída en el Exp. N° 03052-2009-PA/TC³¹, el Tribunal Constitucional varió su criterio de considerar que el cobro de los beneficios sociales es una aceptación tácita del despido³². A partir de ella, el Alto Tribunal considera que el cobro de los beneficios sociales por parte del trabajador no constituye impedimento para que este pueda recurrir al proceso de amparo para solicitar su reposición en su centro laboral.

Asimismo, desde esta sentencia se hizo una distinción entre el cobro de los beneficios sociales y el cobro de la indemnización por despido arbitrario. Así, el cobro de los beneficios sociales no origina consentimiento alguno del despido arbitrario. Cuestión aparte se presenta con la indemnización por despido arbitrario, cuyo cobro generará la terminación del vínculo laboral. Entiende el Tribunal que cuanto el trabajador cobra la indemnización por despido está optando por la eficacia resolutoria frente al despido y no por la eficacia restitutoria que otorga el proceso de amparo³³.

El argumento del Alto Tribunal guarda relación con el hecho de que subordinar la posibilidad de demandar en vía de proceso de amparo la reposición en el empleo por vulneración de un derecho constitucional al no cobro de los beneficios sociales (sea que se trate de la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones, gratificaciones, utilidades, etc., que tienen todos calidad de derecho adquirido), pone en “grave peligro la subsistencia o por lo menos la vida digna que se le reconoce al trabajador y a su familia, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en otros pactos internacionales y la propia Constitución; toda vez que al haber dejado de percibir su remuneración habitual base del sustento económico de él y de su familia por efectos del despido; el hacer uso del beneficio social de previsión en estas circunstancias, solo se estaría ejerciendo un derecho legítimo; de no ser así se estaría avalando un acto vulneratorio de los derechos fundamentales, al que se pretende encubrir bajo el argumento de una supuesta voluntad del trabajador de dar por extinguida la relación laboral”³⁴.

³¹ Un análisis exhaustivo sobre la referida sentencia realiza APARICIO ALDANA, R. K.: “Una vuelta al camino de baldosas amarillas: Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 03052-2009-PA/TC”, *Gaceta Constitucional*, núm. 61, 2013, págs. 127 y ss.

³² Entre las sentencias del Tribunal Constitucional que consideraron que el cobro de los beneficios acarrea la aceptación del despido se encuentran, entre otras, STC N° 0532-2001-AA/TC (7.11.2002), STC N° 915-2005-PA/TC, STC N° 02359-2005-PA/TC (19.05.2006), STC N° 3304-2007-PA/TC, STC N° 6198-2007-PA/TC, STC N° 05381-2006-PA/TC y STC N° 02499-2008-PA/TC.

³³ Este criterio jurisprudencial se reiteró, entre otras, en la STC N° 01382-2013-PA/TC /17.06.2013).

³⁴ STC 03052-2009-PA/TC (14.07.2010), F.J. 24. Y es que -como agrega el Tribunal Constitucional- “el consentimiento del despido debe surgir de un comportamiento del trabajador que no genere dudas al respecto, y que sea manifestación evidente de que el trabajador renunció a buscar la protección reparadora que brinda el proceso de amparo”.

3.5. La reposición de un trabajador a través de un proceso ordinario laboral

La Corte Suprema ha emitido diversas sentencias casatorias y hasta un pleno jurisdiccional³⁵ en torno a la consecuencias y la vía procedimental pertinente frente a un despido incausado o fraudulento.

3.5.1. Sentencia casatoria laboral n° 3979-2011- Tacna

En la Casación Laboral N° 3979-2011 Tacna, del 25 de abril de 2012³⁶, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema, se establece que, a partir de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es jurídicamente posible reponer a un trabajador despedido de forma fraudulenta o sin causa a través del Proceso Abreviado Laboral contradiciendo la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en los Casos Llanos Huasco (STC Exp. N° 976-2001-AA/TC) y Baylón Flores (STC N° 0206-2005-PA/TC) en las que se estableció que estos tipos de despidos tenían como efecto la reposición del trabajador, siempre y cuando, acudiera al proceso constitucional de amparo. En caso contrario, si el trabajador optara por la vía ordinaria laboral obtendría la indemnización y no la reposición a su puesto de trabajo.

La Corte Suprema resuelve este aparente conflicto señalando que si bien es cierto el Tribunal Constitucional ha dispuesto que el proceso de amparo era la vía idónea para exigir la reposición del trabajador en caso de despido *ad nutum* o fraudulento, dicho precedente vinculante no prohíbe, ni limita la posibilidad de que el justiciable opte por solicitar tutela restitutoria en la vía judicial.

El problema de no utilizar la vía judicial se debía a que la antigua Ley Procesal del Trabajo no establecía como efecto del despido *ad nutum* o fraudulento la posibilidad de la reposición. De allí que -afirma la Corte Suprema- con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (cuyo artículo 2.2 establece que es competencia de los juzgados especiales de trabajo, la pretensión por reposición en los procesos abreviados) la ausencia de regulación de la anterior norma procesal laboral queda zanjada haciendo posible que el trabajador acuda a un proceso judicial laboral teniendo como petitorio la reposición de un despido *ad nutum* o fraudulento.

³⁵ De acuerdo con el art. 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto legislativo 757, de fecha 4 de diciembre de 1991: “Los integrantes de las Salas especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de especialidad, a instancias de los órganos de apoyo del Poder Judicial”. Con ello se pretende unificar los criterios adoptados por las Salas, generando predictibilidad en las resoluciones judiciales mediante la difusión de los acuerdos como doctrina jurisprudencial.

³⁶ Un cometario a esta Sentencia en: APARICIO ALDANA, R. K. y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: “¿Resurrección del amparo alternativo? Análisis de la Sentencia Casatoria N° 3979-2011 Tacna”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, núm. 168, 2012, págs. 307 y ss.

Si bien es cierto, la Corte Suprema considera que la pretensión de reposición por despido fraudulento o sin causa puede exigirse a través de un proceso ordinario laboral; sin embargo, también afirma que este proceso ordinario laboral no constituye una vía igualmente satisfactoria frente al amparo porque “el legislador de la nueva Ley Procesal del Trabajo no ha creado un proceso urgente con la misma naturaleza y envergadura que el proceso constitucional de amparo, sino que el presente es un proceso de cognición plena o de conocimiento que tiene regulada la pretensión genérica de reposición y que de esta manera queda a opción del litigante recurrir a esta vía o al proceso de amparo constitucional³⁷.”

3.5.2. Primer pleno jurisdiccional supremo laboral de 2012

Ante la convocatoria del Presidente de la Corte Suprema, se realizó un pleno jurisdiccional Supremo en materia laboral, los días 4 y 14 de mayo. En dichas reuniones, los magistrados de las Salas de Derecho Constitucional y Social (Permanente y Transitoria) de la Corte Suprema trataron, entre otras cuestiones, el tema de la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y fraudulento en la vía ordinaria laboral y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo n° 29497.

Estas sesiones plenarias se materializaron en el Primer Pleno Jurisdiccional laboral Supremo de 2012. En este pleno se acordó que el juez laboral podía ordenar la reposición del trabajador en su puesto de trabajo; aunque se realizaron algunas precisiones en función de la vigencia o no de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497³⁸ en los diversos Distritos Judiciales.

Así, en los distritos judiciales en los cuales se encuentra aún en vigor la Ley Procesal del Trabajo, núm. 26636, los jueces laborales pueden ordenar la reposición del trabajador ante la impugnación de un despido incausado o fraudulento a través del proceso ordinario laboral.

De los fundamentos que esboza el referido Pleno Jurisdiccional Supremo para arribar a esta conclusión se colige que los jueces laborales, en general, también son garantes de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y debido a que el Tribunal Constitucional ha entendido que el pago de la indemnización no constituye una adecuada protección contra el despido incausado o fraudulento; entonces, en razón de dicho argumento, el Juez laboral también puede reconocer la reposición

³⁷ Vid. Casación Laboral N° 3979-2011 Tacna (25.04.2012), F.J. 15.

³⁸ El segundo párrafo de la novena Disposición Adicional Complementario de la Ley 29497 dispuso que: “(...) La aplicación de la presente Ley se hará de forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (...)”. Un cronograma aplicativo de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en algunos distintos distritos judiciales del Perú realiza el Equipo Informativo laboral de la revista Caballero Bustamante. Accesible en internet en: http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/2012/ecblab_Progresiva-aplicacion-de-la-Nueva-Ley-Procesal-del-Trabajo.pdf (Última consulta 11 de junio de 2014).

cuando conozca estos tipos de despido y por tanto, podrá otorgar la reposición en el empleo, en lugar de la indemnización que prevé el art. 34 de la LPCL.

Por su parte, en los distritos judiciales en donde se encuentre en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo, núm. 29497, sí es posible solicitar la reposición en el empleo en los casos de despido incausado y fraudulento, siempre que sea la única pretensión del proceso y se realice través del proceso abreviado laboral.

En este último la razón estriba en el hecho de que el art. 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece expresamente la competencia material de los Jueces de Trabajo para conocer «(...) 2. En el proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única».

Además, conforme al Acuerdo del Pleno Jurisdiccional, en los distritos judiciales en donde ha entrado en vigor la Nueva Ley Procesal del Trabajo, el proceso abreviado laboral es una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo para solucionar conflictos en los cuales se impugna un despido incausado o fraudulento. Entre los argumentos más resaltantes que recoge el referido pleno se encuentran:

1. Un proceso abreviado y urgente, similar o con mayor rapidez que el proceso de amparo.
2. El proceso abreviado permite otorgar la reposición del trabajador, es decir, la misma consecuencia jurídica que el proceso de amparo.
3. Existe, a diferencia del proceso de amparo, una estancia probatoria plena.
4. Además, es posible interponer medidas cautelares, con la finalidad de aminsonar los perjuicios que produzca el despido vulneratorio del derecho fundamental al trabajo.

El considerar que el proceso abreviado laboral, de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es igualmente satisfactorio acarrea la improcedencia del proceso de amparo, en razón de lo dispuesto en el art. 5.2 del Código Procesal Constitucional³⁹.

3.6. El principio *iura novit curia* en la calificación de la demanda de despido vulneratorio de los derechos fundamentales

La Corte Suprema en la sentencia casatoria laboral núm. 8798-2013-Moquegua, del 2 de diciembre de 2013 consideró que en razón del principio *Iura Novit Curia*, previsto en el art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

³⁹ Expresamente, el art. 5 establece que: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

En el caso examinado en dicho proceso judicial, el Alto Tribunal aplicó dicho principio procesal ante la impugnación por parte de un trabajador de un despido que consideraba nulo, por haberse afiliado a un sindicato y, a la vez, fraudulento, al haberse imputado faltas inexistentes al trabajador. Por lo tanto, considera la Corte Suprema que corresponde al juzgador determinar ante los hechos propuestos cuál es la correcta calificación del despido que corresponde ante los hechos expuestos por el trabajador demandante.

Desde el punto de vista procesal consideramos correcto que el juzgador, ante una invocación errónea, deba calificar el tipo de despido que corresponda; más aún, si la vía procedimental y la consecuencia jurídica de dichos despidos (fraudulento y nulo) es la misma. Sin embargo, en la realidad jurídica no faltan supuestos de despidos que pueden configurar en varios tipos de despidos constitucionales. Así, por ejemplo, imaginemos que se despide sin causa a una trabajadora embarazada de 6 meses de gestación, sin expresión de causa alguna. En este caso, podría tal alegarse que el despido es incausado, pero tuvo por motivo (oculto) el estado de gestación de la trabajadora y, por tanto, al mismo tiempo se trataría de un despido nulo o de un despido lesivo de derechos fundamentales.

3.7. Despido sin causa del personal de alta dirección y de confianza

El Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias⁴⁰ sobre despido sin causa no hizo distinción entre el personal común, el personal de confianza y el de dirección⁴¹. Por ello se consideró que todos los trabajadores tenían la misma protección ante el despido sin causa, es decir, la reposición a su puesto de trabajo.

Posteriormente, el Alto Tribunal diferenció entre los trabajadores comunes u ordinarios de los de confianza (entre los que se encuentran los trabajadores de alta dirección y al personal de confianza); entendiendo que los trabajadores de confianza no le correspondía la reposición en su puesto de trabajo, sino solamente la indemnización por despido arbitrario que prevé el art. 38 en la LPCL frente a un despido incausado⁴².

⁴⁰ STC N.º 1124-2001-AA/TC (11.07.2002); STC N.º 0976-2001-AA/TC /13.03.2003).

⁴¹ El art. 43 LPCL define al personal de alta dirección y al personal de confianza estableciendo que: “Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

⁴² STC N.º 746-2003-AA/TC (19.04.2004), STC N.º 4492-2004-AA/TC /17.02.2005) y STC N.º 2358-2005-PA/TC (12.05.2005).

Las principales características de este personal⁴³ guardan relación con la confianza depositada en él, la relación aboral especial del personal de alta dirección se basa en la confianza recíproca de las partes; por otro lado, el nivel de representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones que lo ligan con el destino de la institución pública, la empresa o los intereses particulares de quien lo contrata; puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal. Por otro lado, el cargo de confianza se determina por la naturaleza de la función ejercida que es la que otorga dicha condición al trabajador, su periodo de prueba puede tener una mayor extensión que la de un trabajador ordinario. También el personal de confianza tiene una remuneración mayor pero, al mismo tiempo, posee diversas limitaciones, tales como su impedimento de afiliación sindical.

De esta forma, si la relación laboral con el personal de dirección (que siempre será personal de confianza) y el personal de confianza (que no siempre será personal de dirección) se encuentra basada en la confianza, la pérdida de la confianza constituye así una causal justa de despido, de naturaleza subjetiva⁴⁴.

Sin embargo, el criterio jurisprudencial fue complementado y el Tribunal Constitucional estableció que si bien es cierto el retiro o pérdida de la confianza es una causa justa de despido, se debía tener en cuenta una diferenciación adicional: si el trabajador había ejercido anteriormente un cargo común u ordinario debía ser repuesto en dicho cargo con la finalidad de que no se produzca un abuso del derecho por parte del empleador⁴⁵, al pretender -a través de la promoción del trabajador ordinario a un cargo de confianza- la sustitución de un régimen laboral común, con protección constitucional de restitución frente al despido *ad nutum*, por un régimen laboral especial, en el cual la pérdida de la confianza es considerada causal justa de despido, salvo que dicho trabajador promovido haya incurrido en una causa justa de despido prevista en la Ley⁴⁶, en cuyo caso -entendemos que- no le corresponde la reposición ni la indemnización por despido arbitrario⁴⁷.

⁴³ Vid. STC N.º 03501-2006-PA/TC (15.03.2007), F.J. 11.

⁴⁴ El despido sin causa solo se encuentra permitido en las relaciones laborales de alta dirección y de servicio doméstico, por lo que constituye una excepción al principio causal del despido que impera dentro del ordenamiento jurídico laboral peruano.

⁴⁵ Vid.: Art. 103 CP.

⁴⁶ STC N.º 03501-2006-PA/TC (15.03.2007) y STC N.º 03926-2007-PA/TC (17.10.2007). Un sector de la doctrina peruana ha entendido que en estas dos últimas sentencias no se ha otorgado reconocido la indemnización por despido arbitrario como reparación ante la pérdida de la confianza, sin tener en cuenta que en la primera de ellas el retiro de la confianza se produjo por una falta grave del trabajador. Cfr. PUNTRIANO ROSAS, C.: "TC reitera posición sobre trabajadores de confianza", Diario *El peruano*, 22 de junio de 2010. El art. 24 de la LPCL establece que las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador son: 1) la comisión de falta grave, 2) la condena penal por delito doloso y 3) la inhabilitación del trabajador. Por su parte, el art. 25 del mismo texto legal tipifica los supuestos de hecho que configuran como falta graves que amparan un despido justificado.

⁴⁷ El criterio del Tribunal Constitucional es idéntico al tratamiento legal que prevé el segundo párrafo del art. 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección dentro del ordenamiento jurídico español.

IV. CONCLUSIONES

Ha sido destacada la labor del Tribunal Constitucional peruano en la consolidación de una doctrina constitucional destinada a la protección frente al despido *ad nutum*.

Partiendo del presupuesto de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y recurriendo a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por el Perú, ha dotado de contenido al art. 22 de la Constitución que consagra el derecho al trabajo; asimismo, ha precisado que el despido sin causa constituye *per se* una clara vulneración del principio de causalidad que protege la estabilidad laboral de los trabajadores y que frente a él, es posible solicitar la reposición en el empleo.

Finalmente, el Tribunal ha tenido ocasión de referirse y de aclarar diversas cuestiones relacionadas con el despido, siempre desde un enfoque tuitivo de los derechos de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A.: *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ALONSO OLEA, M.: “La jurisprudencia lenta y suave del Tribunal Constitucional. Revista de Administración Pública núms. 100-102, 1983.
- APARICIO ALDANA, R. K. y UBILLÚS BRACAMONTE, R.E.: “¿Resurrección del amparo alternativo? Análisis de la Sentencia Casatoria N° 3979-2011 Tacna”. *Diálogo con la Jurisprudencia* núm. 168, 2012.
- APARICIO ALDANA, R. K.: “Una vuelta al camino de baldosas amarillas: Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 03052-2009-PA/TC”, *Gaceta Constitucional* núm. 61, 2013.
- ARCE ORTIZ, E.: “El concepto jurídico de grupo de empresas en Derecho del Trabajo. Aspectos individuales de la cuestión”, *Asesoría Laboral*, abril, 2003.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Tabla Editores, Trujillo, 2005.
- PÉREZ TREMPES, P.: “Los derechos fundamentales”, en AA. VV. *Derecho constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PUNTRIANO ROSAS, C.: “TC reitera posición sobre trabajadores de confianza”, *Diario El peruano*, 22 de junio de 2010.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: “La reconstrucción jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Relaciones Laborales* núm. 19, 2008 (La Ley 39968, 2008).

Capítulo VI. El régimen del despido en el ordenamiento jurídico peruano

TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; CUEVA VIEIRA, E.: “Grupo de Empresas, Transmisión de Empresas y Persecutoriedad Laboral ¿Cuáles son sus alcances?”, *Dialogo con la Jurisprudencia* núm. 90, Gaceta Jurídica, 2006.

VINATEA RECOBA, L: “La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario”, en *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Academia de la Magistratura, Lima, 2004.

CAPÍTULO VII.

CONCILIACIÓN Y MATERNIDAD EN ESPAÑA: LA TITULARIDAD DE LOS PERMISOS PARENTALES

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS¹ Y ROSA MARTÍN-BORJA FERNÁNDEZ²

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. MUJER, EMPLEO Y CONCILIACIÓN. 2.1. Aproximación histórica. 2.2. Conciliación y corresponsabilidad. 2.1.1. *Derecho internacional y Comunitario*. 2.1.2. *Derecho español*. III. SOBRE LA TITULARIDAD DEL PERMISO DE MATERNIDAD EN EUROPA Y ESPAÑA. 3.1. Disfrute materno. 3.2 Disfrute paterno. 3.3. Hacia la titularidad compartida del permiso de maternidad. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La creciente presencia femenina en el mercado de trabajo y en la vida profesional ha propiciado un cambio en el sistema de valores tradicionales con efecto directo en el ámbito de las relaciones laborales. El reparto equitativo y justo de las tareas domésticas, se erige como una cuestión básica de incidencia fundamental en la normativa nacional y supranacional y donde la jurisprudencia ha contribuido especialmente a su configuración normativa.

Las políticas de conciliación, concebidas como instrumentos de fomento del acceso y el mantenimiento del empleo de la mujer, han pasado a adquirir una dimensión más global y completa que pone de manifiesto la necesidad de que ambos sujetos (trabajadores y trabajadoras) se impliquen en las labores domésticas y de cuidado de hijos y familiares. Ello ha supuesto, en definitiva, la aparición de la corresponsabilidad como nuevo paradigma en esta materia. La influencia en materia de conciliación de la

¹ Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.

² Licenciada en Psicología. Master en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la jurisprudencia de la Universidad Rey Juan Carlos. Directora de Recursos Humanos de la Oficina de Cooperación Universitaria (OCU).

perspectiva de género permite apreciar la existencia de una evolución en los derechos e instituciones de reparto de tareas en el cuidado de hijos y familiares.

La configuración de los derechos de conciliación provoca dudas razonables acerca de su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación, y ha obligado a cambios recientes gracias a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las medidas adoptadas han resultado ser insuficientes o inadecuadas. Desde hace algunos años, el legislador comunitario viene sometiendo a un proceso de cambios a las normas comunitarias que inciden en la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, como es la corresponsabilidad en las cargas familiares. No obstante, a día de hoy, el engranaje jurídico que ha resultado de su trabajo no sirve adecuadamente a su objetivo de poner fin a las deficiencias generadas por la normativa comunitaria.

Asumiendo que el objetivo vinculado a la transversalidad es la consecución de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de género en el empleo, se analiza el modo en que el legislador ha intervenido para abandonar la tendencia históricamente aceptada de atribuir la titularidad de los derechos de conciliación a las mujeres, apostando decididamente por la ruptura de la asignación de roles, en aras a fomentar la integración de la mujer en el mundo laboral y la asunción de responsabilidades por el hombre en el ámbito de la reproducción. En este sentido, se apuesta porque los derechos de los trabajadores relativos al cuidado de hijos y familiares dejen de ser entendidos como meros derechos de maternidad para ser concebidos como derechos de conciliación, con el fin primordial de la búsqueda de la corresponsabilidad en las labores domésticas, familiares y de cuidado³.

Ahora bien, el reflejo del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en nuestra legislación laboral y las numerosas garantías introducidas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar no impide encontrar reductos en los que la trabajadora continúa anclada en su tradicional papel de madre responsable del cuidado de la familia. Tal sucede cuando este deber, y los derechos que conlleva, se atribuyen tan sólo a la mujer, con exclusión o postergación del trabajador masculino a una posición secundaria, como ocurre con los derechos derivados de la maternidad.

Precisamente, el objeto de estas reflexiones consiste en valorar el sentido y razón de ser del mantenimiento de la titularidad originaria de la maternidad biológica y posterior derecho derivado del otro progenitor en el derecho comunitario, en especial, a raíz de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; todo ello tomando como eje referencial, aunque no exclusivo, la reforma normativa establecida por el derecho español al respecto.

³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la facultad de Derecho* núm. 8, 2011, pág. 228.

II. MUJER, EMPLEO Y CONCILIACIÓN

La inclusión de la mujer en el mercado de trabajo ha conducido a una transformación en las relaciones sociales, familiares y, por supuesto, laborales produciendo cambios en la asunción y reparto de estas tareas entre hombres y mujeres. El Derecho del Trabajo debe incluir fórmulas que permitan a los trabajadores compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, sin que ello suponga un peligro para la estabilidad en el empleo⁴.

2.1. Aproximación histórica

En los últimos siglos el papel de la mujer en la sociedad industrializada ha pasado por diferentes vicisitudes. Los cambios en el mundo empresarial, social y político han impactado en la vida de la mujer haciendo que poco a poco éstas tomaran conciencia de la importancia de su aportación a la sociedad. Es una realidad indiscutible como la mujer se ha incorporado al mundo laboral y profesional y cómo estos cambios han ido perfilando y dibujando una nueva realidad para la mujer española.

Basta con realizar un somero repaso por la historia más reciente para valorar la evolución del papel de la mujer en la sociedad española, así como la evolución que ha experimentado la protección por la maternidad como medida conciliadora en el derecho español en los últimos dos siglos.

Una primera referencia al Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil⁵, basta para ofrecer una somera idea de la situación discriminatoria hacia la mujer frente al hombre, en la sociedad del siglo XIX en España. En la revisión del contenido Código Civil se encuentran numerosos artículos donde de forma explícita se perfila con claridad y trazo firme, la dependencia de la mujer al hombre, como el art. 57, donde se puede leer: “El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”. El mencionado artículo es contundente en cuanto a fijar el rol que la mujer juega en el ámbito doméstico, pero no es este el único que hace referencia a la consideración de la mujer como un ciudadano supeditado a la voluntad del marido. En el texto también aparece la limitación en la toma de decisión y acción de la mujer, pues esta debe ser representada por el marido no teniendo capacidad por sí misma de realizar compras de títulos onerosos, gestionar sus bienes o contraer obligaciones. Tampoco podrá ser la administradora de los bienes de la sociedad conyugal, pues este papel está reservado en exclusiva al marido. Eso sí, el Código Civil de 1889, deja libertad a la

⁴ ARGUELLES BLANCO, A.R. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 32.

⁵ BOE-A-1889-4763, D. c. (s.f.). *Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado*. (B.O.E, Editor) Obtenido de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=32&tn=1&p=18890725#art22>. Revisando los artículos 58,59,60,61,70,y 105, se podrán encontrar en la redacción original del texto referencias al escaso papel que la mujer casada jugaba en el matrimonio y la sociedad de aquel entonces, incluso en el artículo 105 que detalla las causas legítimas de matrimonio, siendo más restrictivas para la mujer.

mujer en su art. 62 en lo referente a las compras o adquisiciones que realice la mujer, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. De esta forma, la capacidad de la mujer en la vida económica y financiera del hogar, era eliminada legalmente, sin que esta pudiese ampararse en algún resquicio legal, que la dotase de la misma capacidad de acción o decisión del marido. Tras la lectura del contenido del Código Civil se puede inferir la nula participación de la mujer española en la sociedad de finales del siglo XIX.

Eran pocas mujeres las que accedían a tener una educación en el siglo XIX en España, la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, de Claudio Moyano, es la primera Ley que marca la obligatoriedad en la escolarización de las niñas, no obstante y a pesar del paso que supone la publicación de esta Ley, las materias que estas cursarán se centrarán sobre todo en “labores propias del sexo, elementos de dibujo aplicado a las mismas labores y ligeras nociones de higiene doméstica”. Para las niñas en edad escolar, materias como “principios de geometría, de dibujo lineal y de agrimensura y nociones generales de física y de historia natural”, les eran vetadas pudiendo solo acceder a ellas los “niños”⁶.

Con una formación tan deficiente, los trabajos a los que podía optar la mujer se circunscribían en exclusiva a trabajos desarrollados en las fábricas como mano de obra y las mujeres con una mayor instrucción se dedicaban a la enseñanza o al cuidado de otros.

La ley pionera en cuanto a la protección de la mujer y la maternidad será la Ley de 13 de marzo de 1900, que en su artículo 9 recogía medidas relacionadas con el puerperio y la lactancia. La Ley no permitía el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Además, en caso de ser solicitado por la trabajadora, se le reservaba el puesto de trabajo durante tres semanas posteriores al parto. Dentro del mismo artículo también se consideraba el permiso retribuido de una hora diaria dentro de la jornada para que la trabajadora pudiera dar el pecho a sus hijos⁷.

Resulta llamativo como la expresión “dar el pecho” se vinculaba con la fisiología de la mujer en relación a la alimentación de su hijo, no considerándose en aquel momento la lactancia artificial para ser beneficiaria del permiso. Así mismo, la aplicación de la Ley supone un gran avance en la protección de la mujer durante el periodo de lactancia, puesto que se recoge expresamente que la hora será retribuida, algo que no ocurría con las tres semanas de descanso tras el parto.

Pocos años la Ley de 8 de enero de 1907, amplía el tiempo de descanso tras el parto de tres a cuatro semanas, pero el permiso por lactancia continua con su redacción

⁶ NARGANES ROBAS, J. C. Y NARGANES PARRAL, A.: “La Educación de la mujer en el Siglo XIX. Clave XXI”. Reflexiones y Experiencias en Educación núm. 5, 2011, págs 1-16.

⁷ ESPUNY TOMÁS, M. J.: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”. IUSLabor núm. 2, 2006, págs 1- 4.

inicial. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, celebrada en 1919, adoptó el Convenio acerca de la protección de la obrera, antes y después del parto, por el que se establecía un subsidio tutelar para la trabajadora que de a luz. España ratifica el Convenio y reforma la Ley de 1900 a través del Real Decreto de 22 de marzo de 1929, estableciendo el seguro obligatorio de maternidad, por el que se cumplía con el compromiso internacional de compensar a la trabajadora del salario perdido durante el periodo de descanso tras el alumbramiento.

No obstante, en 1929 la protección a la maternidad y a la lactancia tenía un carácter intervencionista muy marcado, pues durante la duración del permiso de lactancia que se situaba en diez semanas, una visitadora debía supervisar la calidad de los alimentos que ingería la madre, le proporcionaba instrucción sobre los mejores procedimientos de lactancia y certificaba que la madre lactó a su hijo y el tiempo que lo hizo. Sin lugar a dudas, la titularidad del permiso y la responsabilidad sobre el cuidado del recién nacido y su alimentación recaen sobre la mujer, sin que aparezca el menor atisbo de corresponsabilidad entre hombre y mujer. Así mismo, no será hasta la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (art.25.5), en la que se haga referencia al a la “lactancia” y no al “amamantamiento”, debido a esta matización los Tribunales interpretaron este precepto en el sentido de que comprendía tanto la lactancia natural como la artificial⁸.

A lo largo del siglo XX aparecen incipientes medidas de protección al papel de la mujer en el hogar, cabe mencionar también la Ley de la Silla, promulgada el 27 de febrero de 1912, que disponía que en los locales de trabajo como almacenes, tiendas, oficinas, escritorios, y en general, en todo establecimiento no fabril, se facilitase una silla a cada empleada. Leyes similares a esta se dictaron en otros países con anterioridad como Bélgica y Argentina. Las razones que apuntaban a la promulgación de esta Ley, se centraron en el concepto de la debilidad del sexo femenino frente al trabajo, la influencia del trabajo en la descendencia, modelos familiares en los que la presencia de la mujer en el hogar era imprescindible, velar por la salud de la mujer de cara a garantizar que en el futuro pudiese ser madre como su fundamento vital principal⁹.

Años después, el 9 de marzo de 1938 las normas por las que se regulaban las relaciones laborales, el denominado Fuero del Trabajo, seguía una línea protectora en relación al trabajo de la mujer como aparece descrito en la declaración segunda número 1, que limitaba la jornada de trabajo de la mujer, para que no fuese excesiva, además de prohibir expresamente el trabajo nocturno de las mujeres y niños, liberando a la mujer casada del taller y de la fábrica.

Junto a las referencias al Código Civil y a la sociedad española de finales del siglo XIX, se debe tener en cuenta el periodo que abarca la guerra Civil Española (1936-

⁸ CORDEERO GORDILLO, V.: “La titularidad paterna del permiso de lactancia”. Revista de Derecho Social. núm. 53, 2011, págs 175-186.

⁹ ESPUNY TOMÁS, M. J., GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “¿Protección o Discriminación? A propósito de la ley de la silla”. Revista de Filosofía, Derecho y Política núm. 11,2010, págs. 43-57.

1939) y los cuarenta años de dictadura Franquista, que paralizaron cualquier atisbo de igualdad entre hombres y mujeres. No solamente no se produjo un desarrollo del papel de la mujer en la sociedad, sino que se limitaron algunas leyes de corte liberal que procedían de la República, como la aprobación de La Ley de 23 de septiembre de 1939, publicada en el BOE el 5 de octubre de 1939¹⁰, en la que se derogaba la Ley del Divorcio y el matrimonio Civil.

Durante el franquismo, se limitó el acceso de la mujer al trabajo fuera del ámbito doméstico, incluso la Orden del 27 de diciembre de 1938 del Ministerio de Trabajo, marcó las normas para inscribirse en las oficinas y registros de colocación. Las normas exigían que las mujeres declarasen los datos del cónyuge, profesión, lugar de trabajo, salario recibido y número de hijos, datos que a los hombres no les eran solicitados. Un año más tarde, la Orden del 17 de noviembre de 1939 del Ministerio de Trabajo, se prohibió definitivamente a las mujeres inscribirse como obreras en las oficinas de colocación, a no ser que fuesen cabeza de familia y tuviesen que mantener a la familia, fuesen solteras, separadas o el marido estuviese incapacitado¹¹.

En esta época se promulgaron y adoptaron leyes y políticas de socialización y adoctrinamiento que incidían en el papel de la mujer en el ámbito doméstico. La utilización por parte del régimen franquista de la Sección Femenina, creada en 1934, sirvió para implantar un nuevo modelo de mujer en la sociedad española, cuyo objetivo era ser sumisa, satisfacer en exclusiva las necesidades del hombre con abnegación y sin plantearse cualquier atisbo de reivindicación¹².

De forma paralela y desde organismos internacionales como la OIT, el 7 de septiembre de 1955 entró en vigor el Convenio sobre la protección de la maternidad, que significó un paso adelante en el reconocimiento de la maternidad como una responsabilidad compartida entre el Estado, las empresas y las familias. No sería hasta el año 1965, cuando fue ratificado por España.

Sin duda, la década de los años sesenta estará jalonada por interesantes cambios legislativos y sociales, que irán poco a poco marcando el futuro de la mujer española en la sociedad. La aprobación de nuevas Leyes, los incipientes cambios sociales e incluso modificaciones del Código Civil, marcarán la senda del camino de las mujeres en la España de los últimos años de dictadura franquista.

En el ámbito laboral, La Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, en adelante “Ley de 1961”, supuso un avance significativo para la mujer en referencia a sus derechos laborales. La Ley de 1961, prohibió toda forma de discriminación laboral en función del sexo (art. 4.1) y la discriminación salarial (art. 4.2). Sin duda, la aprobación de la Ley de 1961, supuso un tímido avance

¹⁰ Boletín Oficial del Estado nº278 de 5 de octubre de 1939, páginas 5574 - 5575.

¹¹ VALIENTE FERNÁNDEZ, O.: “La liberalización del régimen franquista: la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”. *Historia Social* núm.31,1998, págs. 45-65.

¹² Basauri, M. G. (s.f.). *Biblioteca de Gonzalo de Berceo*. Obtenido de <http://www.bibliotecagonzalodeberceo.com/berceo/garciasasauri/seccionfemeninaguerracivil.htm>

para la mujer, porque ampliaba los derechos laborales de las mujeres y comenzaba un camino aperturista, que poco a poco dejaba atrás ordenanzas que trababan el camino de la mujer al mundo laboral¹³.

Los cambios sociales se darán lentamente, pues no será hasta entrada la década de los años sesenta (1965), cuando se comiencen a crear asociaciones de mujeres como El Movimiento Democrático de Mujeres, perteneciente al partido comunista, que comenzaran a organizarse para ir consolidando el movimiento feminista en España.

No será hasta el 28 de marzo del año 1963 con la aprobación del Texto revisado de Código Penal cuando se derogue el privilegio del marido/padre para justificar la muerte de la mujer, cuando es sorprendida en adulterio. Puede sorprender que la anterior derogación no se realizase hasta la década de los sesenta, pero no se puede olvidar el contexto político y social en el que España estaba inmersa en el año 1963, pues aún faltaba más de un lustro para tener un gobierno elegido democráticamente y como se ha señalado, las políticas de socialización sobre la mujer de la Sección Femenina, no terminaron hasta el final del franquismo.

Años más tarde, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, reforma algunos artículos del Código Civil, en relación a la eliminación de la supeditación de la mujer a la voluntad del marido pues la dota de plena autonomía, sin necesidad de obtener permiso en la comisión de actos jurídicos y ejercitar los derechos que le corresponden con carácter privativo o exclusivo. En la redacción del (art.62) queda expresada la voluntad del Código Civil, por la cual la figura del matrimonio “no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges”¹⁴.

Finalmente y tras la instauración de la Constitución en España de 27 de diciembre de 1978 la no discriminación legal por razón de sexo quedaba garantizada en la redacción del (art.14) que declara: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

2. 2. Conciliación y corresponsabilidad

La situación de la mujer trabajadora viene siendo objeto de la atención normativa del Derecho del Trabajo desde los orígenes mismos de esta rama del ordenamiento jurídico¹⁵, sin embargo la incorporación de la mujer al mercado de trabajo sigue siendo una carrera de obstáculos, debido a los roles que siempre ha asumido dentro de la familia y que hace que las responsabilidades familiares recaigan sobre ella, haciendo

¹³ VALIENTE FERNÁNDEZ, C.: “La liberalización del régimen franquista: la Ley de 22 de julio de 1961”....cit., pág 15.

¹⁴ (BOE-A-1975-9245).(s.f.).*Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Obtenido de <http://www.boe.es/boe/dias/1975/05/05/index.php>

¹⁵ MONTROYA MELGAR, A.: Prólogo a la obra de MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La protección jurídica de la mujer trabajadora”, CES, Madrid, 2004, pág. 11.

difícil una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La mujer ha sido la que ha tenido la obligación de cuidar de sus hijos, de otros familiares dependientes y del cuidado de la casa, teniendo así, una doble jornada de trabajo, al tener que trabajar dentro y fuera del hogar.

De este modo, se hace necesario buscar una solución para que esta situación pueda encontrar la manera de que el hombre y la mujer encuentren un punto de corresponsabilidad, tanto en el cuidado de los hijos, como en las tareas del hogar.

La solución está en lo que se han denominado medidas para conciliar la vida familiar y laboral y lo que buscan es garantizar la igualdad de oportunidades en el mundo laboral, por un lado y, una distribución de responsabilidades familiares más justa entre hombres y mujeres para poder compatibilizar el trabajo con el cuidado de la familia.

Tradicionalmente, el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral no ha sido enunciado como un derecho subjetivo autónomo en los textos constitucionales, sin embargo, las distintas disposiciones de rango legal que se integran en el ordenamiento jurídico español y de la UE con la finalidad de conciliar la vida familiar y laboral, sí tienen sólidos fundamentos dogmático-constitucionales. En primer lugar, existe un vínculo directo entre los derechos de conciliación y de la vida familiar y laboral y los preceptos que son concebidos en las declaraciones de derechos como principios rectores de la actuación de los poderes públicos, como la protección de la familia y de la infancia.

Por otra parte, las medidas de conciliación y, en especial, las que van dirigidas a la mujer como es el permiso de maternidad, han sido consideradas como una proyección legislativa en el ámbito laboral del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación basada en el género. En este sentido, la doctrina científica se refiere a esta doble fundamentación constitucional argumentando, que los derechos de conciliación de la vida familiar y profesional, “tienen como objetivo directo proteger los intereses familiares, pero como sexo femenino y responsabilidades familiares son factores que suelen ir unidos pues la práctica social demuestra que el cuidado de la familia recae preferentemente sobre las mujeres, todas las medidas que permiten a los trabajadores compatibilizar su trabajo con el cuidado de sus hijos o familiares, indirectamente tienen una finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres”¹⁶.

Por norma general, la conciliación se asocia como un problema prácticamente exclusivo de las mujeres, sin tener en cuenta que todas las personas tienen vida privada y que necesitan encontrar un equilibrio entre su trabajo y su tiempo personal, sea o no familiar.

¹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 2 extra, 2007, pág. 71.

El hecho de que las medidas de conciliación suelen ser acogidas por la mujer sigue siendo por la asunción de los roles tradicionales que han desempeñado siempre en la sociedad y siguen siendo ellas las que reducen su jornada laboral o se acogen a un trabajo a tiempo parcial, teniendo un perjuicio cara al empresario que la ve menos comprometida en su organización.

Aunque se haya ido modificando la legislación, lo cierto es que sigue sin haber una cultura de conciliación y también para los hombres supone, en algunos casos, una penalización en su puesto de trabajo, no utilizando estas medidas por miedo a tener represalias profesionales o porque no está bien visto que haga uso de ellas.

En los últimos años, la conciliación de la vida laboral y familiar ha constituido un motor de impulso para el desarrollo normativo y la creación de políticas en esta materia, desde las que se fomenta la igualdad de los roles sociales entre hombres y mujeres haciendo referencia a las principales disposiciones normativas adoptadas en la materia tanto en el ámbito internacional, como en el nacional y comunitario.

En términos generales, en el trasfondo de todos los debates se plantea un conflicto entre modelos, más o menos tradicionales. De una parte, clásico, en el que se atribuye al hombre el papel de sustento económico de la familia, a través de una dedicación intensiva al trabajo económicamente retribuido y socialmente valorado, con abandono más o menos intenso de las tareas de cuidado y de atención de los demás componentes del núcleo familiar, en tanto que a la mujer le incumbe esta tarea de cuidado, sin compensación económica y falta de reconocimiento social. Y, de otro lado, un modelo distinto, en el que se defiende una distribución más equitativa de las tareas entre ambos progenitores¹⁷.

En torno a este reparto tradicional de papeles en función del sexo, se suscita un debate bastante interesado en torno a las libres opciones de las personas y a las decisiones que se producen en el seno de la unidad familiar. La propia Comisión Europea hace suyo este discurso cuando afirma, como frase de cabecera, que las elecciones que los hombres y las mujeres adoptan en la conciliación de los aspectos profesionales, privados y familiares de sus vidas son fundamentalmente personales.

2.2.1. Derecho internacional y Comunitario

En la Unión Europea, las políticas que afectan a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal poseen una larga tradición. Los instrumentos jurídicos en los que se han concretado estas políticas han sido elaborados, en el marco de las actuaciones comunitarias destinadas a conseguir la igualdad de género, a proteger la salud de las personas y, en fin, a atender a las necesidades del mercado de trabajo. En efecto, las políticas europeas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar son encardinadas dentro de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres

¹⁷ CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida privada y laboral”, *Temas laborales* núm.103, 2010,pág. 47.

y éstas, a su vez, quedan subsumidas en el ámbito de la UE bajo las políticas sociales y de empleo.

Uno de los factores a los que la conciliación aparece estrechamente vinculada es el de la maternidad. Teniendo en cuenta, aunque sea de manera indirecta, que si la maternidad es protegida, en la mayoría de los casos, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se ve favorecida. Ahora bien, el análisis debe centrarse casi exclusivamente en la protección de la maternidad, puesto que en ella todavía no había surgido el concepto de conciliación como tal.

El reconocimiento del permiso de maternidad a nivel europeo, aunque no estuvo exento de importantes deficiencias, ha supuesto un paso decisivo, en la consecución del objetivo de hacer compatible trabajo y familia. Sin embargo, en la práctica, la consagración posterior de otros derechos vinculados al cuidado de los hijos, a pesar de su eventual formulación neutra, también ha tenido como principal destinatario al género femenino, ya que es el que mayoritariamente ha hecho uso de los mismos. Lo que pone de manifiesto que la regulación del tiempo de trabajo y, en particular, de los permisos parentales constituye una de las medidas que puede favorecer, bajo una apariencia igualitaria, el mantenimiento de los tradicionales roles de ambos sexos¹⁸.

En el ámbito internacional, la protección de la mujer embarazada data de 1919, fecha en que se aprobó el Convenio núm. 3 de la OIT, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto, que fue revisado por el Convenio núm. 103, de 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad. Ya, anteriormente, el art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, había reconocido para la maternidad y la infancia un derecho a cuidados y asistencias especiales.

Por otra parte, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, en concordancia con el Convenio de la OIT núm. 103 citado, establecía a favor de la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social o fondos públicos, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el reseñado permiso de maternidad. En este mismo sentido, también destaca como antecedente normativo, la Recomendación núm. 123, de 1965, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares.

La normativa internacional han jugado un importantísimo papel en la evolución de los derechos y de la protección a la familia de los trabajadores. En la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, ya se señalaba la necesidad de desarrollar medidas que permitan tanto a hombres como a mujeres conciliar sus obligaciones familiares y profesionales. Asimismo, en la Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, los estados participantes reconocen “que para lograr la plena

¹⁸ SERRANO GARCÍA, J.M^a: “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”. Relaciones laborales núm. 13, 2012 (LA LEY 7651/2012).

igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional ambos en la sociedad y en la familia”.

En el ámbito normativo comunitario, ya en el artículo 119 del Tratado de Roma, había una referencia al principio de igualdad de retribuciones, que ha sido reformado por el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que prohíbe, la discriminación indirecta y las medidas de acción positiva en relación con el principio de igual retribución a trabajo de igual valor. En sede de conciliación de la vida familiar y laboral, invita a desarrollar las medidas necesarias para el logro de tal finalidad, el párrafo tercero del artículo 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 19 de diciembre de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que señala que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”.

La Unión Europea con las diferentes Directivas que ha ido aprobando, ha conseguido que todos los países miembros hayan adecuado y modernizado sus políticas sociales en esta materia. Aunque lo que realmente ha significado un logro importante en este tema ha sido el 4º Programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000), con la adopción de la “transversalidad” esto es, la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres en todas las políticas y acciones, apuntando la necesidad de elaborar medidas que respondan a los cambios de las estructuras familiares, incluyendo entre sus objetivos el reparto de las responsabilidades entre hombres y mujeres.

Entre las citadas Directivas destacan especialmente, la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992 relativa a la Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia y la Directiva 96/34/CE de 13 de junio de 1996, sobre el Acuerdo Marco del Permiso Parental¹⁹, con ella se pretendía conseguir dos objetivos conciliar la vida laboral y promover la igualdad entre hombres y mujeres. Esta Directiva ha sido derogada por Directiva 2010/18/UE, del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental con efectos a partir del 8 de marzo de 2012.

El bien jurídico protegido se sitúa en la preocupación por salud de la madre, presente en la Directiva 92/85/CE, tal vez sirva para entender algunas previsiones de nuestro ordenamiento tales como el mantenimiento de la titularidad materna en nuestro

¹⁹ La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 12/2001 y el Real Decreto 1251/2001 constituyen la transposición al ordenamiento jurídico interno de las Directivas Comunitarias: 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

derecho del permiso por maternidad a pesar de sus inconvenientes²⁰. Esta Directiva, recoge la garantía de un permiso de duración mínima del permiso de maternidad de 14 semanas ininterrumpidas, de las cuales dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto. Esta Directiva garantiza que la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo (art. 11.2.a Directiva 92/85/CEE), y prohíbe el despido de las trabajadoras por razones vinculadas a su estado durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad (art. 10.1 Directiva 92/85/CEE).

Por otra parte, mediante la distinción entre el permiso de maternidad, el parental y las ausencias al trabajo, la normativa comunitaria trata de poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y que las disposiciones que protegen la maternidad no pueden sustituir a los específicos permisos parentales. De lo dispuesto se deduce que los principales instrumentos de los que la Unión Europea se vale para la mejora de la conciliación de la vida profesional, privada y familiar son aquellas medidas existentes en materia de protección de la maternidad y de permiso parental. En la Unión Europea, las políticas destinadas a favorecer la maternidad y la paternidad tienen un amplio recorrido y constituyen una hoja de ruta que, como tal, abastece a los Estados miembros de ideas y les otorga herramientas para el desarrollo de sus propias políticas.

Ahora bien, los instrumentos europeos se han elaborado, atendiendo al imperativo económico derivado de las presiones demográficas y competitivas que evidencian la necesidad de optimizar la participación en el mercado laboral. Por ello, se han centrado, en las necesidades de la población activa tales como el trabajo, sus condiciones y garantías, y han dejado a un lado aspectos fundamentales de su regulación. Prácticamente, no se preocupan, en avanzar en el reconocimiento del trabajo no remunerado de las personas que deciden tener hijos, cuidarlos, atenderlos y educarlos; a pesar de que son las que pueden presentar las tasas de riesgo de pobreza más elevadas.

Por otro lado, directamente relacionado con el permiso de maternidad y como tema de interés en la política social de la Unión Europea, se ha aprobado la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. Esta última norma incrementa la protección de las trabajadoras autónomas y la de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad; en la medida en que disponen de una prestación por maternidad y un permiso de al menos catorce semanas, si así lo desean.²¹ Los Estados

²⁰ Véase, NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “(Des) igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones parciales planteadas en el anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres (I)”, *Tribuna Social* núm. 192, 2006, pág. 47.

²¹ Es la primera vez que se conceden prestaciones por maternidad a los trabajadores autónomos en toda la Unión Europea, en un momento en el que los recortes sociales son de predominio general en todo el continente. Véase un estudio exhaustivo sobre esta figura en: NUÑEZ.CORTÉS CONTRERAS, P, MO-

miembros de la Unión deberán incorporar la Directiva a sus legislaciones nacionales en principio, en el plazo de dos años. En España este tipo de protección ya existe y se extiende hasta dieciséis semanas, en términos similares al descanso aplicable a los trabajadores por cuenta ajena.

2.2.2. *Derecho español*

En lo que refiere al derecho español, cabe destacar que Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, no reconocía un permiso por nacimiento de hijo/a, sino por “alumbramiento de la esposa” -expulsando del derecho a la filiación extramatrimonial-, y los derechos vinculados a la maternidad y la conciliación eran de titularidad femenina: la licencia de maternidad, el permiso de lactancia, e incluso la excedencia para cuidado de hijos. Solo la reducción de jornada por guarda legal era de titularidad indistinta, aunque se concedía a un único progenitor.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), inició un proceso de modernización de los derechos de maternidad y de los derechos de conciliación inspirados en valores constitucionales -no discriminación por razón de sexo o de orientación sexual, igualdad de los/as hijos/as, protección de la familia aunque no medie matrimonio-, y cuyos hitos más sobresalientes son bien conocidos: la Ley 3/1989, de 3 de marzo, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y por supuesto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). La actualización de los derechos de maternidad y la titularidad de los mismos es reciente y, en cierto modo, ha venido ocasionada por el cambio en la noción de familia.

En otro orden de cosas, aludiendo a la transposición en el ordenamiento español de la normativa comunitaria, en especial, de la Directiva 92/85/CE, cabe señalar que con anterioridad a ésta, ya se había establecido, bajo la influencia del Convenio núm. 103 de la OIT, un permiso por maternidad que se ajustaba e incluso superaba las previsiones comunitarias. En efecto, el ET de 1980 contemplaba un derecho de suspensión del contrato de trabajo por maternidad de la trabajadora por un período de catorce semanas que posteriormente se aumentó a dieciséis, ampliables a dieciocho en caso de parto múltiple. Por tanto, en la actual regulación y ya desde 1989 la duración del permiso por maternidad es de dieciséis semanas (catorce, en la Directiva 92/85/CE) ampliables en ciertos supuestos tras la LOIEMH y dentro de dicho permiso la duración del período de descanso obligatorio es de seis (dos, en la Directiva 92/85/CE).

Adicionalmente, la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVLF)²², en su exposición

LINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R. “La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, 14, 2011, (LA LEY 13367/2011).

²² Esta Ley es una transposición a la legislación española de las directrices establecidas en la normativa internacional y en la comunitaria, introduciendo algunas mejoras, con importantes cambios legislativos que afectaron a nuestro Derecho del Trabajo.

de motivos estableció que “la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario, como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social”.

La reforma del ET hecha por la Ley 39/1999, introdujo algunas modificaciones más sobre el permiso por maternidad que continúan en la línea de mejorar los mínimos previstos en la Directiva 92/85/CE, flexibilizando el disfrute del permiso y posibilitando el disfrute del mismo a tiempo parcial. No obstante, mantiene como titular originara del derecho a la madre trabajadora y otorga un derecho derivado y limitado al disfrute del permiso por el padre. Así pues, dejando a salvo las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, ésta podrá ceder al padre para su uso y disfrute el resto del permiso de maternidad.

No obstante lo anterior, conviene tener presente que la mayoría de las modificaciones que incorpora la Ley 39/1999 responden más al objetivo de conciliar la vida profesional y familiar que se contenían en el Acuerdo Marco incorporado en la Directiva 96/34/CE (Directiva derogada recientemente por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES) que a la necesidad de insistir sobre la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz. Sin duda esta preocupación por salud de la madre, presente en la Directiva 92/85/CE, tal vez sirva para entender algunas previsiones de nuestro ordenamiento tales como el mantenimiento de la titularidad materna del derecho al permiso por maternidad a pesar de sus inconvenientes; así como la existencia de un descanso obligatorio para la madre de seis semanas de disfrute exclusivo por parte de la madre.

Posteriormente, la LOIEMH señala también en su exposición de motivos que: “especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa. Y en su artículo primero refiere a que: “las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes”.

No obstante lo anterior, la LOIEMH se convierte también, en exponente de dicha continuidad histórica en la protección del bien jurídico de la salud de la madre trabajadora. Solución criticable, sin perjuicio de la dinámica *sui generis* de la protección derivada de la maternidad biológica, que debe atender, de modo prioritario, a la necesaria recuperación física y fisiológica. La innovación normativa reside en el reconocimiento de un permiso de paternidad por nacimiento de hijo de disfrute intransferible. Así mismo amplía los supuestos de disfrute paterno del permiso de maternidad, a los que más adelante se aludirá.

III. SOBRE LA TITULARIDAD DEL PERMISO DE MATERNIDAD EN EUROPA Y ESPAÑA

Cuando se regularon los derechos de maternidad, cuya aparición histórica posterior se puede situar en la segunda mitad del siglo XX, el legislador pensaba en la familia matrimonial tradicional y en el papel de la mujer dentro de esa familia. Por ello, la situación histórica de partida es la titularidad femenina exclusiva o preferente de la totalidad de los derechos vinculados a la maternidad o al cuidado de hijos/as o familiares²³.

En la actualidad y en el ámbito de la Unión Europea, la regulación de los permisos y prestaciones por cuidado de hijos es diferente, tanto en lo que a las compensaciones o prestaciones económicas se refiere como al resto de sus elementos. Existen grandes divergencias por países sobre la duración, el carácter remunerado o no, la titularidad del derecho, según el objeto al que atiendan²⁴.

Así pues, la comparación supranacional presenta dificultades, en primer lugar, porque las denominaciones no son homogéneas. En casi todos los países, bajo este concepto se incluyen los tres permisos ya mencionados, maternidad, paternidad y parental, aunque también hay permisos denominados por nacimiento de hijo y algunos con denominaciones más excepcionales como el “complemento de libre elección de actividad” de Francia o el “permiso de lactancia” de España (llamado así porque surge de la acumulación en jornadas completas de un antiguo permiso de una hora diaria para la lactancia materna). Estas denominaciones se han ido construyendo en la práctica según la historia particular de cada país y no se identifican necesariamente en cada uno de ellos con las mismas características en cuanto a titularidad del derecho, remuneración, agente remunerador, grado de individualidad, obligatoriedad, duración, derechos sociales asociados, flexibilidad en el uso, etc²⁵.

Para cualquiera de las denominaciones de los permisos, se pueden encontrar distintas acepciones, a veces contradictorias entre sí, incluso dentro de un mismo país. En España, por ejemplo, la titular del permiso de maternidad es la madre trabajadora, pero ésta le puede transferir al padre hasta 10 semanas (y lo que es más sorprendente, se las puede “transferir” aunque ella no tuviera las cotizaciones necesarias para desencadenar el derecho). El padre es titular del permiso de maternidad en el caso de que la madre fallezca en el parto y (conjuntamente con la madre) en el caso de adopción. El permiso de paternidad, recientemente diseñado en la LOIEMH en 2007, es de ti-

²³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales” en AA:VV *Mujer, trabajo y Seguridad Social* (Dir. E. Borrajo Dacruz), Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pág. 77.

²⁴ CASTRO GARCÍA, C., PAZOS MORÁN, M.: “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual” En *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pág. 189.

²⁵ CASTRO GARCÍA, C., PAZOS MORÁN, M.: “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”.cit., pág. 191.

tularidad paterna excepto en casos de adopción, en los que es titularidad del “otro progenitor”, elegido de común acuerdo entre los dos adoptantes y que puede ser el hombre, la mujer o uno de los dos adoptantes del mismo sexo. El llamado “permiso de lactancia” en España es un derecho originalmente de la madre pero, como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria ²⁶a disfrutar por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen.

Hablar de individualidad del derecho también es un terreno resbaladizo: En algunos países los permisos parentales son individuales en cuanto a la titularidad del derecho pero solamente tienen una parte intransferible para cada progenitor (Suecia). En la misma Suecia existe un permiso llamado de paternidad (10 días) que se distingue difícilmente de la parte intransferible del padre en el permiso parental y el resto individual a partes iguales para cada progenitor pero transferibles firmando un documento) es, en la práctica, equivalente al conjunto formado por los llamados permisos de maternidad, de paternidad y parental en Islandia²⁷. Así, podríamos seguir enumerando otros muchos ejemplos ilustrativos de la confusión que se origina cuando intentamos atenernos principalmente a las denominaciones en el análisis de los permisos por cuidados de niños/as en casa.

Los permisos de maternidad son los más extendidos y los que presentan una mayor similitud por países. Suecia es el único país de la Unión Europea que no dispone de un permiso de maternidad propiamente dicho, aunque existe dentro del permiso parental un periodo exclusivo de la madre; y también se contempla un periodo específico para el padre además del permiso de paternidad. Es curioso que precisamente siendo Suecia el primer país europeo en incorporar el permiso de maternidad, haya sido también el primero en dar el paso en la eliminación de éste como algo específico de su ordenamiento jurídico, como indicando que la orientación de este permiso debería encaminarse hacia el permiso de cuidado por razón de nacimiento en el que también los padres han de participar en condiciones de igualdad. Es interesante el caso de Islandia, donde tras la profunda reforma realizada en el 2000 se han introducido criterios de distribución igualitarios de los permisos, y que hace que en la práctica se mantengan la variedad de permisos (maternidad, paternidad y parental)²⁸.

3.1. Disfrute materno

En nuestro ordenamiento jurídico la maternidad viene recogida en el artículo 48.4 del ET estableciendo que, el parto de la trabajadora da derecho a la suspensión de su contrato por 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple en 2 semanas más por hijo a partir del segundo. La misma ampliación tiene lugar en caso

²⁶ STSJUE de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, asunto C. 104/09.

²⁷ CASTRO GARCÍA, C., PAZOS MORÁN, M.: “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”.cit., pág. 192.

²⁸ CASTRO GARCÍA, C., PAZOS MORÁN, M.: “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”... cit.. pág. 201.

de hijo discapacitado. La trabajadora madre está facultada para distribuir ese tiempo de descanso, siempre que ella disfrute de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico actual el otro progenitor puede ejercer el derecho a la suspensión de su contrato cuando se den situaciones específicas como: fallecimiento de la madre, fuera o no trabajadora; cuando la madre opte porque el otro progenitor disfrute de parte del descanso post parto, sucesiva o simultáneamente al descanso de la madre y cuando la madre no tenga derecho a suspensión del contrato por parto (art. 48 ET).

La evolución experimentada en la comprensión del significado del permiso no se ha visto acompañada de su redacción. El art. 48.4 ET circunscribe aun la titularidad del permiso a la madre trabajadora, otorgando al padre exclusivamente su disfrute en el caso de que ella así lo decida. Y, en modo alguno, el padre podrá ser titular del derecho cuando la madre decida disfrutarlo en su integridad²⁹.

Por otra parte, tampoco se concreta en este precepto el problema del disfrute del permiso en las familias monoparentales puesto que se prevé el ejercicio paterno del permiso en el caso de que ambos progenitores trabajen, pero nada indica sobre su titularidad en el supuesto de ausencia de la madre³⁰.

A partir de 1999, esta causa suspensiva encuentra su justificación en la protección de varios bienes jurídicos, a saber: de un lado, la delicada situación fisiológica en que, como consecuencia del previo embarazo y del parto, se sitúa la mujer trabajadora, y su necesidad de una cierta “recuperación” física y psicológica de la misma (recuperación que, por otra parte, se produce naturalmente y con gran rapidez, de no mediar complicación puerperal alguna); de otro, con igual relevancia, el bienestar del hijo, que precisa cuidados durante las primeras semanas de vida de los que se hace copartícipe al padre; y también por último, la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras que interrumpen temporalmente su actividad laboral por esta causa. La LOIEMH apoyó la continuidad en la protección de los bienes jurídicos aludidos, con una clara apuesta por el refuerzo de la vertiente de orden afectivo, familiar y social de la figura del permiso por maternidad biológica³¹.

Tras las últimas novedades normativas en la materia puede afirmarse que el derecho a la suspensión por maternidad tiene dos titulares:

²⁹ BARRIOS BAUDOR, G., y LASAOSA IRIGOYEN E.: “Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario”, en AAVV: *Cuestiones actuales de Derecho Social comunitario*, (Dir. M. Areta Martínez y A.V. Sempere Navarro), Laborum, Murcia, 2009.

³⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Discriminación por razón de sexo en la titularidad del derecho al permiso de lactancia por el padre en el caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena”. *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 24, 2011, pág. 7.

³¹ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Maternidad, adopción y acogimiento: aproximación a su régimen jurídico y puntos críticos”. *Actualidad laboral* núm. 20, 2011 (La Ley 17676/2011). NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: “La suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora (supuestos significativos y puntos críticos)”, en AA.VV, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social ...cit.*

- 1) Titular originario es la madre, pues en ella piensa la Ley cuando habla de “maternidad y parto” [arts. 45.1.d) y 48.4 ET].
- 2) Titular por derivación es el “otro progenitor”, que sólo puede disfrutar de la suspensión en determinados supuestos (arts. 48.4 ET y 3.2 RD 295/2009): Por opción de la madre y En caso de fallecimiento de la madre y en los casos en que la madre no tenga derecho a prestación de seguridad social³².

Sin embargo, en el ámbito del Derecho comunitario la regulación no es exactamente equiparable a la española, en la medida en que las Directivas comunitarias mantienen como buen jurídico protegido la recuperación física de la madre y aluden al derecho de esta a un permiso de 14 semanas ininterrumpidas, sin que se haga alusión a titularidad originaria y derivada. Por su parte, también se reconoce el derecho de los padres trabajadores al cuidado de hijos y familiares a repartir las cargas familiares, regulando el denominado permiso parental.

Así pues, esta labor de promoción de la actividad conciliadora y el reparto de las cargas familiares entre mujeres y hombres quiebra cuando la mujer no disfruta de esta condición de trabajadora asalariada por cuenta ajena. Al carecer de la titularidad del derecho, no sólo le resulta imposible beneficiarse de él, sino que tampoco puede ceder su disfrute al padre, aun cuando éste sí fuese trabajador por cuenta ajena. No obstante lo anterior, en 2010 se aprobó la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. Esta normativa mejora notablemente la protección de las mujeres que ejercen una actividad autónoma y la de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad al reconocérseles una prestación por maternidad y un permiso de al menos catorce semanas, si así lo desean.

3.2. Disfrute paterno

Sin la participación del padre no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, lo que obviamente dificulta el acceso y, sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar se alienta a los Estados Miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo los derechos laborales. En esta norma, por primera vez, que-

³² El RD 295/2009, de 6 marzo, contempla supuestos en los que es posible la revocación de la opción realizada por la madre a favor del padre ante hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras análogas (art. 9).

daría caracterizado el permiso por paternidad como figura diferenciada del permiso por maternidad y también del permiso parental, como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la retribución con motivo del nacimiento del hijo.

La normativa comunitaria no exige el reconocimiento de un permiso por paternidad a los Estados miembros, por el contrario, lo configura como un derecho específico, distinto del permiso por maternidad y también del permiso parental, exclusivo del padre.

En esta misma línea, tampoco exige a los Estados Miembros, una duración mínima del mismo, aunque sí reconoce garantías para la eficacia del permiso por paternidad similares a las del permiso por maternidad. Durante su ejercicio el trabajador no podrá ser despedido, ni tampoco en el momento de su reincorporación (ni en el período posterior a la misma). Se mantendrán los derechos inherentes al contrato de trabajo durante su transcurso, incluida la retribución, así como el beneficio de una prestación adecuada. El modelo de permiso por paternidad reconocido en el Derecho comunitario como un permiso específico, autónomo e independiente del de maternidad contribuirá, con el paso del tiempo, a incrementar el número de varones que lo disfruten.

El ordenamiento español transpuso esta figura a nuestro derecho interno en virtud de la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres incorporando un nuevo permiso por paternidad autónomo, no supeditado a la opción materna a favor de su disfrute, ni al cumplimiento por parte de la madre de los requisitos para su disfrute. La norma da sobradamente cumplimiento a las exigencias de las Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE para el caso de que se regule el permiso por paternidad. Así pues, el art. 48.4 bis del ET, establece que en los casos de paternidad por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

Con la Ley 9/2009, -publicada en el BOE de 7 octubre de 2009-, se pretendía la equiparación de la duración entre el permiso de maternidad y paternidad, en aras a hacer efectivo especialmente este último, sin embargo, la crisis económica que atraviesa España ha perjudicado la suspensión temporal de la citada ampliación.

La especial configuración de los derechos de conciliación provoca dudas razonables acerca de su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación, especialmente derivadas de las diferencias persistentes entre maternidad biológica y adoptiva y que ha obligado a modulaciones recientes en los últimos años gracias a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ha sucedido con la reducción de jornada por lactancia. El TJUE se ha caracterizado por una exégesis amplia de esos principios, exégesis, que sin embargo, no mantiene en la sentencia de

19 de septiembre de 2013³³ al considerar como no discriminatoria la legislación nacional que establece la titularidad materna del permiso de maternidad y la diferencia de trato entre maternidad biológica y adoptiva.

La reciente sentencia basa su argumentación en la especial protección que merecen las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia, pues en todos esos casos se hallan en una “situación específica de vulnerabilidad” (apartado 49). A partir de esa premisa, el TJUE acepta que el derecho al descanso por maternidad se configure como un derecho originario de la madre que no puede verse afectado “contra su voluntad para atribuirse, total o parcialmente, al padre del menor” (apartado 56). De este modo, resulta plenamente compatible con el Derecho de la Unión la denegación del descanso al padre cuando la madre no haya generado el derecho por desarrollar una actividad por cuenta propia y no encontrarse de alta en un régimen de seguridad social (apartado 64).

Argumentación similar establece el alto tribunal en relación con la posible vulneración del derecho a la igualdad por el distinto tratamiento que existe en relación con el permiso de maternidad entre padres biológicos y adoptivos, en la medida en que el derecho comunitario permite en aras al distinto bien jurídico protegido la pervivencia de diferencias al considerar que la diferencia de trato entre padres trabajadores por cuenta ajena, según sean adoptivos o biológicos, está perfectamente justificada, dado que, en el supuesto de la maternidad biológica, es razonable que la titularidad del derecho se pueda establecer exclusivamente en la madre, que debe recuperarse del embarazo y del parto, mientras que la suspensión del contrato por razón de la adopción o el acogimiento tiene por finalidad facilitar una integración armónica del nuevo hijo en el grupo familiar, lo que puede afectar indistintamente al padre o a la madre.

En la Unión Europea, las políticas destinadas a favorecer la maternidad y la paternidad tienen un amplio recorrido y constituyen una hoja de ruta que, como tal, abastece a los Estados miembros de ideas y les otorga herramientas para el desarrollo de sus propias políticas. Ahora bien, los instrumentos europeos se han elaborado, atendiendo al imperativo económico derivado de las presiones demográficas y competitivas que evidencian la necesidad de optimizar la participación en el mercado laboral. Por ello, se han centrado, en las necesidades de la población activa -en el trabajo, en sus condiciones y garantías- y han dejado a un lado aspectos fundamentales de su regulación. Prácticamente, no se preocupan, en avanzar en el reconocimiento del trabajo no remunerado de las personas que deciden tener hijos, cuidarlos, atenderlos y

³³ STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Betriu Montul*, asunto C-5/12. (JUR 2013, 306289). En este caso, el padre era trabajador por cuenta ajena y afiliado al régimen general de la Seguridad Social. La madre era procuradora de los Tribunales estaba dada de alta en la Mutualidad General de Procuradores y, por lo tanto, no estaba dada de alta en dicho régimen general de la SS. El padre solicita hacerse cargo de su hijo tras las seis semanas de descanso obligatorias de la madre. Sin embargo, el INSS rechazó la solicitud argumentando que el padre no disponía de un derecho propio, autónomo e independiente al permiso, sino de un derecho derivado del derecho de la madre y puesto que ésta no era titular del derecho originario, tampoco el padre podía ser titular de ese derecho.

educarlos; a pesar de que son las que pueden presentar las tasas de riesgo de pobreza más elevadas.

3.3. Hacia la titularidad compartida del permiso de maternidad

La necesidad de que la madre deba trabajar y además cumplir determinados requisitos para disfrutar del descanso, y así, poder transmitir al padre estos derechos, ha supuesto, en muchas ocasiones, la exclusión del disfrute del derecho por parte del padre. Incluso aunque ambos progenitores estuvieran de acuerdo en compartirlo. A raíz de la Ley 39/1999, esta cuestión ha provocado una cierta litigiosidad, viéndose reflejado en un buen número de pronunciamientos de los TTSSJ³⁴ y del TS, en los que se negaba al padre tanto el disfrute como la prestación. En el marco de esta ley, para que la madre pudiera disfrutar del permiso y se lo transmitiera al padre, se exigía que fuera trabajadora con un contrato susceptible de suspenderse y sin embargo, se rechazó la posibilidad en caso de que la madre fuera trabajadora por cuenta propia o autónoma.

La atribución exclusiva de este permiso a la mujer trata de compensar las dificultades adicionales que ésta encuentra en la conservación de su empleo, ante circunstancias como la maternidad o la lactancia que, biológicamente, van unidas a ella y no al hombre, en el transcurso de la relación laboral. Sin embargo, esta medida supondría el fomento del rol de la mujer como cuidadora de los hijos y el hogar y, por tanto, la perpetuación de las desigualdades laborales.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia comunitaria³⁵, es preciso proteger las necesidades de las mujeres trabajadoras en un doble aspecto. Por una parte, en la condición biológica de la mujer, durante el embarazo y después de éste. Por otra, de las especiales relaciones entre la mujer y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto.

La legislación de la UE establece los requisitos mínimos relativos al permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor. Se basa en un acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por los interlocutores sociales europeos. La Directiva 2010/18/UE tiene por objeto conciliar la vida laboral y familiar y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral. En él se establecen disposiciones mínimas sobre el permiso parental a los trabajadores masculinos y femeninos, y la protección del empleo relacionado.

En concreto la Directiva garantiza y regula aspectos fundamentales de la paternidad:

- Los trabajadores tienen derecho individual al permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un niño, lo que les permite cuidar de los niños

³⁴ STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/62) y posteriormente también la STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2004 (JUR 2004, 7393).

³⁵ Por todas, véase, la última sentencia en la materia. STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Betriu Montull*, asunto C-5/12.

durante al menos cuatro meses, por lo menos uno de los cuatro meses, no se pueden transferir a la otra parte bajo ninguna circunstancia, es decir, que se reserva para cada padre.

- Los trabajadores están protegidos contra la discriminación por motivos de solicitar o utilizar el permiso parental.
- Al final del permiso parental, los trabajadores deben tener el derecho de regresar al mismo puesto de trabajo o a un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o relación de trabajo.
- También tienen el derecho de solicitar cambios en su horario de trabajo durante un período limitado, en el examen de las solicitudes, los empleadores deben equilibrar las necesidades de los trabajadores y la empresa.

Como es de sobra conocido, se trata de las instituciones juridificadas a nivel comunitario en relación con la conciliación de la vida privada y laboral. O, cuando menos, las únicas que cuentan con un instrumento de regulación tradicional. No se trata aquí más que de glosar su contenido y de recordar que les reconoce a los dos progenitores un derecho individual de cuatro meses para hacerse cargo de sus hijos hasta una edad máxima de éstos de ocho años, cuyo disfrute o solicitud debe contar con una garantía reforzada frente al despido de respuesta por parte del empresario. El permiso genera un derecho de reserva del mismo puesto de trabajo o, al menos, de un trabajo equivalente y, durante su disfrute, se conservan los derechos adquiridos y en vías de adquisición. Y, asimismo, se reconoce un derecho a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora.

No obstante, en el derecho comunitario pueden diferenciarse diferentes permisos por el mismo hecho, el cuidado del hijo genera un permiso de maternidad, paternidad o, incluso, un permiso parental. En otros términos, la diferencia de trato en la titularidad del permiso de maternidad, lejos de justificarse objetiva y razonadamente como una medida de protección de la mujer trabajadora, motivada por el mero hecho biológico, se constituiría en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, el mantenimiento de los roles sociales y la pervivencia de desigualdades. La necesidad de que la madre trabajase y cumpliera determinados requisitos para disfrutar del descanso (y acceder a la prestación por maternidad), y así poderle transmitir al padre estos derechos ha supuesto en el pasado la exclusión del disfrute del mismo por parte del padre en no pocas ocasiones; incluso cuando ambos progenitores estuviesen inicialmente de acuerdo en compartirlo.

La corresponsabilidad es uno de los principales objetivos a alcanzar, es decir, se ha de conseguir no sólo que las medidas de conciliación vayan dirigidas tanto a mujeres como a hombres, sino también que éstas sean solicitadas y empleadas en igual medida por ambos. Este reparto de tareas entre el hombre y la mujer de manera equitativa e

independiente al sexo, debe ser puesto en práctica dentro del hogar, puesto que es la mejor manera de transmitirlo a las generaciones futuras.

Si sólo las madres trabajadoras por cuenta ajena tienen un derecho individual al permiso de maternidad, del que carecen, por el contrario, los trabajadores varones por cuenta ajena, las consecuencias pueden ser perniciosas e, incluso, contrarias a la finalidad que se pretende conseguir, porque ello mantiene, de modo formal y real, el tradicional reparto de roles entre el padre y la madre, manteniendo a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto de sus obligaciones parentales, y siendo éstas quienes, tengan el derecho y el deber de cuidado del hijo, del que se ve privado el padre, al menos en su titularidad inicial. La regla común debiera ser la de la intransferibilidad de los derechos derivados de la maternidad.

En esta línea interpretativa, en España a pesar de la evolución normativa acaecida en materia de titularidad del permiso de maternidad y el disfrute paterno del mismo en determinados supuestos, quizá debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente de equiparación del padre y la madre, mediante la configuración de un permiso de titularidad indistinta, aunque manteniendo las lógicas ventajas maternas. Así, se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores.

De otra parte, y para corroborar que la titularidad de los permisos parentales no es una cuestión cerrada sino de plena actualidad, como es el del alcance de los permisos de maternidad y paternidad subrogada o “vientre de alquiler, aun cuando en nuestro país no esté permitido.³⁶ La maternidad subrogada es una forma de reproducción asistida en la que mediante la celebración de un contrato, además de los futuros padres, participa una mujer que se ofrece para gestar un embrión (puede o no aportar su óvulo), adquiriendo el compromiso de entregar el nacido a los padres (pueden aportar o no sus gametos).

El problema que se plantea con este supuesto es que este tipo de filiación no está prevista en los supuestos que permiten disfrutar del derecho al permiso de maternidad,³⁷ puesto que no se trata de un supuesto de parto³⁸, ni de adopción o acogimiento. Por lo tanto, en el caso de los sujetos varones que deciden recurrir a la maternidad subrogada y solicitan la prestación por maternidad, esta les ha sido denegada, puesto que no existe una madre biológica.

³⁶ Art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRHA) Sin embargo, la Dirección General de Registros y Notarías, por medio de la resolución de 9 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010, admite la inscripción de los nacidos bajo estas técnicas mediante la aportación de Sentencia o de ciertos documentos.

³⁷ No se encuentra prevista ni en el art. 48ET, ni en el art. 33LGSS, ni en el RD 295/2009, con respecto a la prestación por maternidad; lo que se explica por el hecho de que la Ley 14/2006 prohíbe la maternidad por subrogación y declara la nulidad del contrato concertado con esta finalidad.

³⁸ SJS núm. 2 Oviedo, de 9 de abril de 2012 (AS2012, 924).

En este sentido, se podría cuestionar hasta qué punto puede implicar una discriminación del padre, por razón de sexo, el hecho de que la titularidad del derecho pertenece a la madre. Sin embargo, el TC ha señalado que no se puede afirmar que exista discriminación, puesto que se trata de proteger a la mujer trabajadora por razón del hecho biológico (parto y puerperio) de acuerdo con lo previsto en el art. 39.2 CE puesto que se encuentra en una situación más vulnerable.³⁹ Por lo tanto, el hecho biológico de la maternidad es una limitación a la igualdad de trato y lo que se intenta es compensar a la mujer por este hecho. Además, no significa que exista discriminación para el hombre por razón de sexo⁴⁰, sino que, si no hay madre biológica no hay parto y esto sería igual aunque fuera una mujer la que hubiera optado por la maternidad subrogada.

Por otra parte, en los supuestos en los que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, es el padre el que puede disfrutar de la parte del descanso obligatorio.

Se entiende que si no hay una maternidad biológica, ni la mujer ni el hombre tienen derecho a disfrutar del permiso de maternidad porque la maternidad está ligada al parto y esto implica que solo puede ser una mujer la que haya gestado y dado a luz⁴¹. Así, no podrán disfrutar del permiso de maternidad, en el supuesto de maternidad subrogada, primero porque la legislación española prohíbe esta práctica y segundo, porque este tipo de filiación no está previsto en nuestro ordenamiento.

La LOIEHM modificó la LGSS con el fin de ampliar la protección social para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar y para que fuera aplicada a cualquier tipo de familia (la integrada por varones, monoparentales, etc.), pero estos derechos han sido concedidos a aquellos que optan por la adopción o el acogimiento. Es decir, que en los casos de adopción o acogimiento se puede disfrutar de estos derechos, pero en el caso de la maternidad subrogada, en la que los padres figuran como progenitores, no están previstas estas situaciones protegidas y por lo tanto, no se permite que los padres del menor puedan atenderle ni estrechar lazos. Por tanto, en el supuesto que nos ocupa, no parece que se tenga en cuenta la protección del menor de la misma forma que para el caso de adopción o el acogimiento.

³⁹ STC 109/1993, de 25 de marzo.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl, Asunto C-363/12, de 26 de septiembre de 2013, punto 68.

⁴¹ STJUE (Gran Sala) (asunto C-363/12), de 18 de marzo de 2014. El TJUE dictamina que los Estados miembros no están obligados a conceder a la trabajadora subrogante un permiso por maternidad en virtud del art. 8 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. Recuerda este Tribunal que el objeto de esta Directiva es promover la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia. Por lo tanto, en los supuestos de maternidad subrogada, la madre subrogante y, por consiguiente el padre, no podrán beneficiarse de un permiso de maternidad, puesto que la trabajadora no ha estado embarazada ni ha dado a luz.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 18 de marzo de 2014 ⁴²deniega el derecho a permiso de maternidad en la medida en que considera que debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente.

Los Tribunales españoles se han pronunciado en este sentido, dando la solución de extender el derecho de la prestación por maternidad al supuesto de maternidad subrogada, siempre que se cumplan los requisitos necesarios. Se llega a esta solución haciendo una interpretación extensiva de la norma que permite entender que, este supuesto se encuentra incluido en el “espíritu” de la misma, lo que ocurre es que “la fórmula verbal empleada por ésta dijo menos de lo que realmente quería decir⁴³”

Teniendo en cuenta esta interpretación, se podría equiparar la maternidad subrogada a los supuestos de adopción y al acogimiento y en el supuesto de que fuera denegada la prestación, cuando esté prevista para la misma causa, se estaría vulnerando el principio de igualdad.⁴⁴ No obstante lo anterior, la sentencia de 18 de marzo de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en contra de esta equiparación al entender que no es contrario a principio de igualdad por razón de discapacidad la denegación de la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución⁴⁵.

En cualquier caso, se trata de una cuestión novedosa y que sin duda suscitará otras cuestiones litigiosas donde quizá la jurisprudencia comunitaria deje la puerta abierta al reconocimiento de este tipo de derechos.

En definitiva, los permisos parentales son una de las medidas que, con una apariencia igualitaria, puede ser un mecanismo importante para mantener la desigualdad sexual de dedicación al cuidado, a menos que evolucionen hacia la intransferibilidad y se acompañen de otras medidas que realmente consigan un uso igualitario por parte de hombres y de mujeres y permitan avanzar en la corresponsabilidad. Una de esas medidas podría ser la de establecer la titularidad compartida como derecho individualizado por nacimiento de hijos.

⁴² STJUE de 18 de marzo de 2014, *C. D. y S. T.*, asunto C-167/12.

⁴³ STSJ Madrid, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503) y STSJ Asturias, de 20 de septiembre de 2012 (AS 2012, 2485).

⁴⁴ Vid SJS núm. 2 Oviedo, de 9 de abril de 2012 (AS2012, 924).

⁴⁵ STJUE de 18 de marzo de 2014, *Government department and the Board of management of a community school*, asunto C-363/12.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGUELLES BLANCO A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales* núm. 2 extra, 2007.
- BARRIOS BAUDOR, G., y LASAOSA IRIGOYEN E.: “Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario”, en *AAVV: Cuestiones actuales de Derecho Social comunitario*, (Dir. M. Areta Martínez y A.V. Sempere Navarro), Laborum., Murcia, 2009.
- CABEZA PEREIRO, J.: “Conciliación de la vida privada y laboral”, *Temas laborales* núm. 103, 2010.
- CASTRO GARCÍA, C., PAZOS MORAN, M.: “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual” En *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.
- CORDERO GORDILLO, V.: “La titularidad paterna del permiso de lactancia”. *Revista de derecho social*. núm. 53, 2011.
- ESPUNY TOMÁS, M. J.: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”. *IUSLabor* núm. 2, 2006.
- ESPUNY TOMÁS, M. J., GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “¿Protección o Discriminación? A propósito de la ley de la silla”. *Revista de Filosofía, Derecho y Política* núm. 11, 2010.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales* en *AA:VV Mujer, trabajo y Seguridad Social* (Dir. E. Borrajo Dacruz), Wolters Kluwer, Madrid, 2010.
- MANEIRO VAZQUEZ, Y.: “Discriminación por razón de sexo en la titularidad del derecho al permiso de lactancia por el padre en el caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 24, 2011.
- NARGANES ROBAS, J. C., & NARGANES PARRAL, A.: *La Educación de la mujer en el Siglo XIX. Clave XI. Reflexiones y Experiencias en Educación* núm. 5, 2011.
- MONTOYA MELGAR, A.: Prólogo a la obra de MOLINA PUMARIEGA, R.: “La protección jurídica de la mujer trabajadora”, CES, Madrid, 2004.
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Maternidad, adopción y acogimiento: aproximación a su régimen jurídico y puntos críticos”. *Actualidad laboral* núm. 20, 2011 (La Ley 17676/2011).
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “(Des) igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones parciales planteadas en el anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres (I)”, *Tribuna Social*, 192, 2006.
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, 14, 2011, (LA LEY 13367/2011).

- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. Y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora (supuestos significativos y puntos críticos)”, en AA.VV, *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, (Dir. E. Borrajo Dacruz), Wolters Kluwer, Madrid, 2010.
- RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S.: “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la facultad de Derecho*, núm. 8, 2011.
- SERRANO GARCÍA, J. M^a: “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”. *Relaciones Laborales* núm. 13, 2012, (LA LEY 7651/2012).
- VALIENTE FERNÁNDEZ, O. “La liberalización del régimen franquista: la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer”. *Historia Social* núm.31,1998.

CAPÍTULO VIII.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL PERÚ: HACIA LA BÚSQUEDA DE LA CORRESPONSABILIDAD

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR¹

Sumario: **I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. ALGUNOS DATOS A TENER EN CUENTA.** 2.1. Situación de la familia peruana 2.2. Situación de la mujer trabajadora. **III. PERÚ: HACIA LA BÚSQUEDA DE LA CORRESPONSABILIDAD ENTRE VARÓN Y MUJER.** 3.1. Enfoque de corresponsabilidad y medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. 3.2. La incorporación del enfoque de corresponsabilidad en la Políticas públicas sobre la familia y en las normas laborales peruanas. **IV. MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.** 4.1. Medidas de protección vinculadas con la situación biológica del embarazo y puerperio y con la salud y atención del recién nacido. 4.1.1. *Medidas de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.* 4.1.2. *Descanso por maternidad.* 4.1.3. *Implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado.* 4.1.4. *Permiso por lactancia materna.* 4.2. Medidas que buscan fomentar la corresponsabilidad de los padres trabajadores 4.2.1. *Licencia por paternidad* 4.2.2. *Licencia por adopción* 4.2.3. *Licencia para atender a familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave.* 4.2.4. *Licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapacidad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia o sujetos a su curatela.* 4.3. Medidas ausentes: las relacionadas con el empleo y distribución del tiempo de trabajo. **V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

¹ Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Candidato a Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Director del Laboratorio Hispano - Peruano de Jurisprudencia (sección Perú).

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Se ha dicho en innumerables ocasiones que la incorporación de la mujer en el mundo del trabajo constituye uno de los acontecimientos más importantes del siglo XX porque representa uno de los avances más importantes en la consecución de la igualdad efectiva entre varón y mujer y porque favoreció el desarrollo pleno de la mujer en su esfera personal y profesional, contribuyó a la generación de riqueza, al bienestar de los hogares y la reducción de la pobreza.

No obstante, dicha incorporación no vino acompañada de un cambio en el esquema tradicional del reparto de las tareas entre varón y mujer. En efecto, se mantuvo vigente el esquema que reservaba al varón las actividades productivas realizadas fuera del hogar y, a la mujer, las labores propias de la atención del hogar, el cuidado de los hijos y de los demás miembros de la familia. Ello, como es evidente, trajo como consecuencia que la mujer continuara encargándose tanto de la ejecución como de la organización y gestión del trabajo doméstico y que el varón se mantuviera al margen de las responsabilidades familiares.

Esta cuestión se agrava por la indiferencia del Estado, de la sociedad, del empresario y organizaciones sindicales frente a una situación que se consideraba de estricta importancia privada y cuya solución debía correr a cargo de los propios trabajadores con responsabilidades familiares. En este sentido, no se ha valorado de forma adecuada el trabajo doméstico, ni ha existido una real preocupación por compatibilizar tiempos sincrónicos² y han sido nulos o escasos los servicios públicos en apoyo de las tareas familiares³. Aún más, el propio ordenamiento laboral, no solo no tuvo en cuenta la “doble carga” o la “jornada interminable” que asumió la mujer, sino que, reguló las relaciones laborales, a partir de la realidad masculina⁴; es decir, tomando en consideración a un trabajador carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, dedicado en exclusiva a su trabajo y sin posibilidad de sufrir maltrato o discriminación⁵.

Por otro lado, ante el resquebrajamiento de la visión tradicional del matrimonio y la familia, se produce el retraso del matrimonio, el descenso de la natalidad incluso

² Cfr. NUÑO GÓMEZ, L.: *El Mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, 1ª. edición. Icaria, Barcelona, 2010, pág. 29. De la misma opinión, MARÍN ALONSO I. Y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum, Murcia, 2001, pág. 14.

³ Cfr. OIT-PNUD: *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, 1ª. edición. OIT- PNUD, Santiago de Chile, 2009, págs. 14-15.

⁴ Cfr. CAAMAÑO ROJO, E.: “La armonización de responsabilidades laborales y familiares: un nuevo fin para el Derecho del Trabajo”, en *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, núm. 4, 2011, pág. 136.

⁵ Cfr. PÉREZ DEL RÍO, T.: “La ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de debate”, Cit. por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 48.

por debajo de las tasas de reposición⁶; el aumento de la frecuencia del divorcio, el surgimiento de nuevas formas familiares y el crecimiento considerable del número de familias monoparentales; todo lo cual, genera una seria inestabilidad en los niños⁷.

La disyuntiva entre la vida familiar y laboral llega a tal punto, que es la mujer quien -normalmente- se ve obligada a renunciar a su proyección profesional⁸, en un marco empresarial en el que se suele penalizar la maternidad y las responsabilidades familiares. Aún más, la oposición entre vida familiar y laboral afecta la salud física y psicológica del varón y la mujer y, por ende, su productividad; se generan problemas para brindar atención adecuada a niños y niñas, adultos mayores y enfermos; se priva a los varones de participar activamente en la crianza y cuidado de sus hijos y familiares y, por tanto, de una experiencia de paternidad más afectiva, cercana e igualitaria; se afecta negativamente el funcionamiento de los mercados laborales, la productividad de las empresas y, con ello, el desarrollo económico de los países, al desaprovecharse una parte importante de la fuerza laboral⁹, reforzando las brechas de desigualdad socioeconómica y de género entre los que tienen mayores recursos y lo que no.

Por todo ello, se hace necesaria la intervención estatal que brinde una respuesta institucionalizada -traducida en el ordenamiento jurídico- a los conflictos que se generan entre vida laboral y familiar de tal forma que se aprueben y pongan en vigor políticas públicas *integrales, sostenibles* en el tiempo y *adecuadas* a cada realidad social. Solo así, se asegurará la existencia y subsistencia de la familia y con ella, la protección de la dignidad de cada uno de sus miembros.

En el presente artículo esbozaremos el estado de la cuestión en el Perú sobre las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral que operan sobre la relación individual de trabajo, desde un enfoque de corresponsabilidad. En este sentido, y fundamentalmente, mostraremos las Políticas Públicas y las medidas legislativas aprobadas para tal efecto.

Aun cuando el presente artículo es consecuencia del trabajo desarrollado en el Laboratorio Hispano-Peruano de Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social, dejamos constancia de la escasez de sentencias judiciales sobre el particular en el ordenamiento peruano. Esto es motivado por el escaso desarrollo legislativo de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el Perú que -como se comprobará- ha tenido un tímido desarrollo como consecuencia de la reciente preocupación del Estado peruano por implementar Políticas Públicas relacionadas con la igualdad y la

⁶ Cfr. GUIRAO MIRÓN, C.: “Nuevas formas de relación trabajo productivo y sociedad: la conciliación de la vida familiar y laboral”, en *Prisma social*, núm. 6, junio, 2011, pág. 5.

⁷ Cfr. FUSTENBERG, E.: “El cambio familiar estadounidense en el último tercio del siglo XX” en A.A.V.V.: *Nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales*. UNICEF/UDELAR, Montevideo, 2003, pág. 30.

⁸ Sobre este hecho, se puede revisar, CRESPO GARRIDO, M.: “Mujer, mercado de trabajo y fecundidad: La conciliación de trabajo y familia el mayor hándicap para el liderazgo femenino”, en *Clm.economía*, núm. 17, segundo semestre, 2010, págs. 169-196.

⁹ Ver OIT-PNUD: *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de (...) Op. Cit.*, pág. 16.

protección de la familia. Así mismo, esta situación evidencia la escasa cultura de corresponsabilidad que poseen los propios trabajadores, los empresarios y la sociedad peruana, en general.

II. ALGUNOS DATOS A TENER EN CUENTA

Como se ha mencionado es necesaria una respuesta a los problemas generados por el conflicto entre trabajo y familia. Para ello se debe partir de algunos datos fácticos fundamentales que permitan plantear las estrategias necesarias que contribuyan a dar solución a dicho problema. En este caso, nos referiremos a la realidad peruana sobre la familia y el trabajo de la mujer que nos marcarán la pauta al momento de establecer Políticas relacionadas con la armonización de la familia y el trabajo.

2.1. Situación de la familia peruana

Según el Informe del Instituto de Estadística e Informática (INEI) “Estado de la población peruana 2014”¹⁰, a mitad del año 2014, la población del país alcanza los 30 millones 814 mil 175 habitantes, de los cuales 15 millones 438 mil 887 son hombres y 15 millones 375 mil 288 son mujeres.

La conformación de la pirámide poblacional correspondiente al año 2014 en comparación con el año 2021, muestra que la base (0-5 años de edad) es mayor aproximadamente 0,5% con respecto a la pirámide proyectada para el 2021. Esto demuestra que se estaría reduciendo la fecundidad, a la vez que los grupos de edad a partir de los 30 años comienzan a incrementarse, lo que muestra el lento envejecimiento de la población peruana (un incremento relativo de la población en edad de trabajar a partir de los 30 años y de los mayores de 65 años de edad).

Las mujeres representan el 49.9% del conjunto de la población, aunque su peso relativo varía dependiendo del grupo de edad. Así, mientras que hasta los 44 años el porcentaje de mujeres es levemente inferior al de los varones en todas las edades, a partir de los 45 años en adelante, se invierte esta situación a medida que se avanza en la edad, produciéndose una tendencia creciente de la población femenina. De esta forma, las mujeres representan el 50.2% a partir de los 45 años, aumentando en los siguientes grupos de edad hasta llegar al 58,4% a los 80 y más años de edad.

En el año 2014, la edad mediana de la población se sitúa en 26,9 años. Hace dieciocho años era 21,6 años, lo cual indicia que hay más población en edades mayores. La población de 60 años a más representa el 9,4% de la población total. En términos absolutos supera los 2 millones 907 mil personas. Al año 2021 se incrementará al 11,2%.

¹⁰ Cfr. INEI: “Estado de la población peruana 2014”. Ubicado el 12.VII.2014 a 23.15 horas en http://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1157/libro.pdf.

En el año 2013 existían en el Perú alrededor de 8 millones de hogares. De este total, aproximadamente, el 76% corresponde a hogares del área urbana y el restante 24% al área rural. Por estructura del hogar, se entiende la composición de los miembros del hogar, tomando como referencia o modelo ideal al hogar nuclear (ambos padres e hijos). En este contexto, la estadística disponible muestra que en el año 2013 cerca al 60% de los hogares son de tipo nuclear. Bastante más lejos está la familia extendida o tradicional que representa el 22.4%.

Si bien la familia nuclear sigue siendo el modelo predominante, ya mostraba un ligero descenso entre el 2009 y el 2011: 74,6% en el caso de los hogares con jefatura masculina, aunque en el caso de hogares con jefatura femenina la modalidad más común es la de la familia compuesta por la madre, los hijos u otros parientes (61,7%). Este dato permite suponer que subsiste un esquema tradicional de relaciones de poder y de división sexual del trabajo, en donde los hogares dirigidos por varones requieren de sus esposas para las labores de cuidado y en donde, en el caso de los hogares dirigidos por mujeres, sucede lo contrario, porque no cuentan con la compañía de su cónyuge¹¹.

En el caso de los hogares monoparentales, se constata el predominio de aquellos que son jefaturados por mujeres solas. Los hogares que tienen como jefa de hogar a una mujer representaron, en el año 2013, el 26,5% del total de hogares. En el área urbana este porcentaje es mayor 28,7% y en el área rural el 19,4%. Respecto al año 2004, la responsabilidad femenina en la conducción de los hogares se ha incrementado en 4,7 puntos porcentuales.

Aquellos hogares con el número de miembros superior a 5 personas ha disminuido de 44,3% en el año 2004 a 33,6% en el 2013. De otro lado, los hogares más pequeños de 1 hasta 4 miembros describen un ligero incremento en el periodo analizado.

En lo que corresponde al estado civil o conyugal de la población también se advierten cambios que tendrán repercusión en la conformación de las familias. Después de la categoría soltera/o, los mayores porcentajes corresponden a dos tipos de uniones: el matrimonio y la unión de hecho. En efecto, la población que en el año 2013 declaró ser soltera/o, representó el 38,2%. Esta categoría en el año 2004 fue de 41,3%.

La unión de hecho es una situación que se viene incrementando en los últimos años. Del 17,6% de personas que vivían en unión de hecho en el año 2004, se incrementó a 20,4% en el año 2013. La condición de casada/o disminuyó de 30,8% en el año 2004 a 28,1% en el año 2013. Esta característica es similar en las áreas urbana y rural. La población que se declara viuda al año 2013 asciende a 5,3% mientras que los separados o divorciados se han incrementado del 5.5% en el año 2004 al 9.1% en el

¹¹ Cfr. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES: *Propuesta Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021*, pág. 27. Ubicado el 10.V.2014 a 15:33 horas en <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf>.

año 2013. En este último caso, sí existe diferencia entre la población urbana y la rural pues en aquella el índice asciende a 9,1% mientras que en ésta es del 4,2%.

La mayor participación de la mujer en el mercado laboral y su relativa autonomía así como la alta movilidad laboral de hombres y mujeres tendrían relación con el mayor porcentaje de uniones de hecho así como el incremento del porcentaje de divorcios, que de 5,5% en el año 2004 aumentó a 7,9% en el 2013. Asimismo, en esta situación habría influido la legislación que efectivizó el divorcio de mutuo consentimiento.

Otros datos que pueden ser extraídos del Documento de Trabajo: Propuesta de Plan Nacional de Fortalecimiento de las Familias 2013-2021, nos refieren que la tasa global de fecundidad nacional ha descendido de 3,5 hijos vivos nacidos por cada mujer en edad reproductiva en los años 1991-1992 hasta 2,5 hijos nacidos vivos en promedio en el periodo 2012. Las diferencias entre las mujeres del área rural y urbana también son notorias. En aquella, el promedio es de 3,6 hijos nacidos vivos frente al 2,3 del área urbana en el año 2012. Además de las diferencias por área de residencia, también influyen el nivel educativo de la mujer y la región natural. Las mujeres sin educación tienen una tasa global de fecundidad de 4,7 y las de educación superior 1,9 de hijos nacidos vivos por mujer. Entre las regiones del país, la selva presenta las tasas de fecundidad más altas.

Un aspecto interesante a tener en cuenta está referido a la situación de la dinámica intrafamiliar, en concreto, a la división del trabajo y el uso del tiempo en las actividades domésticas. En el documento estatal antes referido, se reconoce que “si bien se ha modificado la participación por género en el mercado laboral, la división del trabajo y de responsabilidades que asumen hombres y mujeres al interior del hogar muestra que las mujeres continúan asumiendo en mayor medida las labores domésticas. De esta forma, una mayor proporción de mujeres realizan tareas en el hogar y el promedio de horas semanales que le dedican es significativamente mayor que el tiempo de los varones invertido en estas tareas”¹².

Los datos nos muestran que a la actividad culinaria se dedican el 94,5% de mujeres frente al 68,5% de varones. Al cuidado de bebés, niñas y niños se dedica el 56,4% de mujeres frente al 44,4% de varones. Al cuidado de miembros de la familia que presentaron malestar o enfermedad se dedica el 16,8% de mujeres frente al 9,8 % de varones. Al cuidado de miembros del hogar con discapacidad física, mental o enfermedades crónicas o de edad avanzada se dedicó el 2,3% de mujeres frente al 1,1. % de varones. En lo que respecta al número de horas por semana dedicadas a las actividades antes mencionadas tenemos que a la actividad culinaria la mujer dedica 13 horas con 43 minutos por semana frente a 4 horas con 2 minutos del varón. A las actividades referidas al cuidado de bebés, niñas y niños las mujeres dedican 12 horas con 14 minutos a la semana frente a las 5 horas con 49 minutos que dedican los varones. A las

¹² Cfr. *Ibidem*, pág. 45.

actividades referidas al cuidado de los miembros del hogar que presentaron malestar o enfermedad las mujeres dedican 4 horas con 16 minutos frente a las 3 horas con 37 minutos que dedican los varones. Finalmente, al cuidado de miembros del hogar con discapacidad física, mental o enfermedades crónicas o de edad avanzada, las mujeres dedican 16 horas con 47 minutos frente a las 8 horas con 55 minutos del varón.

2.2. Situación de la mujer trabajadora

Según el Informe anual 2012: La mujer en el mercado laboral peruano¹³, en el Perú, la población femenina todavía sigue enfrentando menores oportunidades en los aspectos educativos, sociales y económicos. La situación de desventaja en la que se encuentra la población femenina no solo tiene que ver con los menores ingresos que percibe y el menor acceso al mercado laboral, sino también con la precariedad de sus empleos, su participación en empleos de baja productividad que les reporta reducidos salarios (sea que trabajen de forma dependiente o independiente); a lo cual se suma, el gran porcentaje de mujeres que se encuentran participando en el mercado laboral como trabajadoras familiares no remuneradas.

De acuerdo con las conclusiones del informe antes citado, las diferencias de género que perjudican a las mujeres en cuanto a los niveles de empleo, se mantienen. Así, entre los años 2007-2012, la cifra de desocupados hombres decreció en 20,7% mientras que la de las mujeres solo fue del 8,9%. Esto significa que el crecimiento económico que ha vivido el país en los últimos años ha permitido insertar al mercado laboral a gran parte de la población masculina que se encontraba desempleada y, en menor proporción, a la población femenina.

En el año 2012, el 69,9% de la PEA masculina se encontraba empleada adecuadamente, es decir, trabajando las horas que deseaba y percibiendo la remuneración por encima del ingreso mínimo referencial, mientras que solo el 61,3% de la PEA femenina se encontraba en esta situación. La diferencial de género en empleo adecuado en el año 2012 es de 8,6 puntos porcentuales. En el año 2007 dicha diferencial fue de 6,6 puntos porcentuales. Ello evidencia un incremento en la diferencia de género en empleo adecuado en el lapso antes mencionado.

En lo que respecta a la tasa de actividad de varones y mujeres, existen diferencias a favor de los hombres. En el año 2012 fue de 17,6 puntos porcentuales y en el año 2007 fue de 18,3 puntos porcentuales.

Un rasgo que caracteriza el empleo femenino es que la mayor parte de mujeres trabaja como independientes, especialmente no profesionales, ni técnicos y, en segundo

¹³ Los datos mostrados en el presente epígrafe han sido extraídos del Informe anual 2012 sobre la mujer en el mercado laboral peruano. Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO: *Informe anual 2012. La mujer en el mercado laboral peruano*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima, 2014, págs. 62-63. Ubicado el 14.V.2014 a 13:25 horas en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/DISEL/2012/INFORMES/informe_anual_mujer_mercado_laboral_2012.pdf.

lugar, como trabajadoras familiares no remuneradas. A diferencia de los hombres que si bien, en primer lugar trabajan como independientes no profesionales, ni técnicos, en segundo lugar lo hacen como asalariados en empresas de 2 a 10 trabajadores.

En el periodo 2007 - 2012, el incremento de afiliación al seguro de salud de la población ocupada femenina fue de 31 puntos porcentuales, el cual fue mucho mayor al incremento de afiliación registrado en la población ocupada masculina de 26 puntos porcentuales. Por otra parte, tanto la afiliación al sistema de pensiones para la población ocupada femenina como la masculina fue alrededor de 7 puntos porcentuales.

En el periodo 2007-2012, las condiciones laborales se incrementaron sustancialmente. En el caso de los hombres que trabajaron con un contrato laboral en el ámbito privado y público, el incremento sustancial fue de 9,2 puntos porcentuales. Para las mujeres fue de 6,3 puntos porcentuales en las mujeres para el periodo indicado.

Respecto a los ingresos laborales reales, estos se incrementaron tanto para la población femenina como para la masculina. Sin embargo, las brechas de ingresos para ambas poblaciones (con evidente perjuicio para las mujeres) se incrementaron de 29 % a 32%.

Si bien en los últimos seis años, las tasas de desempleo femenino y masculino se han reducido, las diferencias de género en este indicador han permanecido altas a favor de los hombres. En el año 2012, la tasa de inactividad femenina alcanzó el 35,2% mientras la tasa de inactividad masculina alcanzó la cifra de 17,6%. Según lo que declara la población femenina, las principales razones de inactividad obedecen a estar realizando quehaceres del hogar y encontrarse estudiando. A diferencia de la población masculina que declara estar, principalmente, estudiando.

Estos datos reflejan la realidad peruana sobre la que deben establecerse las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Es evidente la necesidad de que las medidas de conciliación no generen un efecto perjudicial en las mujeres. Para ello será necesario que el enfoque utilizado por el Estado peruano sea el de la corresponsabilidad de mujeres y varones en las tareas domésticas. Sobre la incorporación de la perspectiva de la corresponsabilidad en las Políticas Públicas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral nos referiremos en el siguiente punto.

III. PERÚ: HACIA LA BÚSQUEDA DE LA CORRESPONSABILIDAD ENTRE VARÓN Y MUJER

3.1. Enfoque de corresponsabilidad y medidas de conciliación de la vida familiar y laboral

El carácter tuitivo del Derecho del Trabajo ha permitido que -además de la regulación de las condiciones de trabajo- se incluyan las circunstancias personales y familiares del trabajador en las normas de dicho sector del ordenamien-

to jurídico. Así ocurrió desde el origen mismo del Derecho del Trabajo¹⁴ que también mostró preocupación por brindar protección a la mujer trabajadora y a los niños, tal como se comprueba con la Ley 2851 (23.11.1918) sobre el trabajo de las mujeres y los niños por cuenta ajena. No obstante, tal protección no se otorgó en clave de igualdad sino porque se los consideraba seres débiles y necesitados de protección.

En ese sentido, y en relación con la búsqueda de la igualdad entre varón y mujer, se fueron instituyendo una serie de medidas legislativas destinadas, principalmente, a combatir la discriminación por razón de sexo en el acceso y continuidad en el empleo, sin incidir en que las diferencias por razón de sexo eran un “reflejo del distinto papel que hombres y mujeres asumen en el seno de la familia”¹⁵. De esta forma, se generaron efectos negativos para la mujer ya que no se adoptaron medidas concretas para cambiar el estereotipo que la consideraba como la principal - y en la gran mayoría de casos, única- responsable de las labores domésticas. Siendo así, no se abonó a favor de la necesaria democratización de la vida doméstica ni se fomentó que los varones asuman la responsabilidad que les corresponde en el reparto de las tareas domésticas.

El perjuicio que la “doble jornada” generaba en las mujeres y sus escasos efectos en el logro de la igualdad efectiva con el varón produjo el paso hacia el reparto de responsabilidades o, lo que es lo mismo, hacia la idea de *corresponsabilidad*. Esta constituye “un paso más, de carácter cualitativo, en la evolución de la protección dispensada a los sujetos trabajadores que dedican parte de su tiempo al cuidado de dependientes”¹⁶. La corresponsabilidad es entendida como la necesidad de que las labores de cuidado de los hijos y dependientes y de atención del hogar sean asumidas por varones y mujeres a partes iguales, como una forma de aligerar la carga de las mujeres y obtener igualdad efectiva.

A pesar del gran avance que implica la introducción de la corresponsabilidad en las Políticas Públicas y en las disposiciones normativas relacionadas con la armonización del trabajo y la familia, aún era necesario extender la corresponsabilidad a otros sujetos: al empresario, a quien le corresponde gestionar adecuadamente el tiempo de trabajo, de tal forma que permita que los derechos de corresponsabilidad no sean solo derechos de ausencia sino, fundamentalmente, derechos de presencia y también al Estado y la sociedad, a quienes corresponde intervenir, sea invirtiendo financieramente para colaborar activamente en las actividades de cuidado, sea

¹⁴ Así, por ejemplo, mediante la Ley 1378 (3.07.1911) Ley de accidentes de trabajo que buscó atender las situaciones de necesidad que surgen para el obrero o empleado y su familia como consecuencia de un accidente de trabajo.

¹⁵ Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2, 2007, pág. 69.

¹⁶ Cfr. BALLESTER PASTOR, M. “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política anti-discriminatoria”, en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pág. 55.

interviniendo normativamente para asegurar la corresponsabilidad de la unidad familiar y del propio empresario¹⁷.

De esta forma, la conciliación de la vida familiar y laboral con un enfoque de corresponsabilidad no constituye, única y exclusivamente, un asunto de igualdad ni tampoco un tema que compete exclusivamente a los trabajadores con responsabilidades familiares sino que, además, involucra a otros sujetos relacionados con el mundo del trabajo y, particularmente al Estado que, como tendremos ocasión de revisar, en un Estado social y democrático de derecho, tiene la obligación de proteger a la familia y a la niñez¹⁸.

Es en este sentido, que la conciliación de la vida familiar y laboral, bajo el enfoque de corresponsabilidad, se constituye en un derecho social de cualquier ciudadano trabajador con responsabilidades familiares cuya finalidad consiste, por un lado, en conseguir la igualdad de oportunidades en el trabajo para varones y mujeres y, por otro, lograr una distribución más justa entre hombres y mujeres de sus responsabilidades familiares y hacer compatible el trabajo con la protección de la familia¹⁹. Solo de esta forma, además de la consecución de la igualdad, se favorecerá a la familia al restablecerse el equilibrio de responsabilidades frente al hogar y los hijos contribuyendo al bienestar de la familia y al cambio de mentalidad social que vuelca la responsabilidad de la familia sobre la mujer.

Detrás del enfoque de la corresponsabilidad se encuentra la idea de la complementariedad e interdependencia de los sexos que requiere la presencia simultánea en el ámbito de lo privado y de lo público del varón y la mujer; de tal forma que así como la mujer debe tener más participación en la vida pública, el varón debe tener mayor presencia en los asuntos domésticos y en la educación de los hijos. Solo así se asegura que el fortalecimiento de la familia sea consecuencia de “la interrelación de tareas en los dos ámbitos; paternidad-maternidad de la mano en el ámbito privado, y cooperación creativa hombre-mujer en el mercado laboral. En esta mutua cooperación hay que distinguir en ambos ámbitos funciones intercambiables; es decir, que pueden ser realizadas indistintamente por personas de ambos sexos y que dependen sólo del aprendizaje, frente a otras funciones o roles

¹⁷ Cfr. *Ídem*, pág. 56.

¹⁸ FERNÁNDEZ, desde la experiencia española, agrega que la conciliación de la vida familiar y laboral también está vinculada con la natalidad y, ésta, a su vez, con el crecimiento económico y, sobre todo, con la sostenibilidad del sistema de bienestar social. Cfr. FERNÁNDEZ COLLADOS, Ma. B.: “Reducción y adaptación de la jornada laboral como instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva” en Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 167, 2014.

¹⁹ Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación (...), *Op. Cit.*, págs. 69-70. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Conciliación, corresponsabilidad y empleo: adaptación y distribución de la jornada de trabajo”, comunicación al X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Sevilla, 21-23 septiembre 2011. Ubicado el 13.VIII.2014 a 23:11 horas, en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/congresoeuropeo/01%20Primera%20ponencia/139%20FERNANDEZ%20PRIETO.pdf>.

que están conectados con una diferenciación biológica y que no son transferibles al otro sexo²⁰.

Es por eso que la anhelada igualdad de oportunidades de varón y mujer, exige no solo proteger la “condición femenina”, salvaguardar el fenómeno de la maternidad o establecer medidas de conciliación de la vida familiar y laboral que tengan por destinataria exclusivamente a la mujer²¹ sino que, se hace necesario que cualquier medida que busque armonizar la vida familiar y laboral tenga como destinatarios a todos, los padres y las madres, de tal forma que se contribuya a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad; lo contrario implicaría insistir en la discriminación de las mujeres y de los hombres que han asumido sus responsabilidades familiares²².

Sobre el particular, la OIT ha insistido en la necesidad de que se establezcan políticas de conciliación con corresponsabilidad social pues el logro de la igualdad entre hombres y mujeres en el campo laboral como el desarrollo humano sustentable, requiere que “ambos compartan el trabajo doméstico (no sólo el productivo) y que se revalorice la importancia de ambas esferas para el bienestar de la sociedad”. De allí que, “a la hora de diseñar e implementar medidas de conciliación se debe, por lo tanto, apostar a mayores grados de equidad y de democratización de las tareas. Se trata de garantizar el derecho de tanto hombres como mujeres a un trabajo remunerado sin tener que renunciar por ello a una vida familiar. La aspiración de una agenda de conciliación con corresponsabilidad social debe ser el ampliar los grados de libertad, para que hombres y mujeres puedan elegir distintas formas de combinación entre vida laboral y familiar”²³.

²⁰ Cfr. ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Educar en la Corresponsabilidad entre mujeres y hombres. La igualdad necesaria” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2009, págs. 13-14. Ubicado el 15.VII.2014 a 21:35 horas, en www.unav.es/icf/main/top/agosto09/Elosegui_Corresponsabilidad.pdf (20.IX.2013).

²¹ De acuerdo con la OIT, los marcos legales sobre conciliación de la vida familiar y laboral tienen serias deficiencias pues “tienden a centrarse en demandas conciliatorias muy específicas, relacionadas con el embarazo y la maternidad, sin considerar las responsabilidades familiares que corresponden a padres y madres. En segundo lugar, las formas de acceso a las medidas y beneficios como la licencia de maternidad, están generalmente asociadas al vínculo laboral, y restringidas por lo tanto a asalariadas formales. Esto genera grandes exclusiones: quedan fuera los hombres y se excluye a las mujeres que trabajan en la informalidad -en algunos países la mayoría- quienes son las más pobres y las que más necesitan de este tipo de apoyos. Quedan también fuera trabajadoras que no tienen las cotizaciones previsionales al día. Una tercera deficiencia se debe al alto incumplimiento de las leyes existentes debido a la evasión y falta de fiscalización”. Cfr. OIT-PNUD, *Trabajo y familia (...) Op. Cit.*, págs. 15-16.

²² Cfr. TORTUERO PLAZA, J.: “Empleo, género y conciliación: Un nuevo contrato social”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y Realidades*, 1ª. edición. Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 372.

²³ Cfr. OIT-PNUD, *Trabajo y familia (...) Op. cit.*, págs. 17-18.

3.2. La incorporación del enfoque de corresponsabilidad en la Políticas públicas sobre la familia y en las normas laborales peruanas.

Además de los diversos Tratados Internacionales²⁴ en los que se reconoce la trascendencia de la familia como instituto natural y base de desarrollo social, el Perú ha ratificado el Convenio 156 sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares²⁵. Por lo tanto, se encuentra obligado a establecer dentro de su derecho interno políticas públicas y normas jurídicas que permitan lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer y, de esta forma contribuir a la modificación del papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. Además, se obliga a incluir entre los objetivos de su política nacional, que las personas con responsabilidades familiares que trabajen o deseen trabajar ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Y es que, más allá de los problemas a los que se enfrenta cualquier trabajador, los trabajadores con responsabilidades familiares agregan a su situación la posibilidad de sufrir distinciones injustificadas fundadas en las responsabilidades familiares. De allí que es conveniente no solo sancionar cualquier conducta discriminatoria sino, además, adoptar medidas eficaces que satisfagan sus necesidades particulares en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social²⁶.

La corresponsabilidad -tal como ha sido descrita en el epígrafe anterior y tal como se plantea en el Convenio 156 OIT- tiene un claro sustento en la Constitución peruana de 1993; en concreto, en la cláusula del Estado social de derecho (art. 43 CP) y el deber estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44 CP), entre ellos, el derecho a la igualdad (art. 2.2 CP). Asimismo, en la obligación estatal de dotar

²⁴ Entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16.3), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23 1 y 2), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17.1), Convención sobre Derechos del Niño (Quinto y sexto considerandos del preámbulo), etc.

²⁵ Este Convenio fue ratificado por el Estado peruano en el año 1986 mediante Resolución Legislativa N° 24508, con el objetivo de atender los problemas de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

²⁶ Se impone además, la obligación de los Estados de adoptar medidas para (a) tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales; (b) desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar; de la obligación de establecer medidas informativas y educativas para una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas (art.6) y de establecer medidas en el campo de la orientación y de la formación profesional, para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades (art. 7) pues la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo (art. 8).

de protección a la familia, al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (art. 4 CP) y, finalmente, en el deber constitucional de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art. 5 CP).

En el Acuerdo Nacional del año 2002, además de la promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación, se incluyó como Política de Estado “el fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la Adolescencia y la Juventud”. En consonancia con dicho documento, mediante Decreto Supremo 005-2004-MIMDES (15.09.2004), se aprobó el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011, con el que se buscó generar y/o articular políticas públicas orgánicas de protección, asistencia, educación y de promoción de la familia como agente primordial del desarrollo social que constituyan un apoyo efectivo para que pueda cumplir plenamente sus funciones en beneficio del desarrollo integral de sus miembros²⁷.

Uno de los principios rectores del Plan Nacional antes citado declara que “En la familia, varón y mujer que la fundan, gozan de los mismos derechos y asumen la misma responsabilidad en su conducción. La responsabilidad compartida de los padres es vital para el desarrollo y bienestar de la niñez y la familia”. Finalmente, se establece la “Conciliación entre la vida familiar y las actividades laborales, tanto en los ámbitos público como privado” como uno de los Lineamientos de Política a través del cual se busca permitir a las personas con responsabilidades familiares que ejerzan su derecho a desempeñar un empleo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y laborales. Se reconoce además que la Conciliación entre la vida familiar y el trabajo constituye una inversión social.

Además del sustento constitucional antes referido, el basamento legal para regular la corresponsabilidad ya existe en el Perú. Así, la Ley N° 28542, Ley de Fortalecimiento de las Familias (16.06.2005) estableció como finalidad del Estado la de adoptar políticas y acciones que promuevan y fortalezcan el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros (art. 1). Asimismo, entre otras, se establecieron como Políticas Públicas con perspectiva de familia, la promoción de las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre” (art. 2.c)²⁸; el desarrollo de las políticas sociales que tiene en consideración el entorno familiar de los beneficiarios (art. 2.e) y

²⁷ Cfr. D.S. 005-2004-MIMDES, Misión del Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011.

²⁸ De la misma forma, en el Decreto Supremo N° 027-2007-PCM (22.03.2007) se establecieron las políticas nacionales que serán de cumplimiento obligatorio y con metas semestrales verificables para todas las entidades del Gobierno Nacional, a fin de que el conjunto de las instituciones y funcionarios públicos impulsen transversalmente su promoción y ejecución en adición al cumplimiento de las políticas sectoriales. En materia de igualdad de hombres y mujeres se estableció: “2.1 Promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las políticas públicas, planes nacionales y prácticas del Estado, así como en la contratación de servidores públicos y el acceso a los cargos directivos. 2.2. Impulsar en la sociedad, en sus acciones y comunicaciones, la adopción de valores, prácticas, actitudes y comportamientos equitativos entre hombres y mujeres, para garantizar el derecho a la no discriminación de las mujeres y la erradicación de la violencia familiar y sexual”.

la obligación estatal de dictar disposiciones sociales, económicas, tributarias y laborales, de apoyo y promoción de la familia (art. 2.m).

Finalmente, y aun cuando todavía se encuentra en proceso de revisión, el Plan de Fortalecimiento de las Familias 2013-2021²⁹, partiendo de la obligación estatal de promover, proteger y fortalecer la familia y, teniendo en cuenta el derecho a formar y vivir en familia, ha establecido como Lineamiento de Política, el “Fomento de las responsabilidades compartidas y la conciliación entre la vida familiar y las actividades laborales”.

IV. MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el ordenamiento jurídico peruano se han aprobado diversas medidas que intentan armonizar familia y trabajo³⁰. Sobre estas cabría hacer una doble clasificación. Por un lado, las medidas de protección directamente vinculadas con la situación biológica del embarazo y puerperio y con la salud y atención del recién nacido; y, por otro, las medidas que buscan fomentar la corresponsabilidad de los padres trabajadores.

4.1. Medidas de protección vinculadas con la situación biológica del embarazo y puerperio y con la salud y atención del recién nacido

Dentro de estas medidas destacan:

4.1.1. *Medidas de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto*

Estas medidas fueron aprobadas mediante Ley 28048 (01.08.2003) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 009-2004-TR (21.07.2004).

²⁹ Cfr. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES: *Propuesta Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021*, Documento de Trabajo, pág. 86. Ubicado el 10.VII.2014 a 15:33 horas, en <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf>.

³⁰ Otras medidas relacionadas con el principio de igualdad y no discriminación tienen que ver con la protección de la trabajadora gestante. Ésta tiene derecho a la protección frente al despido arbitrario. En caso se materialice, el despido debe sustentarse en una causa debidamente justificada, caso contrario, se presumirá que la motivación del despido es el embarazo y por tanto, se declarará su nulidad (art. 29.a, Ley de Productividad y Competitividad Laboral): De esta forma se podrá solicitar reposición en el empleo ante la jurisdicción laboral ordinaria o se solicitará la declaración de la inconstitucionalidad de la medida y que vuelvan las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación en la jurisdicción constitucional, vía proceso de amparo. El Tribunal Constitucional peruano ha fijado como Doctrina que las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación directa por razón del sexo, proscrita por el inciso 2) del artículo 2º. de la Constitución. (Ver por todas, STC 05652-2007-PA/TC (06.11.2008), fundamento jurídico 50). Recientemente, el Tribunal Constitucional peruano precisó que la protección contra el despido arbitrario, en el caso de la mujer embarazada opera, una vez que ésta haya superado el periodo de prueba. Cfr. STC 02456-2012-PA/TC (22.10.2012), fundamento jurídico 3.3.6.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 28048, toda mujer embarazada tiene derecho a solicitar a su empleador, ya sea al inicio o durante el periodo de gestación³¹, la no realización de labores que pongan en peligro su salud o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación. Tal situación debe estar certificada por el médico tratante³².

De acuerdo con el artículo 2 del Reglamento, las situaciones susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto pueden ser: 2.1.) Riesgos generados por las condiciones de trabajo durante el periodo de gestación: a) La exposición de la mujer gestante a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos, debido al lugar donde desarrolla las labores propias de su puesto de trabajo; b) La manipulación de sustancias peligrosas necesarias para la realización de las labores propias de su puesto de trabajo; 2.2.) Riesgos adicionales derivados de cambios fisiológicos en la mujer gestante; c) El deterioro preexistente en la salud de la mujer que, unido al estado de gestación, le impide desarrollar labores propias de su puesto de trabajo, sin constituir incapacidad temporal para el trabajo. d). El deterioro del estado de salud o condición física generado por el embarazo, que impide a la mujer gestante desarrollar labores propias de su puesto de trabajo, sin constituir incapacidad temporal para el trabajo.

El empleador, después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación³³, sin afectar sus derechos laborales, econó-

³¹ Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 009-2004-TR (21.07.2004), art. 6.

³² De acuerdo con el artículo 7 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 009-2004-TR (21.07.2004), el certificado médico debe contener la siguiente información:

1. Riesgos generados por las condiciones de trabajo durante el período de gestación. a. La acreditación del estado de gestación de la trabajadora. b. El tiempo del estado de gestación; 2. Riesgos adicionales derivados de los cambios fisiológicos en la mujer gestante. a. La acreditación del estado de gestación de la trabajadora. b. El tiempo del estado de gestación. c. Las labores que la mujer gestante está impedida de realizar, así como el tiempo que debe mantenerse la medida. Dicho plazo puede ser ampliado o recortado por posteriores certificados médicos, en atención a su estado de salud.

Cuando la trabajadora realice labores de riesgo, según el inciso 1) del artículo 2 del presente Reglamento, con la acreditación del estado de gestación en el certificado médico, el empleador debe proceder a la modificación de las labores, en aplicación de lo previsto en la evaluación de riesgos comunicada a la trabajadora.

De no haber realizado la evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 4 del presente Reglamento, el empleador deberá aplicar directamente los listados elaborados por la Comisión Técnica Multisectorial a que hace referencia el artículo 19 del presente Reglamento. En estos casos, el empleador sólo podrá negar la modificación de las labores, después de realizada una visita inspectiva del servicio de Inspección del Trabajo que certifique la no existencia de riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo del feto y el embrión.

³³ Como lo precisa el artículo 3 del Reglamento, la asignación de labores distintas a las habituales, constituye una medida temporal que conlleva un cambio de puesto de trabajo, mientras persista alguna de las situaciones descritas anteriormente. Indefectiblemente, la medida culmina con el parto, salvo que -por pacto individual o convenio colectivo- se acuerde extender la medida hasta que concluya el periodo de lactancia, en atención a los riesgos que puedan afectar al recién nacido a través de la leche materna.

micos o profesionales. La modificación de las labores se debe efectuar en el más breve plazo. Si existiese riesgo inminente, el empleador apartará a la trabajadora de las labores que ponen en riesgo su salud o el desarrollo del embrión y el feto, sin perjuicio de que, posteriormente atienda su solicitud (art. 8, Reglamento).

Las modificaciones que el empleador puede realizar para dar cumplimiento a la ley pueden ser: (i) en la manera de realizar las mismas labores, sin modificación del puesto de trabajo, las cuales se producen a través de la adaptación física o técnica de las condiciones de trabajo con la finalidad de controlar, limitar o eliminar los riesgos existentes (art. 9.1. Reglamento); (ii) si la medida anterior no se puede implementar por imposibilidad técnica u objetiva, o no resultara razonable o suficiente para controlar los riesgos existentes, el empleador deberá modificar las labores a través de un cambio de puesto de trabajo a un puesto similar en atención a su categoría ocupacional (art. 9.2. reglamento); (iii) si no fuera posible asignar labores que no pongan en riesgo la salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto dentro de la categoría ocupacional de la trabajadora, se le asignará labores en un puesto de trabajo perteneciente a una categoría ocupacional distinta, sea inferior o superior³⁴. De acuerdo con el artículo 10 del Reglamento, tanto en los casos i) y ii), la mujer trabajadora mantendrá los mismos derechos laborales, económicos y profesionales. En el caso descrito en el apartado iii), si se la traslada a un puesto inferior, la mujer trabajadora mantendrá los derechos laborales, económicos y profesionales de su puesto de origen, incluidos los que dependen del cargo pero si se la traslada a un puesto superior, tendrá derecho a percibir los montos adicionales por desempeñar ese puesto. Concluida la situación que dio origen al cambio de labores, la trabajadora deberá regresar a su puesto habitual en las condiciones originales, sin que pueda alegar acto de hostilidad por reducción de remuneraciones.

En el Reglamento se ha establecido además un mecanismo que permite a la mujer protegerse en caso el empleador no cumpla con asignarle labores que no pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, esto es, tiene el derecho de interrumpir sus labores, sin perjuicio de cumplir con sus demás obligaciones laborales, siempre que considere razonablemente que existe un peligro inminente que ponga en riesgo su salud o seguridad, sin sufrir perjuicio alguno en sus derechos laborales. Para que la interrupción opere, será necesaria la comunicación al empleador. La interrupción durará hasta que el empleador asigne y comunique a la trabajadora las nuevas labores encomendadas. En ese caso, la trabajadora deberá cumplir con su obligación de prestar servicios, de modo inmediato (art. 12 Reglamento).

Se garantiza el derecho de retorno de la mujer a las labores, y de ser el caso, al puesto de trabajo que venía desempeñando, o a uno equivalente, con la misma re-

³⁴ El Reglamento (art. 9.3) también precisa que “Por convenio colectivo se podrá establecer la suspensión de las labores, con la obligación del empleador de pagar un monto mensual a la trabajadora que no podrá ser inferior a lo que le correspondería como subsidio por incapacidad temporal, en caso las medidas descritas en los párrafos precedentes no sean posibles de ejecutar o no sean suficientes para controlar los riesgos existentes”.

muneración y demás derechos. El plazo que se otorga al empleador para gestionar el retorno de la trabajadora es de quince (15) días naturales, una vez concluida la situación que dio origen al cambio de labores o, con posterioridad del parto, inmediatamente a su retorno al centro de trabajo culminado su descanso post natal (art. 11 Reglamento).

4.1.2. Descanso por maternidad

El descanso por maternidad es uno de los derechos a favor de la mujer con mayor antigüedad en el ordenamiento peruano. La Ley 2851 (23.11.1918) sobre el trabajo de las mujeres y los niños por cuenta ajena, establecía en su artículo 14 que “No se permitirá el trabajo de las mujeres durante los veinte días anteriores y los cuarenta posteriores al alumbramiento. El médico titular o cualquiera otro que desempeñe funciones públicas, sin gravamen para la mujer, determinará la fecha en que debe comenzar el descanso”. Asimismo, el artículo 15 estableció la obligación del empresario de abonar a la mujer el sesenta por ciento del salario, durante los sesenta días del descanso. En todo caso, según el artículo 16, el empresario podía sustituir la anterior obligación con el seguro individual o colectivo de sus obreras o empleadas.

Actualmente, el descanso por maternidad se encuentra regulado por la Ley N° 26644 (27.06.1996) que precisa el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2011-TR (17.05.2011).

El descanso por maternidad constituye un “derecho de la trabajadora derivado del proceso biológico de la gestación”³⁵. Puede ser ejercido por las trabajadoras sujetas al régimen laboral privado y al régimen laboral público. Se traduce en un descanso retribuido de noventa (90) días: cuarenta y cinco (45) días antes del parto (prenatal)³⁶ y cuarenta y cinco (45) días después del parto (postnatal), aunque podrán acumularse ambos períodos tras el parto, en todo o en parte, a decisión de la trabajadora gestante mediante comunicación al empleador con una anticipación no menor de dos meses a la fecha probable de parto, indicando el número de días que desea diferir y adjuntando un informe médico que certifique que la postergación del descanso pre natal no afectará a la trabajadora o al concebido (art. 2 de la Ley). También, por decisión de la trabajadora y previa comunicación al empleador, la trabajadora tiene derecho a que el periodo de descanso vacacional por el récord ya cumplido y pendiente de goce, se

³⁵ Art. 2°, D. S. N° 005-2011-TR que reglamenta la Ley 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre natal y post natal de la trabajadora gestante (17.05.2011).

³⁶ Conforme se precisa en el artículo 3 de la Ley: “En los casos en que se produzca adelanto del alumbramiento respecto de la fecha probable del parto fijada para establecer el inicio del descanso prenatal, los días de adelanto se acumularán al descanso postnatal. Si el alumbramiento se produjera después de la fecha probable de parto, los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales”.

inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso post natal³⁷. La decisión de acumulación del descanso pre natal con el postnatal y la decisión de acumular el descanso postnatal con las vacaciones no requieren aceptación ni aprobación del empleador, produciendo sus efectos con la sola comunicación.

El Reglamento ha establecido una condición para el goce del derecho, esto es, que el concebido nazca vivo y sobreviva más de 72 horas, cuando el alumbramiento se produzca entre las semanas 22 y 30 de la gestación. Si el alumbramiento se produjera después de la semana 30 de la gestación, la madre trabajadora tendrá derecho al descanso por maternidad, aun cuando el concebido no nazca vivo. A ello se agrega, el deber de la trabajadora de presentar al empleador el Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CIIT) por maternidad, expedido por ESSALUD o un certificado médico en el que conste la fecha probable de parto, en el formato regulado por el Colegio Médico o en el recetario de uso regular del profesional médico que emite la certificación.

La postergación del descanso pre natal no autoriza a la trabajadora a variar o abstenerse del cumplimiento de sus labores habituales, salvo que exista acuerdo con el empleador para la asignación de labores que no pongan en riesgo la salud y/o desarrollo normal del concebido, sin afectar sus derechos laborales.

Como institución jurídico-laboral, el descanso por maternidad se configura como una causa de suspensión imperfecta del contrato de trabajo (artículo 12.c), Ley de Productividad y Competitividad Laboral). En ese sentido, la trabajadora recibe su remuneración durante dicho periodo; a la vez, la remuneración que el empleador no deja de retribuirle es subsidiada por el Estado a través de EsSalud. Además, la trabajadora mantiene el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo, al término del descanso por maternidad y, en todo caso, tiene derecho a no sufrir menoscabo alguno en sus derechos laborales, económicos y profesionales.

Mediante Ley 29992 (7.02.2013) se modificó la Ley 26644 estableciendo que en casos de nacimiento múltiple o de nacimiento de niños con discapacidad, el descanso post-natal se extenderá por treinta (30) días naturales adicionales.

4.1.3. Implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado

Junto con el descanso por maternidad y el permiso por lactancia (como veremos más adelante), la Ley 2851 (23.11.1918) estableció en su artículo 20 que en todo lugar de trabajo y en donde trabajen mujeres mayores de diez y ocho años, “se deberá disponer de una sala, especialmente acondicionada, en su propio local o en otro próximo, para recibir y atender, en las horas de trabajo, a los hijos de las obreras, durante el primer año de su edad. Los propietarios o empresarios podrán asociarse para disponer de un local común”.

³⁷ De acuerdo con el artículo 4 de la Ley, la comunicación al empleador se deberá efectuar con una anticipación no menor de 15 días calendario al inicio del goce vacacional.

Actualmente, mediante Ley N° 29896 (7.07.2012), se incluye la obligación de implementación de lactarios³⁸ en las instituciones del Sector Público y del Sector Privado, cuando en estos laboran veinte o más mujeres en edad fértil. Junto con el deber del empleador antes citado, se ha establecido el derecho de las madres trabajadoras a que, durante el horario de trabajo, acudan a extraerse su leche, a fin de contribuir a la alimentación de su hijo.

Obviamente, la madre tendrá que acomodar sus obligaciones laborales y su empleador tendrá que concederle permiso para ausentarse de sus actividades, dentro del centro de trabajo, mientras dure la extracción aun cuando no esté de acuerdo. El artículo 2° de la Ley 29896 establece que la implementación de lactarios tiene por finalidad promover la lactancia materna y que las especificaciones y condiciones que deben cumplir los lactarios se rigen por lo dispuesto en el Anexo del Decreto Supremo No. 009-2006-MIMDES (23.08.2006).

4.1.4. Permiso por lactancia materna

Al igual que el descanso por maternidad, el permiso por lactancia es uno de los derechos más antiguos reconocidos a favor de la mujer en el ordenamiento peruano. Fue también la ley 2851 (23.11.1918) la que estableció en su artículo 21, el derecho de las madres “a disponer, para amamantar a sus hijos, de proporciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, fuera del tiempo necesario para trasladarse al local dedicado a este fin. El valor de este tiempo no podrá ser descontado del salario de la madre, cualquiera que sea la forma de remuneración de su trabajo; y el derecho de usar del mismo, con el objeto indicado no podrá ser renunciado”³⁹.

El permiso por lactancia constituye otra medida de conciliación de la vida familiar y laboral, a través de la cual se persigue la adecuada alimentación del menor mediante el reconocimiento del derecho de la madre trabajadora a una hora diaria de permiso por lactancia materna.

³⁸ Según dispone el art. 2° Ley N° 29896, Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna (7.07.2012), un lactario “es un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo asegurando su adecuada conservación”. Las características mínimas de este lactario institucional son: “Área de no menor de 10 metros cuadrados, ambiente que brinde privacidad y comodidad que permita a las madres - trabajadoras la posibilidad de extraerse su leche sentadas, contar con refrigeradora en donde almacenar la leche extraída por las madres durante su jornada laboral, ubicación accesible en primer o segundo piso, salvo que la institución cuente con ascensor, lavabo dentro del área o cerca del mismo para facilitar el lavado de manos.” Cfr. Anexo del D. S. N° 009-2006-MIMDES, publicado el 23.08.2006.

³⁹ Este derecho fue derogado durante el gobierno de Alberto Fujimori el 27 de julio de 1995. El 22 de diciembre de 1999 se recupera este derecho de modo parcial, pues se establece que solo se puede disfrutar hasta que el hijo tenga como mínimo seis meses de edad.

Se encuentra regulada en la Ley N° 27240 (23.12.1999) modificada por la Ley 27591 (13.12.2001)⁴⁰ y la Ley 28731 (13.05.2006)⁴¹. Se traduce en el derecho que posee la madre trabajadora, luego de su periodo postnatal, para ausentarse del centro de trabajo y hasta que su menor hijo cumpla un año de edad durante una (1) hora diaria. Este permiso puede fraccionarse en dos tiempos iguales y se otorga dentro de la jornada de trabajo.

Se trata de un permiso remunerado de las trabajadoras del sector público y privado pues la hora diaria de permiso se considera como efectivamente trabajada para todo efecto legal. En ese sentido, es un beneficio subsidiado al empleador por el Estado, pero cuyo horario de disfrute será negociado entre empleador y trabajadora. Finalmente, se trata de un derecho que no puede ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

Como se puede apreciar estas medidas son de exclusiva titularidad de la madre trabajadora otorgadas por el hecho de la gestación y alumbramiento. En ese sentido, podemos afirmar que forman parte de ese primer estadio de normas protectoras de la madre trabajadora destinadas a facilitar la conciliación de la tarea básica de protección y cuidado de los hijos en los primeros estadios de vida que -tal como están reguladas- pareciera que sólo le corresponden en exclusividad a la madre, sin que se contribuya a fomentar la corresponsabilidad entre varón y mujer.

De esta forma, la legislación peruana contribuye a mantener la clásica división entre trabajo reproductivo y trabajo productivo, al considerar que aquel solo corresponde a la madre y al no establecer medidas que, como en el caso de la contemplada en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores de España, en el supuesto de maternidad biológica, reconoce la posibilidad de ceder al padre el disfrute de una parte (pueden ser hasta 10 semanas de las 16 que tiene reconocidas la mujer trabajadora). Ello obedece a que la finalidad del llamado descanso por maternidad cumple una doble función, cuando se trata de nacimiento de hijo, (i) procurar la recuperación de la salud de la madre durante el puerperio y (ii) atender al cuidado y atención del recién nacido. Esta última finalidad obviamente puede ser cumplida por la madre o el padre. Es más en el caso de fallecimiento de la madre o cuando la madre no tiene derecho a la prestación de la Seguridad Social, puede el padre disfrutar en su totalidad del período de suspensión contractual.

Respecto del permiso por lactancia, aun cuando se trata de un derecho que resulta evidente reconocerlo en exclusiva a la mujer trabajadora que amamanta a su bebé, es posible reconocer su titularidad, a favor de la madre y el padre (art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores), porque bien puede tratarse de lactancia artificial⁴².

⁴⁰ Esta norma amplió la duración del permiso hasta que el hijo tenga un año de edad.

⁴¹ En esta norma se ratificó que el permiso por lactancia equivale a una hora diaria hasta que el hijo cumpla un año de edad. Asimismo estableció que en caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día.

⁴² Aún más, la STJUE de 30 de setiembre de 2010 (TCJE 2010, 280) (c. Roca Álvarez) considera opuesto al Derecho Comunitario que el disfrute de una parte del permiso por maternidad se condicione para los

4.2. Medidas que buscan fomentar la corresponsabilidad de los padres trabajadores

Estas medidas son de adopción reciente en el ordenamiento peruano. Son consecuencia de la implementación de Políticas Públicas destinadas al fortalecimiento de la familia que encuentra sustento en el art. 4 de la Constitución peruana pero que -con la suscripción del Acuerdo Nacional del año 2002, la promulgación del Decreto Supremo 005-2004-MIMDES (31.08.2010) que aprueba el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 y la Ley de Fortalecimiento de la Familia (16.06.2005)- forman parte de las medidas adoptadas por el Estado peruano para promover el ejercicio igualitario de las responsabilidades familiares y garantizar condiciones para que las personas puedan conciliar su vida familiar y el trabajo⁴³.

Aún con ello, también es necesario destacar que, vía negociación colectiva se han ido introduciendo algunas medidas destinadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, referidas en su gran mayoría a permisos retribuidos, como tendremos ocasión de revisar.

4.2.1. Licencia por paternidad

La licencia por paternidad fue aprobada mediante Ley N° 29409 (20.09.2009), Ley que concede el derecho de paternidad a los trabajadores de la actividad privada y pública y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 014-2010-TR (16.12.2010)⁴⁴.

trabajadores varones, al hecho de que la madre posea la condición de trabajadora por cuenta ajena. A raíz de esta sentencia los Tribunales Superiores de Justicia reconocieron el permiso de lactancia al padre, aun cuando la madre no fuera trabajadora por cuenta ajena. Fue mediante el Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero de 2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral en su disposición final 1.3. ratificada por la Ley 2/2012, modifica nuevamente el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores otorgando indistintamente el derecho a los dos progenitores y, por tanto, superando la doctrina jurisprudencial antes referenciada. Cfr. CHARRO BAENA, P. Y SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.): *Estatuto de los Trabajadores*, 3ª. edición. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pág. 224.

⁴³ Cfr. MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES: *Propuesta Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021*, Documento de Trabajo, págs. 101 y ss. Ubicado el 10.V.2014 a 15:33 horas en <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf>.

⁴⁴ También vía Convenio Colectivo se ha venido otorgando este derecho mucho antes que tuviera reconocimiento legal. Así por ejemplo, en el Convenio Colectivo suscrito por NESTLE PERÚ S.A. con el Sindicato Único Nacional de Trabajadores de Nestlé Perú S.A. por el periodo enero-diciembre 2007 en el que se contempla un permiso remunerado de tres días al colaborador cuando la esposa unida en matrimonio civil tenga un alumbramiento. El permiso comprenderá el día del alumbramiento, siempre y cuando el colaborador ese día haya hecho uso del permiso en horas laborables, en caso contrario, el permiso se iniciaría al día siguiente. Cfr. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnrt/convenios/convenccion_colectiva_trabajo_enero2007_diciembre2007.pdf, ubicado el 19.VII.2014 a 14:54 horas. También se puede revisar la cláusula 4.1. del Convenio Colectivo suscrito entre Minera Yanacocha S.R.L. y el Sindicato de Trabajadores de Minera Yanacocha S.R.L. para el periodo marzo 2010-febrero de 2013, aunque en este caso las partes se limitan a asumir el permiso por paternidad establecido en la Ley 29409. Cfr. <http://www.sitracomy.comocreartuweb.es/Documentos/objetos/conveniocolectivo.pdf>, ubicado el 19.VII.2014 a 15:33 horas.

Es objeto de la ley establecer una licencia remunerada por paternidad, en caso de alumbramiento de la cónyuge o conviviente de cualquier trabajador de la actividad pública o privada, incluidas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia, permitiendo de esta forma la atención de las necesidades y obligaciones familiares propias de dicha condición, con independencia del tipo de unión que medie con su pareja (matrimonial o extramatrimonial).

La licencia es otorgada por el empleador al padre por el lapso de cuatro (4) días hábiles consecutivos⁴⁵, contados a partir de la fecha que el trabajador indique, siempre que esté comprendida, entre la fecha de nacimiento del hijo (a) y la fecha que la madre o el hijo (a) sean dados de alta por el centro médico respectivo. Si la oportunidad del inicio del goce coincide con días no laborables, el inicio del periodo de licencia se produce el día hábil inmediato siguiente. Este derecho tiene carácter irrenunciable y no puede ser cambiado o sustituido por pago en efectivo u otro beneficio. No obstante, de existir derechos más favorables para los trabajadores originados en convenios colectivos, acuerdos individuales con el empleador o decisiones unilaterales internas en la empresa, estos se mantendrán vigentes.

Para que opere la licencia el trabajador debe comunicar al empleador, con una anticipación no menor de quince (15) días naturales, respecto de la fecha probable de parto; no obstante, la inobservancia de dicho plazo no acarrea la pérdida del derecho por licencia por paternidad. Pese a su no regulación expresa, debe entenderse que el otorgamiento de la licencia no precisa autorización o aprobación del empleador.

Aun cuando se trata de una norma constitucional que busca abonar a favor de la corresponsabilidad entre varón y mujer, consideramos que era necesario que se establecieran mecanismos para promover el ejercicio de este derecho entre los varones trabajadores. Además, el plazo de cuatro días es un plazo insuficiente para conseguir la finalidad pretendida por la norma. Finalmente, esta licencia con pago de remuneración se hace de exclusiva responsabilidad del empleador pues no se ha establecido una prestación o subsidio por paternidad a cargo del Estado o una obligación compartida entre el estado y el empleador, cuestión que no deja de llamar la atención pues es al estado y no al empleador, a quien le corresponde proteger a la familia, a la niñez y establecer las condiciones para que los ciudadanos puedan ejercer válidamente sus derechos y puedan cumplir sus deberes constitucionales.

No podemos olvidar que la licencia por paternidad debe procurar que el padre pueda acompañar a la madre en el momento de nacimiento del hijo⁴⁶, pero, además,

⁴⁵ Precisa el Reglamento que se contabilizan como días hábiles, los días en los que el trabajador tenga la obligación de concurrir a prestar servicios a su centro laboral (art. 3 Reglamento).

⁴⁶ Así se ha dicho que el trabajador “tiene derecho, *porque así lo necesita* a los días indicados, con lo que se piensa que con ese tiempo puede desplegar su conducta asistencial o de dispensa a cuanto para él le depare ese acontecimiento familiar, en el que él está tan implicado, vivencialmente *-nada hay que más le importe en su esfera personal, [...], que estar presente en el nacimiento de un hijo [...]*” (STCT 18 octubre 1987, Ar. 485). En España, el permiso por paternidad, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, tiene una duración de trece (13) días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto,

debe posibilitarle al padre el pleno disfrute de una vivencia singular (conocer y cuidar al recién nacido), permitirle atender obligaciones de tipo social (visitas, llamadas, etc.) o burocrático (inscripción en Registro Civil, en cartilla sanitaria, etc.)⁴⁷.

4.2.2. *Licencia por adopción*

Mediante Ley N° 27409 (25.01.2001), se estableció el derecho a una licencia con goce de haber por treinta (30) días⁴⁸ a todo trabajador (a) peticionario de adopción de un niño (a) que no tenga más de doce años de edad, contados a partir del día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26981. Igual derecho le asistirá al trabajador peticionario de adopción en el caso de los incisos a) y b) del Artículo 128 de la Ley N° 27337⁴⁹, siempre que el adoptado no tenga más de doce años de edad. En este supuesto, el plazo de treinta (30) días naturales se cuenta a partir del día siguiente en que queda consentida o ejecutoriada la resolución judicial de adopción. La comunicación presentada por el trabajador no requiere la aceptación o aprobación del empleador. La negativa injustificada del empleador de otorgar la licencia correspondiente será considerada como un acto de hostilidad equiparable al despido.

Al igual que, en el caso del permiso por maternidad, se ha contemplado el derecho del trabajador peticionario de adopción a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencida la licencia, siempre que haya gozado de la misma.

El trabajador peticionante debe comunicar, expresamente, a su empleador, en un plazo no menor de quince días naturales a la entrega del menor, su voluntad de gozar de la licencia. Si no manifiesta su voluntad de goce de la licencia, estará impedido de su ejercicio.

adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad del art. 48 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁷ En España, también se reconoce al trabajador varón un permiso por nacimiento de hijo de dos (2) días, ampliable a cuatro (4) si el trabajador necesita realizar un desplazamiento para tal efecto (art. 37.1.b del Estatuto de los Trabajadores).

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 3 de la Ley, “La licencia tomada por el trabajador peticionario de adopción no podrá exceder en conjunto el plazo de treinta días naturales durante un año calendario, independientemente del número de los procedimientos administrativos o procesos judiciales de adopción que el trabajador inicie”.

⁴⁹ Se trata de la norma que aprueba el Código de los niños y adolescentes y en cuyo artículo 128 regula el proceso judicial de adopción de menor, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente. En este caso los literales a) y b) establecen que pueden ser peticionarios:

a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción “

Prima facie, nos encontramos frente a una norma que fomenta la corresponsabilidad en tanto el derecho se concede a trabajadoras y trabajadores; no obstante, el artículo 4 de la Ley precisa que si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer, previsión que rompe la promoción de la asunción conjunta de las responsabilidades familiares⁵⁰ y entronca con los estadios más rancios de la protección del trabajo de la mujer.

4.2.3. Licencia para atender a familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave

Mediante Ley 30012 (26.04.2013) se establece el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave. Cualquier trabajador del sector público y privado es titular del derecho a gozar de siete (7) días de licencia con goce de haber, si tiene un familiar directo -cónyuge, conviviente, hijo, padre o madre⁵¹- enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo.

La norma no precisa qué es lo que debe entenderse por enfermedad en estado grave o terminal o accidente grave” y remite a su probanza objetiva, vía certificado médico expedido por el facultativo. Así, el trabajador que desee ejercer este derecho debe comunicarlo a su empleador dentro de las 48 horas de producido o conocido el suceso, adjuntando el certificado médico suscrito por el profesional de la salud autorizado, con el que se acredite el estado grave o terminal o el serio riesgo para la vida como consecuencia del accidente sufrido por el familiar directo. De no ser suficientes los siete (7) días otorgados por la norma, se establece la obligación del empleador de conceder un lapso adicional no mayor de treinta (30) días calendario a cuenta del derecho al descanso vacacional. Es decir, el trabajador tendrá derecho a exigir más días de licencia pero éstos serán descontados de los días que tiene acumulados o que podrá acumular para el descanso vacacional. Con posterioridad, si una situación excepcional hace ineludible la extensión del plazo de la licencia más allá del periodo a cuenta de vacaciones, el empleador tiene la obligación de acordar con su trabajador

⁵⁰ En el mismo sentido, BOZA PRÓ, G.: “La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el Ordenamiento Peruano”, en AA.VV.: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Grijley, Lima, 2009, pág. 95.

⁵¹ En relación con esta licencia conviene recordar que la Ley 28803 (21.07.2006), Ley para las personas adultas mayores, reconoce en su artículo 3, el derecho de toda persona adulta mayor a recibir el apoyo familiar y social necesario para garantizarle una vida saludable, necesaria y útil, elevando su autoestima. Además, el artículo 5 reconoce como contrapartida, el deber de la familia de cuidar la integridad física, mental y emocional de los adultos mayores en general, brindarles el apoyo necesario para satisfacer sus necesidades básicas, mientras que en el art. 4 se reconoce el deber del Estado de establecer, promover y ejecutar medidas administrativas, legislativas y jurisdiccionales que sean necesarias para asegurar el pleno ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores. En ese sentido, al incorporarse al padre y madre del trabajador dentro del ámbito de los familiares directos a los que se busca proteger mediante el otorgamiento de la licencia, se facilita el cumplimiento del mandato establecido en la norma antes reseñada.

la posibilidad de compensar horas utilizadas para dicho fin con horas extraordinarias de servicios. Es decir, el trabajador podrá negociar con su empleador la posibilidad de trabajar en sobre tiempo a fin de descontar las horas tomadas para la atención de su familiar directo.

A la Ley 30012 le faltó considerar dentro de los hechos que generan permiso (aunque quizá, estableciendo un menor plazo de disfrute) el referido al fallecimiento⁵² de alguno de los familiares a los que hace referencia la Ley. La situación de fallecimiento de un familiar constituye un infortunio que genera una carga emocional al trabajador, razón por la cual se debe facilitar y flexibilizar la situación personal por la que atraviesa, a través de un permiso legal⁵³. Cabe precisar que este tipo de permisos se han venido reconociendo a través de Convenios colectivos⁵⁴.

La gravedad de la enfermedad o su situación terminal así como la gravedad del accidente son los únicos supuestos establecidos en la norma como causantes del permiso aquí analizado, dejándose de lado aquellos otros en los que, pese a la inexistencia de gravedad, requiere también la atención y presencia del trabajador, como en los casos de hospitalización no relacionados con enfermedad grave o aquellos relacionados con citas médicas de los menores o en casos de intervenciones quirúrgicas sin hospitalización pero que requieran reposo domiciliario, etc.⁵⁵.

⁵² En el ordenamiento español (art. 31.3 b del Estatuto de los Trabajadores) se reconoce también un permiso de dos (2) días por fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Este se puede extender hasta cuatro (4) días, en caso el trabajador necesite efectuar algún desplazamiento al efecto.

⁵³ Cfr. GARCÍA GIL, B.: "Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y su incidencia como factor de riesgo psicosocial", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 98, 2012, pág. 105.

⁵⁴ Cfr. Convenio Colectivo suscrito por NESTLE PERÚ S.A. con el Sindicato Único Nacional de Trabajadores de Nestlé Perú S.A. por el periodo enero-diciembre 2007 en el que se contempla un permiso remunerado por fallecimiento de familiares directos (padres, cónyuge, hijos y hermanos) de hasta cuatro días, cuando ocurre dentro de la circunscripción del departamento de la sede y de 6 días cuando ocurre fuera de la circunscripción (Cláusula vigésimo séptima). El permiso va acompañado de una asignación de movilidad por fallecimiento de familiar directo (cláusula décimo tercera) y una asignación por fallecimiento de familiares directos (cláusula novena). Cfr. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnrt/convenios/convencion_colectiva_trabajo_enero2007_diciembre2007.pdf, ubicado el 19.VII.2014 a 14:54 horas. También, en la cláusula octava del Acta de solución en trato directo de la Convención Colectiva suscrita entre Electronoroeste S.A. y el Sindicato de trabajadores de Electronoroeste S.A. por el periodo enero-diciembre de 2010 se concede tres días de permiso por fallecimiento de familiares (padres, cónyuge e hijos), si el fallecimiento ocurre en la Región de Piura. Si ocurre fuera de Piura en todo el norte del país y al sur hasta Lima, el permiso será de 04 días. Si el fallecimiento ocurre al sur de Lima, en el centro o en el oriente del país, el permiso es de 6 días. También se reconoce el pago de una asignación por fallecimiento de alguno de los familiares a los que se ha hecho referencia (cláusula séptima). Cfr. http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/pluginfile.php/243075/mod_resource/content/0/CONVENIO_COLECTIVO_ELECTRONOROESTE.pdf, ubicado el 19.VII.2014 a 9:25 horas. También se puede revisar la cláusula 4.3. del Convenio Colectivo suscrito entre Minera Yanacocha S.R.L. y el Sindicato de Trabajadores de Minera Yanacocha S.R.L. para el periodo marzo 2010-febrero de 2013. Cfr. <http://www.sitracomy.comocreartuweb.es/Documentos/objetos/conveniocolectivo.pdf>, ubicado el 19.VII.2014 a 15:33 horas.

⁵⁵ En el artículo 37.3.b del Estatuto de los Trabajadores de España se ha contemplado, además del permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, el permiso en casos de hospitalización (sin

No obstante las falencias de la norma, nos encontramos frente a una medida relacionada con la corresponsabilidad pues se ha otorgado la titularidad de este derecho al trabajador, varón o mujer, para que cumpla con sus deberes asistenciales con la familia y estén presentes en situaciones penosas que llevan a buscar en la familia el consuelo y apoyo directo. En efecto, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley, la motivación del otorgamiento de esta norma obedece a que: “*El Estado protege de manera especial a los trabajadores con responsabilidades familiares y está obligado a implementar acciones que ayuden a conseguir el equilibrio entre éstas y su derecho y deber de trabajar*”. Esta medida constituye un paso trascendente en la promoción de la corresponsabilidad familiar del varón y la mujer en el ámbito laboral.

Finalmente, cabe precisar que -vía negociación colectiva- e incluso antes de la vigencia de esta norma, a través de convenios colectivos, ya se habían reconocido permisos remunerados por enfermedad de familiares directos o por fallecimiento de familiares directos⁵⁶.

4.2.4. *Licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapacidad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia o sujetos a su curatela*⁵⁷

También, y como expresión de estos intentos del legislador peruano por fomentar la corresponsabilidad, se publicó la Ley 30119 (3.12.2013) mediante la cual se concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública o privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapaci-

vinculación con la enfermedad grave) y el permiso en casos de intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario.

⁵⁶ Así, en el Convenio Colectivo suscrito por NESTLE PERÚ S.A. con el Sindicato Único Nacional de Trabajadores de Nestlé Perú S.A. por el periodo enero-diciembre 2007 en el que se concede permiso remunerado al colaborador que debe atender una emergencia motivada por enfermedad de sus padres cónyuge, hijos y hermanos. El permiso es de hasta 8 días anuales, cuando la emergencia ocurra en la circunscripción de la provincia de Lima, dentro de unos límites que allí se señalan y de 10 días anuales cuando la emergencia ocurra fuera de los límites señalados. Se trata de un permiso acumulable durante el año calendario que no puede sobrepasar el límite máximo anual fijado (cláusula vigésimo sexta). Cfr. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnrt/convenios/convencion_colectiva_trabajo_enero2007_diciembre2007.pdf, ubicado el 19.VII.2014, a 14:54 horas. También se puede revisar la cláusula 4.2. del Convenio Colectivo suscrito entre Minera Yanacocha S.R.L. y el Sindicato de Trabajadores de Minera Yanacocha S.R.L. para el periodo marzo 2010-febrero de 2013. Cfr. <http://www.sitracomy.comocreatuweb.es/Documentos/objetos/conveniocolectivo.pdf>, ubicado el 19.VII.2014 a 15:33 horas.

⁵⁷ En relación con las personas con discapacidad, la Ley 29973 (24.12.2012), Ley General de las Personas con Discapacidad, reconoce el rol de la familia en la inclusión y participación efectiva en la vida social de la persona con discapacidad así como la obligación del Estado de incorporar programas de capacitación y apoyo social a las personas con discapacidad y su familia a fin de procurarles bienestar y calidad de vida, promoviendo la inclusión social. La licencia otorgada mediante Ley 30019 facilitaría el cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de las Personas con Discapacidad y su Reglamento.

dad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condición de dependencia o sujetos a su curatela.

La licencia se concede al trabajador padre, madre, tutor o curador de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, hasta por cincuenta y seis (56) horas alternas o consecutivas anualmente, las cuales son concedidas a cuenta del periodo vacacional, también pueden compensarse con horas extraordinarias, previo acuerdo con el empleador. Se pueden otorgar, de ser necesario, horas adicionales, siempre que sean a cuenta del periodo de vacaciones o compensables con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador. Se trata de un derecho irrenunciable y su uso indebido puede acarrear un despido por vulneración de la buena fe laboral. Esta norma entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su reglamento, que hasta la fecha no ha sido publicado.

De la revisión de las Leyes 30012 y 30119 podemos determinar que se busca proteger dos bienes jurídicos: *i)* Por un lado, por expreso mandato del artículo 22° y 23° de la Constitución, el derecho al trabajo impidiéndose que una relación laboral menoscabe la dignidad de la persona y el goce de sus derechos fundamentales como la salud integral y la protección de su familia, *ii)* Por otro, la familia que, de acuerdo al artículo 4° de la Constitución, es una institución elemental y prioritaria de atención y protección por el Estado en todos sus niveles.

4.3. Medidas ausentes: las relacionadas con el empleo y distribución del tiempo de trabajo

Habiendo revisado las normas que fomentan la corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico peruano podemos determinar la inexistencia de medidas relacionadas con el empleo y distribución del tiempo de trabajo.

En el ordenamiento peruano, la ordenación del tiempo de trabajo es una de las facultades del poder de dirección del empleador que escasamente comparte con el trabajador o los trabajadores organizados. La Constitución⁵⁸ y las normas legales⁵⁹ se

⁵⁸ Constitución Peruana, art. 25: “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

⁵⁹ El art. 9, segundo párrafo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que “El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

Por otro lado, la norma que regula de modo específico la jornada de trabajo es el TUO del Decreto Legislativo 854, Ley de Jornada, Horario y trabajo en sobretiempo (1.10.1996), aprobado por Decreto Supremo 007-2002-TR y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-2002-TR. De estas normas se desprende que el establecimiento de la jornada (art. 2 de la Ley) y la concreción horaria (art. 6 de la Ley) de la misma es facultad del empleador. También se establece que en relación con alguna de las facultades

limitan a establecer la jornada máxima de trabajo. Por otro lado, y en relación con la Jornada de trabajo, la Ley 28542, Ley de Fortalecimiento de las Familias, en su artículo 2.º, establece como Política de Estado: “Velar por el respeto de las ocho horas laborables en las instituciones públicas y privadas para garantizar el tiempo suficiente y necesario para que los padres y madres puedan compartir más tiempo con sus hijos”.

Las medidas relacionadas con la reducción de jornada son aquellas que permiten a la persona trabajadora adaptar su tiempo de trabajo⁶⁰ a las circunstancias familiares que requieran la atención, puntual o no, de los intereses familiares⁶¹, sin que ello suponga un apartamiento del mercado de trabajo -reduciendo por tanto los efectos de la desprofesionalización y postergación que el disfrute de los permisos genera en los trabajadores- ni ningún otro perjuicio para el trabajador, salvo el relacionado con la disminución proporcional de la remuneración en la parte de la jornada que se deja de trabajar.

Se trata de una medida de no muy fácil acomodación y que pareciera atentar contra los poderes organizativos del empleador; no obstante, desde hace mucho, los expertos en materia de conciliación de la vida familiar y laboral han dejado en evidencia la necesidad de manejar de distinta forma el tiempo de trabajo como muestra de flexibilización, vista no solo desde el interés empresarial sino también del interés de los trabajadores⁶². Implica el ejercicio de buena fe por parte del trabajador de un derecho que -como se ha visto- tiene consecuencias sobre su remuneración pero que le permite atender de mejor manera diversas situaciones familiares que requieren su presencia.

Así ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento español que regula el derecho a la reducción de jornada a favor de trabajadores y trabajadoras que por razones de guarda legal tengan bajo su cuidado directo algún menor de doce (12) años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe una actividad retribuida. También al trabajador que se encargue del cuidado directo de un familiar hasta

del empleador para fijar la jornada o modificar los horarios es necesaria la comunicación previa de la medida y los motivos que la sustentan al sindicato, a los representantes de los trabajadores o en su defecto a los trabajadores involucrados. Si no estuviesen de acuerdo, las normas refuerzan el poder de dirección del empleador pues le facultan a introducir las medidas propuestas sin perjuicio de la impugnación que planteen los trabajadores ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

⁶⁰ Desde el mismo momento en que la legislación laboral española recoge este derecho se enfatizó su oportunidad, por considerar que la reducción de jornada es el medio más adecuado para compatibilizar los problemas familiares que se derivan de los cuidados necesarios de familiares con los deberes profesionales, permitiendo al trabajador mantener su actividad laboral. Cfr. ALONSO LIGERO, M^a. de los S.: “Lactancia y guarda legal”, en BORRAJO DACRUZ, E. (DIR.): *Comentarios a las Leyes Laborales*. Tomo VII. Edersa, Madrid, 1982, págs. 372-373.

⁶¹ En la doctrina constitucional española, el entronque de la reducción de jornada con el artículo 39 de la Constitución Española, son relevantes las SSTC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3) 24/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 24) y 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26).

⁶² CHARRO BAENA, P.: “La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor ¿la búsqueda de un justo equilibrio de intereses”, en PUMAR BELTRÁN, N. (Coord.): *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*. Huygens, Barcelona, 2014, pág. 261.

el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueden valerse por sí mismos ni desempeñan actividad retribuida. Finalmente, también se concede tal derecho al progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente para el cuidado, la hospitalización y tratamiento continuado del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario y requiera la necesidad de su cuidado, directo, continuo y permanente. (art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores).

El establecimiento de medidas relacionadas con la adaptación y distribución de la jornada de trabajo “hacen factible la conciliación del día a día”, se convierten en una herramienta vital para los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares a largo plazo, fundamentalmente especialmente con el cuidado de personas enfermas o dependientes y la crianza⁶³. Evidencian un mayor avance en relación con la corresponsabilidad pues se otorga a titularidad del derecho a trabajadores y trabajadoras; implica el cumplimiento del deber estatal de dotar de protección a la familia así como el cumplimiento de los deberes familiares que el Estado debe garantizar a cada ciudadano. Demás está decir, que estas medidas serán más eficaces si van acompañadas de un aumento y mejora de la calidad de los servicios de cuidado y atención de menores y personas mayores y dependientes.

Cabría finalmente dejar sentado que hace falta una mayor implicación de los titulares de la autonomía colectiva para establecer medidas que fomenten la igualdad de oportunidades entre varón y mujer y eviten la discriminación en el empleo, así como medidas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral con un enfoque de corresponsabilidad.

V. CONCLUSIONES

Primera: El enfoque de corresponsabilidad se ha incorporado poco a poco en el Perú gracias a la adopción, cuando menos nominal, de Políticas Públicas que inciden en el reparto de las tareas entre varón y mujer. No obstante, aún se echa en falta la articulación de medidas integrales, sostenibles en el tiempo y adecuadas a cada realidad familiar y laboral peruana que se construya desde abajo, con la participación de los propios involucrados.

Segunda: El enfoque de corresponsabilidad no solo tiene un sustento en los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Perú sino también en la Constitución y la legislación que reconocen la necesidad de establecer medidas que fomenten la corresponsabilidad y que tienen por finalidad, la consecución de la igualdad de oportunidades entre varón y mujer y la protección que el Estado debe prodigar a la familia, a la mujer, a los niños y ancianos.

⁶³ Cfr. FERNÁNDEZ COLLADOS, Ma. B.: “Reducción y adaptación de la jornada laboral...” *Op. Cit.*

Tercera: Las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el Perú tienen como principal destinataria a la mujer. Si bien se han regulado nuevos derechos cuya titularidad también recae en el varón trabajador (licencia por paternidad, licencia por enfermedad grave o accidente de familiares, etc.), no se han establecido medidas adicionales para fomentar su real y efectivo ejercicio por los trabajadores, además que establecen cortos periodos de disfrute (4 días en el caso de licencia por paternidad) y no vienen acompañados por subsidios o beneficios a cargo del Estado, ente responsable constitucionalmente de proteger a la familia y de crear las condiciones para el disfrute de la igualdad de varón y mujer, sino que más bien se vuelve a cargar económicamente al empleador.

Cuarta: Hace falta también un mayor involucramiento de los sectores políticos, jurisdiccionales, empresariales y sindicales que generen una real conciencia de la necesidad e importancia de establecer medidas de conciliación bajo el enfoque de la corresponsabilidad y dejar de lado, la visión que incide en que el problema de la conciliación de familia y trabajo es un asunto privado.

Quinta: Aún es necesario que se implementen en el Perú medidas de conciliación relacionadas con el empleo y distribución del tiempo de trabajo. Estas, según se tiene reconocido por la Doctrina internacional, son quizá de las medidas que mejor permiten a los trabajadores atender sus intereses personales y familiares. Este es el camino que se debe seguir, teniendo en cuenta que la flexibilidad no solo debe operar a favor del empresario sino también de los trabajadores y que la flexibilidad implica prestar las labores de modo distinto al que, tradicionalmente, se viene realizando.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2, 2007.
- ALONSO LIGERO, M^a. de los S.: “Lactancia y guarda legal”, en BORRAJO DACRUZ, E. (DIR.): *Comentarios a las Leyes Laborales*. Tomo VII. Edersa, Madrid, 1982.
- BALLESTER PASTOR, M. “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, en *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012.
- BOZA PRÓ, Guillermo. “La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el Ordenamiento Peruano”, en AA.VV.: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Grijley, Lima, 2009.
- CAAMAÑO ROJO, E.: “La armonización de responsabilidades laborales y familiares: un nuevo fin para el Derecho del Trabajo”, en *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, núm. 4, 2011.

- CHARRO BAENA, P.: “La concreción horaria en la reducción de jornada por cuidado de hijo menor ¿la búsqueda de un justo equilibrio de intereses”, en *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales* (Coord. N. Pumar Beltrán). Huygens, Barcelona, 2014.
- CHARRO BAENA, P. y SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.): *Estatuto de los Trabajadores*, 3ª edición. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014.
- CRESPO GARRIDO, M.: “Mujer, mercado de trabajo y fecundidad: La conciliación de trabajo y familia el mayor hándicap para el liderazgo femenino” en *Clm.economía*, núm. 17, segundo semestre, 2010.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, Ma. B.: “Reducción y adaptación de la jornada laboral como instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva” en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 167, 2014.
- FURSTENBERG, F.: “El cambio familiar estadounidense en el último tercio del siglo XX” en A.A.V.V.: *Nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales*. UNICEF/UDELAR, Montevideo, 2003.
- GARCÍA GIL, B.: “Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y su incidencia como factor de riesgo psicosocial”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 98, 2012.
- GUIRAO MIRÓN, C.: “Nuevas formas de relación trabajo productivo y sociedad: la conciliación de la vida familiar y laboral” en *Prisma social*, núm. 6, junio, 2011.
- MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum, Murcia, 2001.
- NUÑO GÓMEZ, L.: *El Mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*, 1ª edición. Icaria, Barcelona, 2010.
- OIT-PNUD: *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, 1ª edición. OIT- PNUD, Santiago de Chile, 2009.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, en AA.VV. *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- SANCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral: Metas y Realidades*, 1ª edición. Aranzadi, Navarra, 2006.

LINKOGRAFÍA

- ELÓSEGUI ITXASO, M.: “Educar en la Corresponsabilidad entre mujeres y hombres. La igualdad necesaria” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*”, en www.unav.es/icf/main/top/agosto09/Elosegui_Corresponsabilidad.pdf.
- GÓMEZ, S. y MARTI, C.: “La incorporación de la mujer al mercado laboral: Implicaciones personales, familiares y profesionales, y medidas estructurales de conciliación trabajo-familia”, Documento de Investigación Cátedra SEAT de Relaciones Laborales, en http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0270/Study_0019.pdf.

INEI: “Estado de la población peruana 2014”, en http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1157/libro.pdf.

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES: *Propuesta Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2013-2021*, en <http://www.mimp.gob.pe/files/planes/plan-nacional-fortalecimiento-familias-2013-2021.pdf>.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO: *Informe anual 2012. La mujer en el mercado laboral peruano*, en http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/DISEL/2012/INFORMES/informe_anual_mujer_mercado_laboral_2012.pdf.

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales