



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# Las fuentes del Derecho del Trabajo

## Luz Pacheco-Zerga

Lima, 2020

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

## I. Fuentes del derecho del trabajo

Para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo es necesario referirse a las fuentes de donde emanan los derechos laborales. Esta realidad nos remite no sólo a las del Derecho de Trabajo sino a las del ámbito jurídico en general.

Sabemos que la expresión es una metáfora, pero también que, en términos generales, designa la razón primitiva, la causa generatriz o productora del Derecho, que han sido definidas como "aquellas formas de producción por medio de las cuales se crean las normas jurídicas"<sup>1</sup>.

Castán Tobeñas, afirma que "la fuente primaria o suprema del Derecho está más allá del Estado y de la sociedad, en nosotros mismos, en nuestra conciencia racional, en la idea de justicia, como traducción de la naturaleza humana y del orden universal de las cosas. Ahondando todavía más, podemos decir que "el origen primero del Derecho está en Dios, supremo autor de la condición humana y del orden universal, que ha impreso la noción de lo justo en la conciencia de los seres racionales"<sup>2</sup>. A esta fuente primaria le siguen otras, que podríamos denominar secundarias, que pueden subdividirse en formales o técnicas y materiales. Para que sean propiamente fuentes del Derecho, han de seguir ese orden real, impreso en la misma naturaleza de los seres.

El ordenamiento español laboral, en el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) consigna las fuentes de la relación laboral, que son por extensión las del Derecho del Trabajo. En nuestra legislación no existe norma semejante y debemos utilizar, por analogía, las mismas fuentes que para el resto del ordenamiento e identificar las propias de la especialidad.

---

<sup>1</sup> (RODRÍGUEZ MANCINI, 1993).

<sup>2</sup> (SANCHO REBUDILLA, 1991) Queda a la decisión libérrima de cada persona aceptar o negar la existencia de Dios. La ciencia jurídica nos devela que los derechos nacen de un orden racional y que hay derechos que no son conferidos por otros seres humanos: se nace con ellos. Sólo partiendo de esta premisa se podrán defender los derechos humanos ante los totalitarismos de derecha o de izquierda.

Se puede afirmar que existe una pluralidad de órdenes normativos, que son consecuencia de la actividad de otros tantos poderes investidos de capacidad de regulación jurídica, a saber<sup>3</sup>:

- a) El poder del Estado en su doble vertiente de poder legislativo y reglamentario.
- b) El poder normativo de las “partes sociales “del que brota, por vía negocial, el convenio colectivo que establece condiciones económicas y de trabajo.
- c) El poder normativo de las colectividades laborales inorgánicas o informales, del que emana una norma no escrita: la costumbre<sup>4</sup>.

Las normas emanadas de los poderes a) y c) son genéricas, pues existen en otras áreas del ordenamiento. Por otro lado, en nuestro país, la costumbre laboral sólo es reconocida como fuente de derecho en circunstancias determinadas, que se estudiarán en el apartado noveno.

En cambio, el convenio colectivo es sui generis: es una fuente propia y exclusiva del Derecho del Trabajo, por tanto, se le puede denominar fuente específica. El convenio –o contrato-colectivo es el acuerdo celebrado entre empleadores y trabajadores para regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y todo lo concerniente a las relaciones entre las partes, que surgen con motivo de la prestación del trabajo<sup>5</sup>. Surge, en cuanto el Estado confiere a “los empleadores -y sus organizaciones profesionales- y las organizaciones profesionales de los trabajadores, que ejercitan conjuntamente su potestad a través de pactos normativos o convenios colectivos de trabajo”<sup>6</sup>. La Constitución de 1979 estableció que los convenios colectivos tenían fuerza de ley. La de 1993 les reconoce “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”<sup>7</sup>.

La peculiaridad de estas normas específicas -tanto por su fuente, como por su ámbito, contenido, rango, elaboración...- es causa de la singularidad del sistema normativo del Derecho

---

<sup>3</sup> Cfr (MONTROYA MELGAR, 2014).

<sup>4</sup> La costumbre es una fuente del Derecho reconocida por la ley, pero de tipo supletorio, salvo en el ámbito de las Comunidades Campesinas, de acuerdo a lo establecido en el art. 149 de la Constitución. Ver el desarrollo de esta fuente en el apartado noveno **ut infra**.

<sup>5</sup> Dec. Leg. 25593, 41.

<sup>6</sup> Cfr. (MONTROYA MELGAR, 2014)

<sup>7</sup> Constitución 28,2.

del Trabajo y de su originalidad. Así mientras, que el Derecho mercantil no ofrece formas especiales de manifestación distintas a las del Derecho civil, el Laboral, sí tiene una teoría propia de las fuentes, esto es de los poderes normativos y de las normas de ellos emanadas.

Hay que destacar cómo, a nivel mundial, el sistema normativo del Derecho del Trabajo se caracteriza por la reducción de la zona de libre juego de la autonomía de la voluntad, que se reduce para proteger los mínimos necesarios para que el trabajo sea realmente un medio de realización de la persona<sup>8</sup>. Esto es así porque las normas son “preceptivas e impositivas, y no meramente dispositivas, por lo que tienden a ser descriptivas y detalladas”<sup>9</sup>.

Por otro lado, si bien la legislación española eleva el contrato de trabajo a la categoría de fuente del derecho<sup>10</sup>, conviene precisar que el contrato de trabajo, aún cuando cuente con un ámbito reducido para el ejercicio de la autonomía de la voluntad es capaz de regular la relación jurídica que nace al pactar el objeto del contrato obligándola a cumplir lo convenido. De allí la premisa que *el contrato o las obligaciones que de él se derivan son ley para las partes*<sup>11</sup>. Pero, como afirma el maestro Alonso Olea, “esta regulación individual paccionada no debe mezclarse ni ponerse al nivel de las regulaciones generales y objetivas, so pena de confundir las fuentes del derecho con las fuentes de las obligaciones”<sup>12</sup>.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la regulación estatal y la que proviene de la regulación colectiva paccionada (fruto de pactos colectivos) no se excluyen mutuamente, sino más bien, concurren en la regulación de la misma materia. Es así como las normas de origen estatal

---

<sup>8</sup> Cfr. Constitución, art. 22. De allí la contradicción que implica el art. 30 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, cuando exige al juez que para aprobar una conciliación o transacción la condición es que el acuerdo verse “sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles ...”(el énfasis es añadido), pues de este modo convierte en inviable las formas anticipadas de conclusión del proceso, ya que los litigios no se basan en incumplimiento de normas dispositivas, sino de las imperativas. Además, de que los derechos laborales no son, en su mayoría, indisponibles.

<sup>9</sup> (ALONSO OLEA, 2002)

<sup>10</sup> cfr. art. 3, número 1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>11</sup> cfr. art. 60 de la Constitución y 1351 del CC.

<sup>12</sup> (ALONSO OLEA, 2002)

deciden sobre el terreno reservado a las del convenio colectivo (por ejemplo, días de descanso o condiciones de trabajo), asimismo son las que solucionan los posibles conflictos entre el posible conflicto entre la ley y el convenio, lo que equivale a decir, que la ley es la que determina la jerarquía de las fuentes en cada ordenamiento, y lo hace, con criterios diferentes, de acuerdo a las circunstancias socio-económicas y laborales imperantes en cada país<sup>13</sup>. A la vez, es necesario distinguir entre las normas del Derecho del Trabajo, las que son generales y, las sectoriales.

Las primeras se dirigen genéricamente a todos los sujetos destinatarios del Derecho del Trabajo, con independencia de su encuadramiento profesional o territorial, ya que su carácter es general, como el derecho a jornada máxima o al goce de vacaciones. Las segundas, se refieren a determinados sectores de trabajadores y empleadores, agrupados por razones industriales, profesionales o territoriales (exportación no tradicional, mineros, construcción civil, micro empresa, trabajadores del hogar, etc.)<sup>14</sup>.

A continuación, haremos un breve repaso de cada una de esas fuentes, siguiendo la jerarquía que les corresponde, pero sin poder agotar los temas, por razones de espacio:

## 1. La Constitución

La doctrina constitucionalista acepta pacíficamente que “la primera de las fuentes del Derecho en un Estado democrático de Derecho ha de ser la Constitución, lo que quiere decir que ésta ha de ser considerada como una norma con eficacia directa y no como un simple manifiesto retórico o programático, condicionado en su eficacia a que el legislador convierta en preceptos sus declaraciones y principios”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. (ALONSO OLEA, 2002)

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, mediante el Decreto Supremo N 030-89-TR de 02.09.1989 y la Resolución Ministerial N 091-92-TR de 03.04.1992 se estableció que el ingreso del trabajador minero no puede ser inferior al monto que resulte de aplicar un veinticinco por ciento (25%) adicional a la Remuneración Mínima Vital vigente en la oportunidad de pago.

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, 1997)

En consecuencia, la Constitución tiene un efecto normativo directo, no condicionado a un posterior desarrollo y a la necesaria interposición de una norma legislativa ordinaria<sup>16</sup>. Se puede exigir el cumplimiento de los derechos constitucionales cuando estos son violados, mediante las acciones de garantía. También se podría hacer en un procedimiento ordinario, pero las acciones de garantía son más expeditivas, por eso, desde hace años existe una sobrecarga en el Tribunal Constitucional, aun cuando se haya pretendido limitar el acceso para asegurar su carácter residual y no sustituir a la jurisdicción ordinaria cuando esta sea una vía igualmente satisfactoria para el agraviado<sup>17</sup>.

También se deriva de esta doctrina que la Constitución tiene una superioridad normativa sobre todas las leyes y reglamentos y las demás normas de los poderes constituidos. Por tanto, serán nulas las que contradigan el texto constitucional. Esa nulidad puede ser declarada por cualquier tribunal del Poder Judicial, así como por el Tribunal Constitucional, ya que existe el deber de realizar un control difuso de la constitucionalidad de las leyes<sup>18</sup>. Sin embargo, los tribunales del Poder Judicial deben realizar ese control de acuerdo a los criterios hermenéuticos del Tribunal Constitucional, cuando resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad<sup>19</sup>.

La Constitución vigente se pronuncia sobre derechos relativos al trabajo laboral en los arts. 2, incisos 2, 3, 12, 14, 15, 18, 20, 24 b), e) y h); 7, 9 al 12; 22 al 29; 39 al 42, Segunda y Tercera Disposiciones Finales<sup>20</sup>. Se refieren indirectamente a derechos laborales otros artículos, como los relativos a tratados, régimen económico, etc.

---

<sup>16</sup> (ALONSO OLEA, 2002)

<sup>17</sup> Cfr. Exp. N° 02383-2013-PA/TC-Junín

<sup>18</sup> Constitución, 138: "... En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior". Cfr. también el art. 51: "La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía..."

<sup>19</sup> Cfr. art. 200,4 y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen Previsional a cargo del Estado, Exp. 008-96-I/TC del 26.4.97, que declara la inconstitucionalidad del Dec. Leg. 817 por haber excedido la materia específica que fue objeto de la delegación legislativa.

<sup>20</sup> La Constitución de 1979 dedicó el capítulo V al trabajo, que fue regulado del art. 42 al 57.

## 2. Los tratados internacionales

El sistema normativo del Derecho del Trabajo se compone tanto de normas emanadas de poderes internos, como de poderes supranacionales o por acuerdos entre estados. Esto último se debe a las necesidades jurídico-laborales que existen en la comunidad y a las relaciones internacionales.

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, de acuerdo al art. 56 de la Constitución. Corresponde al presidente de la república celebrar, ratificar o adherirse a tratados<sup>21</sup>. Es indispensable la aprobación previa del congreso cuando estos tratados versen, entre otros supuestos, sobre derechos humanos<sup>22</sup>. De acuerdo al inciso 15 del art. 2 de la Constitución, el trabajo es un derecho fundamental de la persona. El desarrollo constitucional de este derecho se encuentra en el capítulo siguiente, titulado *De los derechos sociales y económicos*. Consecuentemente, cuando los tratados versen sobre derechos laborales -que son derechos humanos- deben ser aprobados previamente por el Congreso.

La eficacia de los tratados o su fuerza vinculante depende de la voluntad del Estado que firma o se adhiere a él. El Estado puede haber realizado una cesión previa de soberanía, como sucede en los países miembros de la Unión Europea, por lo que no se requiere ratificación. En cambio, como hemos podido apreciar, en la legislación peruana se requiere la ratificación del Congreso.

Los principales tratados sobre derechos humanos que contienen referencias a los derechos laborales son: Declaración Universal de los derechos humanos (1948). Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). A nivel regional están la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1969) y

---

<sup>21</sup> Constitución, 57.

<sup>22</sup> Ibidem, 56,2.

su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Todos ellos aprobados y ratificados por el Perú.

Son también, especialmente importantes aquellos tratados que se orientan a eliminar la discriminación histórica de la mujer, como son la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque han ampliado y reforzado la igualdad de derechos reconocida en otros instrumentos internacionales.

Existen unos tratados peculiares, son los celebrados por auspicio de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). El Perú es miembro de la OIT desde 1919, año de su fundación. Esos tratados reciben el nombre de “Convenios”. Nuestro país ha ratificado 76 Convenios, referidos a diversos temas: vacaciones, trabajo de la gente de mar, trabajo de mujeres y menores, descanso semanal, etc.<sup>23</sup> El Congreso los aprueba mediante Resoluciones Legislativas. El Convenio N°1 fue aprobado en 1945 y el último, ratificado por el Perú, ha sido el N° 189, en el 2018.

En caso que el país decida no seguir observando un tratado relativo a los derechos laborales, el presidente de la república debe solicitar la aprobación de la denuncia al congreso, siguiendo procedimiento similar al de la ratificación<sup>24</sup>.

Así, por ejemplo, mediante Resolución Legislativa N°26726, el Congreso aprobó la denuncia del “Convenio N°45 de la OIT, relativo al Empleo de las Mujeres en Trabajo Subterráneos de toda clase de minas”<sup>25</sup>. El Ministerio de Relaciones Exteriores, a su vez, publicó el Oficio RE

---

<sup>23</sup> De los 76 Convenios ratificados por Perú, 67 están en vigor, 5 han sido denunciados 3 instrumentos abrogados; ninguno ha sido ratificado en los últimos 12 meses. Cfr. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2020)

<sup>24</sup> Constitución 57.

<sup>25</sup> Cfr. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2020) Otro convenio denunciado por el Perú fue el N° 020, que regulaba el trabajo nocturno en las panaderías del año 1925 y que fue denunciado en 1996. Cfr. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2020).

(GAC) N°0-4-A/0353 c.a. por el que comunicó que el mencionado convenio dejaría de regir en el Perú el 9.VI.98.

Respecto a la jerarquía normativa que tiene en el derecho interno, de acuerdo al Tratado de Viena, un Estado no puede eximirse de la aplicación de un tratado ratificado, por ser opuestas al derecho interno. Se trata de un principio de buena fe negocial, que se reconoce en el art. 57 de la Constitución, al haber previsto la posibilidad de modificar la misma Constitución para adecuarse a un tratado.

El art, 200, inc. 4 confiere el rango de ley a los tratados, al ser pasibles de acción de inconstitucionalidad. Por tanto, debe haber una sujeción de las normas de nivel inferior a éstos.

De acuerdo a la Cuarta Disposición Final de la Constitución, los derechos constitucionales relativos a derechos humanos se interpretan de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

No obstante, se encuentran vigentes algunas normas que son contrarias a derechos reconocidos en la Constitución y los tratados de la OIT. Un ejemplo es el Decreto Legislativo 713 y su reglamento, el Decreto Supremo 012-92-TR relativos al derecho a vacaciones. Estas normas establecen como requisito para gozar del derecho a vacaciones, que se trabaje cuando menos cuatro horas diarias en promedio. El derecho a vacaciones se reconoce en el art. 25 de la Constitución, que encomienda su regulación a la ley. El Dec. Leg. 713 en el art. 12 a) exige una jornada mínima de 4 horas para efectos del récord vacacional. A su vez, el reglamento exige, en el art. 11, que el trabajador cumpla con una jornada mínima de cuatro horas para tener derecho a vacaciones. Por tanto, se excluye de este derecho a los trabajadores con jornada a tiempo parcial. Estas disposiciones son contrarias al convenio 52 de la OIT, ratificado por la Resolución Legislativa 13284 del 15.XII.59. Lo que correspondía al tratamiento legislativo era regular el número de días

a que se tiene derecho cuando la jornada no es a tiempo completo, pero no desconocer el derecho a vacaciones, reconocido en la Constitución y exigido por la naturaleza misma de las cosas<sup>26</sup>.

La anterior Ley Procesal de Trabajo en sus artículos II y III establecía, respectivamente, que el juez, *en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador; y que el juez debe velar por el respeto del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.* La actualmente vigente, lamentablemente, no hace referencia a este supuesto, pero la experiencia de derecho comparado en España, país del que provienen en gran parte los derechos laborales reconocidos en nuestro país, y nuestra misma tradición jurídica, debería llevar a seguir aplicando este principio, que es en favor de la parte débil de la relación jurídica, es decir, pro operario<sup>27</sup>. En definitiva, el derecho a vacaciones debería ser reconocido a todos los trabajadores, pero observando un principio de equidad y respetando el mínimo de seis días establecido en el art. 2 del Convenio 52 de la OIT.

---

<sup>26</sup> Si bien es cierto que el Perú no ha ratificado el convenio 175 sobre el trabajo a tiempo parcial, por ser miembro de la OIT debería tener en cuenta que, para desterrar todo tipo de discriminación en el trabajo es necesario que se dicten normas “para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial gocen de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable, en las siguientes esferas: (a) protección de la maternidad; (b) terminación de la relación de trabajo; (c) vacaciones anuales pagadas y días feriados pagados, y (d) licencia de enfermedad, en el entendido de que las prestaciones pecuniarias podrán determinarse proporcionalmente a la duración del tiempo de trabajo o a los ingresos” (art. 7).

<sup>27</sup> Cfr., por todos, (MONTROYA MELGAR, 2014). A mayor abundamiento, así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional al afirmar que “el principio de favorabilidad en materia laboral, “hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que les sea más favorable (in dubio pro operario)” (STC 00016-2008-PI/TC, fundamento 11), y conforme se sostiene en doctrina laboral autorizada, el principio “pro operario” “se expresa diciendo que la norma jurídica aplicable a las relaciones de trabajo y de Seguridad Social, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador o beneficiario” [Alonso Olea, Manuel y otra: Derecho del trabajo. 19a edición, Civitas, 2001, p 971]”. Exp. 03711-2012-AA/TC, fundamento jurídico 7.

### 3. Leyes<sup>28</sup>

Resulta evidente el carácter de fuente del Derecho que tienen las leyes en sentido propio, es decir, las elaboradas por el Congreso<sup>29</sup>. También lo son las elaboradas por el Poder Ejecutivo cuando el Congreso le delega esa función en supuestos determinados y de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Constitución, de acuerdo a lo prescrito en el art. 104 de la Constitución<sup>30</sup>.

Las limitaciones previstas para esta delegación legislativa persiguen evitar extralimitaciones, por eso, la delegación tiene que ser expresa, para materia concreta y con determinación de plazo fijo para su ejercicio. No cabe delegaciones en materias indelegables<sup>31</sup>. Así mismo, el presidente debe dar cuenta de cada Decreto Legislativo al congreso o a la comisión permanente de este poder del Estado.

Junto a este poder legislativo delegado, la Constitución ha previsto la posibilidad que el presidente, por una necesidad urgente y extraordinaria dicte decretos de urgencia, con rango de ley, pero para materias financieras y económicas, excluyendo las tributarias<sup>32</sup>. La interpretación de los alcances de esta facultad ha sido siempre de carácter restringido. Esto queda de manifiesto por la misma exigencia contenida en la Constitución de dar cuenta al Congreso, que puede modificar o derogar dichos decretos<sup>33</sup>. Para un sector de la doctrina laboral la Constitución de 1979 limitó la existencia de estos Decretos, al campo del endeudamiento, la tributación y el presupuesto<sup>34</sup>. Por

---

<sup>28</sup> Si bien comprenden las leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos de urgencia, leyes regionales y ordenanzas municipales, sólo haremos una breve referencia a las que se han empleado con más frecuencia para cuestiones laborales.

<sup>29</sup> Constitución 102,1.

<sup>30</sup> “El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”.

<sup>31</sup> Cfr. Constitución, 101,4.

<sup>32</sup> Constitución, 118, 19.

<sup>33</sup> Constitución 118, 19.

<sup>34</sup> (NEVES MUJICA, 2012)

tanto, sólo cabría modificar derechos laborales en la medida en que estuvieran incluidos en el presupuesto de la República, es decir, para el sector público y sólo en relación al contenido económico.

Hemos visto que la mayoría de las leyes laborales son imperativas o de derecho necesario relativo porque establecen un piso mínimo de derechos, debajo del cual no se puede pactar válidamente (remuneración mínima, sobretasa por hora extra mínima, etc.). Otras normas establecen máximos de derecho necesario (jornadas máximas). Existen otras, que son de tipo dispositivo, es decir, que permiten el libre juego de la autonomía de la voluntad, como podría ser el relativo al objeto del contrato de trabajo, salvadas siempre las referidas a su licitud. Finalmente, hay normas de derecho necesario absoluto, que impiden la intervención de la autonomía de la voluntad, como sería el deber de asegurar los riesgos de enfermedad y accidente, que surge en forma concomitante a la celebración de un contrato de trabajo.

Para determinar la norma aplicable se deben seguir los criterios de jerarquía y especificidad o competencia, cuyo desarrollo escapa al objeto de esta investigación.

#### **4. Sentencias del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución, al ser el órgano de control de la misma, de acuerdo al art. 201 de la Constitución. Esta función se otorga una potestad normativa, pues las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad poseen eficacia general, vinculando a todos los poderes del Estado, incluyendo al Poder Judicial. El alcance de la declaración de inconstitucionalidad alcanza a la norma impugnada y la de todos aquellos preceptos de la misma norma a los que debe extenderse por conexión consecuencia y que hayan sido materia de la causa. Tiene autoridad de cosa juzgada. Sus efectos para procesos fenecidos se limitan a las materias penal y tributaria, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 40 de la Ley 26345. Al declarar el sentido en que debe interpretarse una norma que ha sido objeto de una demanda de

inconstitucionalidad, se convierte en fuente del Derecho y puede denominarse como sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional.

El impacto de este tipo de decisiones se puede apreciar, por las consecuencias que ha tenido en las relaciones laborales en el país, la que resolvió la procedencia de un despido en el año 2002, para el cual se solicitaba la reposición, que dictaminó que “el artículo 34º, segundo párrafo, [de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral] es incompatible con el derecho al trabajo. (...) La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un *acto ab initio* inválido por inconstitucional, porque vacía de contenido este derecho constitucional”<sup>35</sup>. Desde ese momento, se dejó de aplicar el segundo párrafo del artículo 34 de esa norma<sup>36</sup> y, los jueces ordenan la reposición en despidos que, si bien pueden no tener una causa suficiente a juicio de los magistrados, sí lo tiene para el empleador, que es quien da el trabajo<sup>37</sup>. Esta ha sido la postura mayoritaria del Tribunal Constitucional desde hace casi dos décadas. Sin embargo, en la actualidad dos de sus miembros consideran que es una interpretación contraria a la protección establecida en la Constitución y a la que otorgan los tratados internacionales sobre la materia<sup>38</sup>. El tiempo dirá, según sea la composición del Tribunal, si se mantiene esta interpretación o se aparta de ella.

---

<sup>35</sup> Exp. N° 1124-2001 -AA/TC, fundamento jurídico 12.

<sup>36</sup> “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”.

<sup>37</sup> Un panorama distinto sería si tras ese silencio se esconde un motivo discriminatorio o atentatorio a un derecho fundamental, pues el despido estaría viciado de nulidad y no se le debe reconocer eficacia jurídica. Recordemos que la propia OIT reconoce como una medida suficiente de reparación la sola indemnización en caso de despidos injustificados, ver Convenio 158, artículo 11: “El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso”.

<sup>38</sup> Ver, por todas, los votos singulares de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa en la sentencia recaída en el Exp. N° 01332-2018-PA/TC.

Al margen de pronunciamientos de este tipo, no se debe olvidar que, por mandato del Código Procesal Constitucional, los jueces han de interpretar y aplicar todas las normas, incluyendo los reglamentos, de conformidad con la interpretación que de los preceptos y principios constitucionales realice el Tribunal Constitucional en sus resoluciones. Por “resoluciones del Tribunal Constitucional” ha de entenderse todo *pronunciamiento* de ese Tribunal puesto que, al dirimir la cuestión litigiosa que conoce, interpreta los alcances de los derechos fundamentales y la adecuación o no a la Constitución de la interpretación propuesta por las partes<sup>39</sup>.

Respecto al grado de obligatoriedad de estos pronunciamientos<sup>40</sup>, es necesario recordar que toda interpretación que realice ese Tribunal, se convierte en una norma adscrita a la Constitución. De allí que, para un sector importante de la doctrina constitucional, y para el mismo Tribunal, son vinculantes tanto su jurisprudencia como los precedentes vinculantes<sup>41</sup>, aunque exista entre ellas una diferencia de tipo formal. La razón estriba en que en el precedente vinculante el Tribunal Constitucional “ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”<sup>42</sup>, mientras que en el resto de jurisprudencia corresponderá a los operadores jurídicos concretar el contenido normativo a partir de los enunciados prescriptivos contenidos en las sentencias del mencionado Tribunal<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> “Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo”.

<sup>40</sup> La doctrina constitucional distingue diversos tipos de sentencias que han surgido como consecuencia de su labor indirectamente legislativa, por su condición de más alto intérprete de la Constitución. De entre ellas ocupa un lugar destacado las denominadas sentencias “manipulativas”, que son aquellas que, por la interpretación realizada logran armonizar el contenido inconstitucional de algunas disposiciones normativas, subordinándolas a la Constitución. Sobre los límites de este tipo de sentencias y las demás clasificaciones realizadas por la doctrina jurídica ver (HAKANSSON NIETO, 2009, pp. 55-77)

<sup>41</sup> Cfr. Exp. N° 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 43.

<sup>42</sup> Exp. N° 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 43. Lamentablemente son pocas las ocasiones en que ha formulado expresamente la regla material o la formal, tal como lo hiciera en el Exp. N° 06423-2007-PHC/TC.

<sup>43</sup> Cfr. (CASTILLO CÓRDOVA, 2014, p. nota a pie de página n. 57) Para un Desarrollo más amplio de este tema en (PACHECO ZERGA, 2015)

Resta precisar que el carácter perceptivo de las normas adscritas a la Constitución, pero que sean materialmente inconstitucionales tiene, al menos, tres excepciones<sup>44</sup>: a) Cuando contradice de manera manifiesta alguna exigencia de justicia constitucionalizada y no existe razón alguna para su constitucionalidad o, de haberla, es tan débil que es fácilmente refutada. b) Si la norma adscrita es contraria a las exigencias de justicia positivadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y así lo haya declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo que la decisión de ésta sea manifiestamente contraria a dicha Convención. c) Cuando en un caso concreto un juez considere que es posible una interpretación que proteja más y mejor un derecho fundamental en un caso concreto<sup>45</sup>.

Por último, se debe tener en cuenta lo ordenado en la Nueva Ley Procesal de Trabajo en su artículo IV del Título Preliminar, el cual establece que “los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional<sup>46</sup> y de la Corte Suprema de Justicia de la República”<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. (CASTILLO CÓRDOVA, 2014, pp. 26-31)

<sup>45</sup> Exp. N° 4853-2004\_PA/TC, fundamento jurídico 16. Cfr. (PACHECO ZERGA, 2015)

<sup>46</sup> “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. Art. VII.

<sup>47</sup> Código Procesal Civil, art. 400: “Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. (...) El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

## 5. Reglamentos de las leyes<sup>48</sup>

De acuerdo al art. 118,8 de la Constitución, corresponde al presidente de la República reglamentar las leyes. Este poder lo ejerce, fundamentalmente, a través de los Decretos Supremos y las Resoluciones Ministeriales.

Esta reglamentación debe realizarse con sujeción a la ley, sin ir más allá de ella. La ley constituye el límite externo a la potestad reglamentaria.

En materia laboral son pertinentes los que elaboran los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo, así como el de Economía y Finanzas. Y, en algunos casos, el de Producción, así como el Ministerio de Salud en lo concerniente a seguridad y salud en el trabajo.

## 6. Reglamentaciones de Trabajo

Son las normas emanadas de la Administración laboral. Normalmente, a través de ellas se fijan requisitos y normas de actuación a las que han de ajustarse las relaciones de trabajo para salvaguardar tanto la observancia de los derechos laborales en los aspectos sustantivos, como los referidos a la seguridad y salud en el trabajo. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece obligaciones formales y sustantivas de los empleadores para fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales.

Su competencia abarca también lo relativo al reconocimiento de las organizaciones sindicales y a las obligaciones que se imponen a estas y a los empleadores para garantizar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, como son la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga.

Se comprende también en este nivel las normas de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), que establece protocolos en resguardo de la salud y seguridad

---

<sup>48</sup> En este nivel se incluyen, además de las desarrolladas en este apartado, a los decretos regionales y los edictos municipales.

de los trabajadores, así como requisitos para que el empleador se acoja a determinados beneficios o para que no incurra en el incumplimiento de sus obligaciones laborales.

## 7. Los Convenios Colectivos

Los convenios colectivos nacen de la autonomía de las partes, por delegación del Estado, que les otorga poder para regular las relaciones jurídicas de un grupo de trabajadores, en determinadas condiciones.

El convenio colectivo es un pacto o acuerdo suscrito de modo típico, es decir, de acuerdo al procedimiento legal establecido, que se celebra entre organizaciones o asociaciones sindicales de trabajadores o sus representantes, si no hubiese sindicato, de un lado, y empresarios u organizaciones asociativas de estos, de otro; mediante el que se fijan las condiciones por las que han de regirse las relaciones singulares de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación<sup>49</sup>.

El art. 28 de la Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo, dentro del ámbito de lo concertado. Es decir, será obligatorio para los trabajadores incluidos en el ámbito de la negociación, teniendo en cuenta las normas sobre representatividad de los sindicatos<sup>50</sup>.

El carácter vinculante de los convenios colectivos<sup>51</sup> se encuentra desarrollado por la llamada “Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo” (LRCT)<sup>52</sup>. Ésta en su artículo 43, inc. a) precisa -de acuerdo al derecho y a la doctrina jurídica contemporánea- que el convenio colectivo “modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide”. Por eso, los contratos de trabajo individuales quedan *automáticamente adaptados a él y no pueden contener*

---

<sup>49</sup> Cfr. (MONTROYA MELGAR, 2014) Los pasos que se han de seguir en la negociación colectivas están detallados en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, recogida en el Cfr. D.S. 010-2003-TR, TUO del D. L. 25593-

<sup>50</sup> Cfr. D.S. 010-2003-TR, TUO del D. L. 25593, art. 9.

<sup>51</sup> Constitución, art. 28, 2.

<sup>52</sup> D.S. 010-2003-TR, TUO del D. L. 25593.

*disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador*. De esta disposición brota el carácter irrenunciable, por convenio individual de estos beneficios.

La delimitación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, así como las exclusiones y limitaciones que contenga deben realizarse conforme a ley<sup>53</sup>. Es importante delimitar la autonomía de las partes para establecer la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Éstos no pueden pretender eximirse de la ley, ni mucho menos derogar la ley mediante la capacidad de dictarse un *ius propium* al margen de la misma. En consecuencia, las cláusulas que contengan deben ajustarse a este mandato legal<sup>54</sup>.

Se ha discutido en la doctrina jurídica sobre la rebaja del nivel de fuente del Derecho que ha realizado la Constitución de 1993 frente a la de 1979, ya que ésta le otorgaba el carácter de “fuerza de ley”, utilizando la misma expresión que para los Decretos Legislativos y los de urgencia. Sin embargo, entiendo que esa expresión debe entenderse en el contexto de la autonomía de la voluntad: del mismo modo que el contrato es “ley para las partes”. Pero la doctrina de las fuentes del Derecho siempre ha puesto por encima las normas emanadas de los poderes públicos, ya que a éstos se les confía el orden de la sociedad para lograr el bien común.

Por otro lado, no se puede silenciar que el art. 62 de la Constitución constituye un serio obstáculo en este sentido, ya que privilegia el pacto privado sobre las leyes, al establecer que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. De allí que cuando en 1995 se modificó el régimen laboral vigente, mediante la Ley 26513, para dar mayor discrecionalidad al empleador tanto en la ejecución como en la extinción del contrato, en la octava disposición final se determinó que “en aplicación de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a efectos de lo dispuesto en el

---

<sup>53</sup> D.S. 011-92-TR, arts. 28 y 29.

<sup>54</sup> Ya sean delimitatorias, obligacionales o normativas de acuerdo al art. 29 del D.S. 011-92-TR.

artículo 62o de la misma, debe entenderse que la Ley Laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso”. De este modo, si en un contrato de trabajo celebrado con anterioridad a la vigencia de esa ley, no se había incorporado expresamente el régimen laboral aplicable, quedaba sujeto a las normas establecidas en la Ley 26513. Así se salvó el escollo que significa poner por encima de las leyes, la voluntad de los particulares.

#### **8. El Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Reglamento Interno de Trabajo**

En el año 2016 entró en vigencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, que estableció que los empleadores que cuenten con 20 o más trabajadores deben establecer un Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, que será de obligatorio cumplimiento. Este deber se ha impuesto tanto para las empresas del sector el sector privado como del público. El Reglamento debe incidir, especialmente, en la responsabilidad del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, al punto que debe garantizar, “en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores”. Por tanto, extiende su ámbito de aplicación a los terceros que se encuentren en el centro de labores o presten servicios al empleador bajo cualquier otro régimen.

El incumplimiento de lo prescrito en la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, recogido en el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, tiene tal importancia que su incumplimiento, en relación a las normas para prevenir accidentes y proteger la salud de quienes

se encuentren en un centro de labores, constituye un delito tipificado en el artículo 168-A del Código Penal<sup>55</sup>.

Este Reglamento si bien es elaborado por el empleador, debe contar con la aprobación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, que está formado por trabajadores de la organización<sup>56</sup>. Por tanto, se trata de una norma paccionada que, como fuente del Derecho del Trabajo, pero de un nivel inferior al del convenio colectivo, tanto por el ámbito de aplicación como por el objeto del mismo.

Además de este Reglamento, la legislación vigente establece que las empresas que cuenten con 100 o más trabajadores a su servicio deben elaborar un Reglamento Interno de Trabajo, de acuerdo a lo dispuesto por el D.S. 039-91-TR y entregarlo a cada trabajador para su conocimiento y observancia. No requiere la aprobación de los trabajadores, pero el empleador podría acordar con ellos su contenido. Al ser un acto unilateral su ubicación en la jerarquía de fuentes es inferior a la del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Requiere ser aprobado por el Ministerio de Trabajo para que tenga naturaleza normativa y surta efectos como tal. Sus disposiciones se asemejan a las cláusulas generales de contratación previstas en los arts. 1392 y 1393 del Código Civil<sup>57</sup>.

La aprobación por el Ministerio es automática: a la sola presentación de la solicitud. Cabe fiscalización posterior. Los trabajadores pueden oponerse a él si lo consideran violatorio de sus

---

<sup>55</sup> que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave”.

<sup>56</sup> Cfr. D.S N° 005-2012-TR, art. 42, b).

<sup>57</sup> **Artículo 1392°**.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

**Artículo 1393°**.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 1395°.

derechos, a través de una demanda judicial, según lo establecido en el art. 5 del Decreto Supremo 039-91-TR.

Su contenido, de acuerdo al art. 2° de la norma mencionada debe ser una concreción de los mandatos generales contenidos en las leyes y reglamentaciones, que especifican las obligaciones de los trabajadores en el cumplimiento de sus labores, como son horarios, control de asistencia, medidas disciplinarias, etc. Cuando se trate de materias de especial gravedad, su incumplimiento puede acarrear el despido justificado<sup>58</sup>.

## 9. La jurisprudencia ordinaria

No existe unanimidad en la doctrina jurídica referente al carácter de fuente que tiene la jurisprudencia. Así, por ejemplo el maestro Alonso Olea considera que la decisión judicial no es una norma ni puede erigirse en fuente del Derecho<sup>59</sup>, pero le reconoce un valor: “no puede estimarse que los tribunales manden a través de la jurisprudencia como los órganos con potestad legislativa lo hacen, pero sí que crean respecto de los ciudadanos la expectativa estimable y seria, a la que sirven los principios constitucionales de seguridad jurídica, igualdad y unidad jurisdiccional, de que si la jurisprudencia existe, los casos futuros serán resueltos con arreglo a ella como regla de aplicación de las leyes, salvo que por el juez se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa”<sup>60</sup>.

En cambio, otros opinan que sí tiene carácter de fuente, que puede definirse como una doctrina que aparece constituida por criterios o razones (*rationes dicendi*), que son las que justifican la solución dada al caso. Son esos criterios los que inspiran la elección o selección de la regla o reglas que se apliquen al caso concreto y son esos mismos criterios o razones los que

---

<sup>58</sup> Cfr., por todas, sentencia recaída en el Expediente No. 12945-2013-0-1801-JR-LA-11.

<sup>59</sup> Cfr. (ALONSO OLEA, 2008)

<sup>60</sup> (ALONSO OLEA, 2008)

determinan la interpretación que se realice de dichas reglas. En todo caso, se advierte que la sustancia de la jurisprudencia, como fuente del Derecho, es la de brindar esos criterios para dirimir futuros litigios análogos o semejantes, según aquel principio **ubi eadem ratio ibi idem ius**.

Su particularidad estriba en que mientras las demás fuentes operan de lo general a lo particular, mediante la aplicación de normas abstractas a situaciones concretas, la jurisprudencia lo hace al revés, es decir, induciendo de un caso singular una regla que es susceptible de generalizarse mediante su utilización en casos semejantes. En esta aplicación reformula a las demás fuentes del derecho, pues existe una continuidad, ya que se suelen citar las precedentes que resuelven en el mismo sentido. Es así como muchas veces los magistrados sustentan sus fallos en sentencias anteriores más que en las demás fuentes del Derecho. Por eso, se habla de un “derecho exclusivamente judicial”. El profesor Álvaro D’Ors afirma, incluso, que la “auténtica y decisiva” fuente del Derecho es la jurisprudencia<sup>61</sup>.

Indudablemente los frecuentes cambios normativos llegan a invalidar series enteras de jurisprudencia, pero aun así, podemos apreciar, también en el Derecho comparado y en el constitucional del país, sentencias fundadas en las anteriores y, con ellas, queda de manifiesto la existencia de una jurisprudencia autónoma<sup>62</sup>.

Resta añadir, respecto a esta discusión doctrinal, que el profesor Montoya Melgar resalta el papel importantísimo de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica científica. Citando a Larenz afirma que *la jurisprudencia y la ciencia del Derecho se reparten la tarea de la interpretación*<sup>63</sup>. Además, yendo más allá del análisis o resolución de un caso concreto, crean una “doctrina jurisprudencial o científica mediante la que fijan el sentido que debe darse a la norma jurídica. De este modo, la norma ya no es entendida como un ente autónomo y aislado, sino como una realidad

---

<sup>61</sup> D’ORS, A. *De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral en Escritos varios sobre el derecho en crisis*, citado por (DIÉGUEZ CUERVO, 1995)

<sup>62</sup> Cfr. (DIÉGUEZ CUERVO, 1995)

<sup>63</sup> (MONTROYA MELGAR, 2014)

**transmitida o interpretada** por quienes tienen la misión de desvelar su significado a los demás: la norma no tiene, en consecuencia, otro sentido que el que le atribuyen sus intérpretes cualificados, sean estos jueces, funcionarios administrativos o profesores, esto es, personas investidas de la facultad de aplicar o enseñar el Derecho”<sup>64</sup>.

En nuestro país es innegable que el recurso de casación, que pretende una unificación de la doctrina jurisprudencial, tiende a la homogenización de las decisiones judiciales, fijando así el sentido oficial de la norma. El juez no es esclavo de la ley, sino que está llamado a interpretarla, integrar los vacíos normativos, inducir y aplicar los principios generales del Derecho, llegando incluso a precisar el sentido, a veces indeciso, de una proposición jurídica, cumpliendo así una función correctora de la norma<sup>65</sup>.

Además, de acuerdo al art. IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, “los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a (...) los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República”. A mayor abundamiento, entre las causales que justifican la presentación de un recurso de casación se encuentra, precisamente, “el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República”<sup>66</sup>.

Confirma esta ratio vinculante de las Ejecutorias de las Salas Especializadas de la Corte Suprema de la República el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>67</sup>, el cual establece que si fijan principios jurisprudenciales, deben ser publicadas en el diario oficial “El Peruano”, para obligar a todas las instancias judiciales. Sin embargo, la misma norma atempera esta exigencia al establecer que los jueces podrán apartarse del criterio establecido, pero deberán dejar constancia

---

<sup>64</sup> (MONTROYA MELGAR, 2014)

<sup>65</sup> (MONTROYA MELGAR, 2014)

<sup>66</sup> Cfr. Ley 29497, art. 34.

<sup>67</sup> D.S. 017-93-JUS del 28.05.93.

del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan<sup>68</sup>. Y, en caso que sea la misma Corte Suprema la que decide apartarse de esos criterios, deberá sustentar debidamente su decisión y ordenar nuevas publicaciones en el diario oficial. Al igual que en el caso anterior, la resolución deberá contener el precedente que es sustituido por el nuevo, señalando los fundamentos.

Por último, es necesario hacer referencia a los Plenos Jurisdiccionales de las Salas Especializadas, que facultados por el art. 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, están facultados para fijar criterios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento. El primero el materia laboral data del año 1997<sup>69</sup> y el último, corresponde al año 2019<sup>70</sup> y comprenden materias de Derecho procesal y sustantivo laboral.

Mientras que las decisiones de la Corte Suprema deben ser publicadas en el diario oficial El Peruano, no está expresamente indicado que también lo sean los Plenos, pero es una práctica habitual publicarlos tanto en el diario oficial como en la página Web del Poder Judicial. En consecuencia, el operador jurídico deberá tener a la vista este abanico de fuentes que inciden en la delimitación de los derechos laborales.

## 10. La costumbre

Se admite pacíficamente por la doctrina jurídica que la costumbre es una norma *creada e impuesta por el uso social y observada con convicción de su obligatoriedad*. Se consignan así los dos elementos que conforman esta institución: el objetivo, que está referido a una conducta determinada y el subjetivo, que se refiere a la conciencia de la obligatoriedad con la que se observa.

---

<sup>68</sup> Es importante salvar la independencia del juez o el criterio de conciencia con el que ha de decidir para administrar justicia: la *iuris dictio*, pero esa decisión debe argumentarse adecuadamente para no ir en contra de la seguridad jurídica o legítima expectativa de los ciudadanos.

<sup>69</sup>Cfr.

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/52c2c78043eb77ff9327d34684c6236a/10\\_pleno+laboral+97.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=52c2c78043eb77ff9327d34684c6236a](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/52c2c78043eb77ff9327d34684c6236a/10_pleno+laboral+97.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=52c2c78043eb77ff9327d34684c6236a)

<sup>70</sup> Cfr. <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Pleno-Jurisdiccional-Nacional-Laboral-Resumen.pdf>

Al respecto se puede afirmar que “el recurso a la norma consuetudinaria presupone que estemos en presencia de una laguna o vacío no cubierto por cuantas normas de carácter escrito son aplicables”<sup>71</sup>.

La Corte Suprema en nuestro país ha establecido que cuando un comportamiento se repite a lo largo de dos años se forma una costumbre<sup>72</sup>. Para cumplir con este requisito afirma que suficiente realizar la acción dos veces. Fue el caso de un empleador que otorgó a sus trabajadores un beneficio económico durante dos años y al tercero los trabajadores demandaron su pago por haber sido repetitivo. Lamentablemente, el colegiado calificó esos actos como una “costumbre” y, por tanto, de carácter obligatorio. De allí que, como consecuencia, los empleadores duden “en repetir el otorgamiento de un beneficio anual pues no quieren que ello sea luego obligatorio, esto es, desean mantener el carácter unilateral en la dación del monto”<sup>73</sup>. Al margen de este temor fundado, la interpretación realizada por la Corte Suprema en esa oportunidad es contraria a la institución misma, pues una conducta realizada dos veces no sólo no crea costumbre en una persona natural, -menos en una persona jurídica- sino porque no fue realizada con conciencia de su obligatoriedad. Por tanto, no estuvieron presentes ni el elemento objetivo ni el subjetivo que caracterizan esta institución.

En España se reconoce la costumbre laboral como fuente del Derecho, cuando es en materia profesional y de ámbito local, por mandato del ET, 3 d), pero sólo a falta de norma que regule esas conductas. Y se entiende que la exigencia de reiteración de la conducta tiene una doble función: sirve para probar el elemento externo (una conducta determinada) y también demuestra, aunque de modo indirecto, la *opinio iuris*, pues lo normal es que ésta se forme por el paso del tiempo<sup>74</sup>. Consecuentemente, cuanto mayor sea el tiempo en que se observa una conducta determinada,

---

<sup>71</sup> (SEMPERE NAVARRO, 2010)

<sup>72</sup> Cfr. Casación Laboral N° 3547- 2009 Callao.

<sup>73</sup> (ULLOA MIRALLES, 2011)

<sup>74</sup> Cfr. (SEMPERE NAVARRO, 2010)

mayor certeza hay de la existencia de un *animus obligandi*<sup>75</sup>. De allí que los magistrados españoles arriben a la conclusión de que existe una costumbre laboral cuando se ha demostrado un comportamiento determinado, en forma inalterada por un lapso extenso, que puede ser de catorce a veinte años<sup>76</sup>.

En la Casación Laboral 1000-2016-Lima se ha empleado con mejor criterio la institución de la costumbre, pues un sindicato demandó a su empresario porque, según ellos, los había hecho laborar una (01) hora (45 minutos para compensar el refrigerio más 15 minutos de tiempo de trabajo simple) y no les había pagado el sobretiempo. Afirmaban que “por costumbre y porque así se convino en el contrato de trabajo, el horario previsto para el refrigerio forma parte de la jornada de trabajo”<sup>77</sup>. Sin embargo, los contratos de trabajo celebrados por los demandantes establecían que el horario de trabajo en la Planta “será de lunes a sábado de 07:00 horas a 15:00 horas; sin que los demandantes hubieran acreditado que laboraron con posteridad a tal horario y en el período objeto de la demanda”<sup>78</sup>.

En consecuencia, la Corte entendió que si bien el Sindicato demandante alegaba la costumbre como fuente de derecho no había podido demostrar su existencia<sup>79</sup>. Y, aprovechó para distinguir entre “el uso de la empresa y el uso contractual, esta última definida como una manifestación de voluntad tácita por repetición de actos en el curso de una relación individual”<sup>80</sup>. La cual se distingue del uso de la empresa que “debe ser general; es decir, referirse (indistintamente de las personas respecto de quienes rija) a la totalidad o un sector diferenciado de ella, siendo por el contrario la mera habitualidad contractual, una cláusula tácita de un contrato individual de

---

<sup>75</sup> (SEMPERE NAVARRO, 2010)

<sup>76</sup> Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336]; Andalucía, Sevilla, de 16 marzo 2000 [AS 2000/4003].

<sup>77</sup> Fundamento jurídico décimo segundo.

<sup>78</sup> Loc. cit.

<sup>79</sup> Los demandantes no acreditaron que hubieran laborado con posteridad a tal horario y en el período objeto de la demanda.

<sup>80</sup> Fundamento jurídico décimo tercero.

trabajo”<sup>81</sup>. Lamentablemente, aún no se ha corregido el concepto errado de la Casación Laboral N° 3547- 2009 Callao, comentada anteriormente: confiemos en que la judicatura tenga ocasión de corregir esta interpretación que, en lugar de favorecer a los trabajadores, les perjudica al obligar al empleador a mantener un beneficio, aunque no cuente con los medios suficientes, lo que lleva a que no se otorguen pagos adicionales a los establecidos por ley o por el convenio colectivo.

## II. Conclusiones

Las fuentes del Derecho del Trabajo son las mismas que las de otras ramas del Ordenamiento y se sujetan al orden de la jerarquía normativa establecida por la misma Constitución.

A la vez, existe una fuente propia del Derecho del Trabajo que surge por delegación del Estado en los actores sociales, para que negocien y celebren un acuerdo o convenio colectivo, que se convierte en norma para los empleadores y trabajadores comprendidos en el ámbito de la negociación, por lo que los contratos individuales no pueden contener condiciones menores a las establecidas en el convenio.

Para determinar los alcances de los derechos laborales, sean individuales o colectivos, es necesario verificar lo normado en la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, las sentencias del Tribunal Constitucional, los reglamentos de las leyes (Decretos Supremos y Resoluciones Ministeriales), las reglamentaciones administrativas, los convenios colectivos, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo, la jurisprudencia ordinaria y la costumbre.

Los tratados de la OIT, ratificados por el Perú, forman parte del derecho interno y, entre ellos se encuentra el de no discriminación y derecho a vacaciones anuales para todos los trabajadores, por lo que el requisito de trabajar en promedio un mínimo de cuatro horas diarias establecido por el legislador, vulnera un derecho de rango superior y debería preferirse éste a aquél.

Se pueden considerar normas paccionadas tanto al convenio colectivo como al Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, pero el grado de negociación y el alcance del convenio colectivo puede superar el ámbito de la empresa, lo que no sucede con el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. Así mismo aquél, al ser un pacto tipificado legalmente con un contenido más amplio, tiene un impacto mayor en las relaciones laborales.

La jurisprudencia constitucional y la ordinaria son fuente del derecho, no sólo por mandato de la Nueva Ley Procesal de Trabajo respecto a los precedentes, sino porque brindan criterios para dirimir futuros litigios análogos o semejantes, según aquel principio **ubi eadem ratio ibi idem ius**. Respecto a los precedentes, si bien obligan en principio, el juez tiene la posibilidad de apartarse de ellos si considera que no son aplicables a un caso concreto y argumenta debidamente su decisión.

La costumbre, para ser tal, requiere la repetición de una conducta en el tiempo, observada con la conciencia de su obligatoriedad. La sentencia en casación que calificó como costumbre, una acción realizada dos veces por un empleador, convirtiéndola en obligatoria, contradice tanto el aspecto objetivo como el subjetivo de esta institución, pues no cumple con el requisito objetivo suficiente (repetición de acto) ni subjetivo (conciencia de su obligatoriedad).

### III. Bibliografía

ALONSO OLEA, MANUEL (2002). *Introducción al Derecho del Trabajo* (6a ed.). Madrid: Civitas.

ALONSO OLEA, MANUEL / CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> EMILIA (2008). *Derecho del Trabajo* (25a rev. ed.). Madrid: Thomson-Civitas.

CASTILLO CÓRDOVA, LUIS (2014). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (1a ed.). Lima: Lima.

DIÉGUEZ CUERVO, GONZALO (1995). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1997). *El sistema de fuentes del Derecho*. Madrid: Fundación BBV & Ed. Civitas.

HAKANSSON NIETO, CARLOS (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO (2014). *Derecho del Trabajo* (35 ed.). Madrid: Tecnos.

NEVES MUJICA, JAVIER (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo* (2 ed.). Lima: PUC.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). Ratificaciones de Perú Obtenido el 19 julio, 2020, de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200\\_COUNTRY\\_ID:102805](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102805)

PACHECO ZERGA, LUZ (2015). El carácter normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la estabilidad en el empleo *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (pp. 173-190). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE (1993). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

SANCHO REBUDILLA, FRANCISCO (Ed.) (1991) *Gran Enciclopedia Rialp* (Vols. VII). Madrid: Rialp, S.A.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO; CRISANTO CASTAÑEDA, ANA CECILIA (2010). La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*(88), 87-88.

ULLOA MIRALLES, DANIEL (2011). La Costumbre como Fuente en el Derecho Laboral. *Derecho&Sociedad*(37), 101-106.