

La Costumbre como Fuente en el Derecho Laboral

Daniel Ulloa Millares*

La costumbre en el derecho significa la reiteración de un acto en el tiempo con consciencia de obligatoriedad. Es así que en toda rama del derecho puede producirse una costumbre, en este caso, el autor desarrolla un análisis crítico de la costumbre como fuente del derecho laboral en nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, sostiene que si el empleador repite un mismo acto (como una gratificación extraordinaria) por dos años o más, no significa la creación de una costumbre, sino que para verificar la creación de una verdadera costumbre como fuente del derecho, debe analizarse el cumplimiento de los elementos que la constituyen, a saber: el elemento geográfico, el objetivo (reiteración de la conducta) y el subjetivo (conciencia de obligatoriedad).

1. Concepto

La costumbre resulta ser uno de los conceptos legales más conocidos. Denominada también derecho consuetudinario, es común reconocer a la costumbre como fuente de derecho que, a diferencia de las normas producidas por un órgano especializado del Estado o, eventualmente, por los actores privados (el convenio colectivo sería una de las principales fuentes del derecho no creadas por el Estado) se genera por el uso social, esto es son las partes -agrupadas o no bajo un contrato social formal determinado- las que deciden con su actuar la creación y vigencia de determinadas reglas que no son expresadas en textos o códigos.

A decir de Alonso Olea, la costumbre “es expresión de los mandatos de la comunidad con independencia de su arquitectura formal”, una norma válida no en virtud de una ley estatuida sino de un consenso². Asimismo, para Palomeque y Álvarez la costumbre es “realmente un producto del sentir jurídico de la comunidad y como tal independiente en su origen del poder normativo del Estado”³.

En el Perú se ha aceptado a la costumbre como fuente de derecho pues la Constitución de 1993 establece en el numeral 8 de su artículo 139 el deber de todos los jueces peruanos de administrar justicia inclusive a falta (“vacío o deficiencia” señala el texto) de norma aplicable, utilizando para ello “los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”⁴.

Considerando que estamos ante una fuente unánimemente aceptada veamos el concepto utilizado por el Derecho del Trabajo y las situaciones que su uso plantea, no sin antes resaltar otra característica de esta fuente de derecho cual es su jerarquía en el sistema jurídico.

Es común incluir a la costumbre, con referencia formal expresa o no, en el último nivel del sistema de fuentes, sujetándola al respeto de otras normas, en especial las emitidas por el Estado. Siguiendo este criterio, Neves Mujica incluye a la costumbre en el nivel terciario, junto con el convenio colectivo y el reglamento interno de trabajo⁵. La costumbre, por consiguiente, nunca puede ser *contra legem* o ir contra algún mandato normativo superior, aunque si *praeter legem* (actuar en ausencia de norma escrita) o *secundum legem* (actuar por mandato de la norma escrita).

2. La Costumbre en Derecho Laboral

2.1. Concepto

El concepto en esta área del derecho es similar al antes mencionado y no presenta diferencias, siendo que para su existencia exige la coincidencia de determinados elementos, los cuales pasamos a describir.

2.2. Elementos

La doctrina española exige tres elementos para poder hablar de una costumbre⁶. A decir de Fernández Márquez ellos son:

* Candidato a Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 ALONSO OLEA, Manuel, Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social, México, 1997, p. 77.

2 WEBER, Max, citado por ALONSO OLEA, Manuel, op. cit.

3 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del Trabajo, 17 edición, Madrid, 2009, p. 167.

4 En rigor, siguiendo a Neves, si existe derecho consuetudinario no estaríamos ante un vacío o deficiencia dado que existiría una norma (no en sentido formal pero norma finalmente) para resolver el caso.

5 NEVES MUJICA, Javier, “Introducción al derecho del trabajo”, Ara editores, 1997, p. 80.

6 ALONSO OLEA (op. cit., p. 78-79) señala que la costumbre debe ser local, profesional y probada; PALOMEQUE y ÁLVAREZ (op. cit., p. 167-168) entienden que la costumbre debe ser una norma subsidiaria, local y profesional, y FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar, “Usos y Costumbres” en “El sistema de fuentes de la relación laboral”, Universidad de Oviedo, 2007 (p.244-245) postula los tres elementos arriba mencionados.

- **Elemento Geográfico:**
La costumbre debe tener un alcance local, ser aplicable en un determinado ámbito territorial o comunidad de referencia. Este ámbito puede ser, inclusive, un centro de trabajo⁷, siendo lo importante la delimitación espacial en la cual se cumplen los otros dos elementos.
- **Elemento Objetivo (*Usus*):**
Es la conducta reiterada, la manifestación en la realidad de la conducta que se presenta normativa. Es, además, el principal elemento que todo beneficiario debe probar para poder sustentar la existencia de una costumbre.
- **Elemento Subjetivo (*Opinio iuris*):**
Es la conciencia de obligatoriedad, la sensación de que la conducta repetida se cumple porque resulta imperativa.

A contrario, en el Perú la gran parte de la doctrina nacional⁸ señala solamente la presencia de los dos últimos elementos, descartando el primero. Si bien éste ha generado algún análisis⁹, se entiende normalmente que la práctica reiterada (en un periodo mínimo) y la conciencia de obligatoriedad son suficientes para poder sustentar una costumbre.

En este punto creemos pertinente diferenciar a la costumbre como fuente de derecho de los usos, la práctica reiterada o la concesión unilateral de beneficios por parte del empleador, conductas que también generan derechos al trabajador pero que no llegan a ser una norma por el hecho de que no son generales y abstractas. Esto es, si ocurre alguna modificación peyorativa del beneficio recibido el trabajador siempre podrá reclamar pero su argumento debería ser diferente: si la práctica es aplicable a un grupo determinado, podríamos estar ante una costumbre y deberá probar su existencia; en cambio, si la práctica solamente lo beneficia a él o a otras tantas personas que no tienen elementos en común, entonces estaremos ante un beneficio a ser protegido por el principio de condición más beneficiosa¹⁰, caso en el cual también debe probar la existencia del beneficio, empero el sustento jurídico resulta -en nuestra opinión- diferente.

3. Situación en el Perú

Siguiendo con lo anterior, debemos afirmar que la presencia de la costumbre como fuente del Derecho laboral en el Perú es particular y bastante curiosa porque en nuestro país se considera que si un empleador otorga un beneficio durante dos años

consecutivos entonces ya ha creado una costumbre cuyo cumplimiento le resulta obligatorio. Vamos a ver que esta idea tiene un inexplicable arraigo judicial (y también en gran parte de la doctrina nacional). Esto es, si un empleador otorga dos veces una gratificación extraordinaria (que legalmente no es considerado un concepto de naturaleza remunerativa¹¹) entonces este beneficio se convierte en obligatorio, en regular y permanente, y el empleador no puede desconocerlo.

“(…) creemos pertinente diferenciar a la costumbre como fuente de derecho de los usos, la práctica reiterada o la concesión unilateral de beneficios por parte del empleador, conductas que también generan derechos al trabajador pero que no llegan a ser una norma por el hecho de que no son generales y abstractas.”

Lo anterior se produce porque se entiende sin mayor discusión por la doctrina nacional que una costumbre se crea cuando una remuneración determinada o una condición de trabajo resulta repetida dos años o más¹². Boza Pro precisa que este criterio temporal de los dos años consecutivos es una creación jurisprudencial¹³, pensada para beneficios de periodicidad anual, por lo que considera discutible ampliarla para beneficios de periodicidad distinta, tal como antes ya lo planteara el profesor Neves Mujica¹⁴.

A diferencia de Boza y Neves, que no detallan el origen de este concepto en la jurisprudencia, Rendón Vasquez cita, aunque de manera referencial, como sustento de este peculiar criterio una resolución del Tribunal de Trabajo de fecha 13 de setiembre de 1975, sumillada por Jorge Angulo en el tomo I de su obra “La jurisprudencia del derecho laboral en el Perú”¹⁵. Ante esta oscuridad nosotros hemos intentado averiguar el origen de este concepto.

Así, fue en el texto de Raúl Ferrero y Carlos Scudellari¹⁶ de 1962 que encontramos que al definir las gratificaciones, los autores señalan que su entrega es voluntaria, siendo obligatorias las “otorgadas en forma regular y permanente con motivo de Pascua y Año Nuevo” aunque luego indican que “según la Dirección de Trabajo, es permanente la gratificación concedida durante dos

7 Esta opinión es compartida por parte de la doctrina nacional. Ver CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos y PIZARRO DÍAZ, Mónica “Las obligaciones laborales derivadas de la voluntad unilateral del empleador” en “Libro homenaje a Javier Neves Mujica”, Grijley, 2009, p. 146.
 8 Además de los citados Neves y Boza puede verse el tema en RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, “Derecho del Trabajo, Teoría general, tomo I”, Grijley, 2007, p. 207-210.
 9 En el artículo antes citado de CORTÉS y PIZARRO.
 10 Sobre este conocido principio del derecho del trabajo pueden revisarse los textos de NEVES MUJICA, Javier, op. cit. p. 136-141, BOZA PRO, Guillermo, op. cit., p. 195-200 y los artículos de OJEDA AVILES, Antonio y TOLOSA TRIBIÑO, César incluidos en el libro “Los principios del derecho del trabajo”, CEF, Madrid, 2003, p. 171-209.
 11 Según lo establece el artículo 7 de la ley de productividad y competitividad laboral, texto único ordenado del decreto legislativo 728 aprobado por D.S. 3-97-TR al darle efecto legal general al literal a) del artículo 19 del texto único ordenado de la ley de compensación por tiempo de servicios, aprobado por D.S. 1-97-TR.
 12 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, “Derecho del Trabajo, teoría general I”, p. 208.
 13 BOZA PRO, Guillermo, “Lecciones de derecho del trabajo”, Fondo editorial PUCP, 2011, p. 134.
 14 NEVES MUJICA, Javier, op. cit., p. 86.
 15 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, op. cit., p. 208.
 16 “Derecho del trabajo”, Lima, 1962.

años consecutivos (Consulta absuelta el 10 de octubre de 1960)”¹⁷.

Como lo señala la doctrina¹⁸, la diferencia entre una gratificación, una bonificación y una asignación se basa en que la primera resulta ser un pago extraordinario, la segunda un pago por algún motivo vinculado a la forma en que se trabaja (bonificación por trabajo de noche, bonificación por trabajo en altura, etc.) y la última un pago por algún motivo desvinculado a la modalidad o calidad del trabajo (asignación por tener hijos, asignación escolar, asignación por aniversario).

Resulta claro que nuestra legislación no ha seguido esta diferenciación doctrinal y nos presenta gratificaciones que no son extraordinarias (las gratificaciones legales¹⁹), asignaciones que están vinculadas a la forma de trabajo²⁰ y bonificaciones que resultan ajenas a la calidad del trabajo²¹.

Como vemos, no había norma sobre este tema sino solamente un criterio de la autoridad de trabajo, en ese tiempo la competente para la resolución de los temas en materia social.

Sin embargo, nosotros hemos encontrado una resolución sub-directoral firmada por el Sub Director Regional de Trabajo de Arequipa de fecha 5 de setiembre de 1972, la N° 255-72-SRTA cuyo segundo considerando señala con total seguridad lo siguiente:

“Que se considera como permanente toda gratificación o bonificación otorgada durante 2 años consecutivos; (Ley N° 12015)”

La citada ley, de fecha 2 de diciembre de 1953, firmada por el entonces Presidente Manuel Odría, tiene un solo artículo:

“ARTÍCULO ÚNICO.- Las indemnizaciones de los empleados, a las cuales se refieren las Leyes 4916, sus modificatorias y ampliatorias, se computarán sobre la base del sueldo y de toda otra cantidad que por cualquier concepto perciban de modo permanente y fijo, salvo las que tengan aplicación a determinado gasto y no sean de libre disposición del empleado, exceptuándose de estas últimas las que se refieren a gastos de alimentación que sí se acumularán al sueldo cuando se perciban en forma permanente y fija”.

Por tanto, pareciera que el funcionario administrativo entendió (no sabemos por qué) que la permanencia a la que aludía la Ley 12015 se producía por el transcurrir de dos años consecutivos, siendo esta regla aplicable a las gratificaciones y a las bonificaciones.

Recordemos que recién desde diciembre de 1989 el trabajador tiene derecho a las gratificaciones legales de

Fiestas Patrias y Navidad por lo que resulta comprensible que antiguamente la autoridad de trabajo buscara otorgar al prestador de servicios la obtención de la mayor cantidad de beneficios supra legales, alegando para ello la simple repetición en el tiempo de las ventajas otorgadas por su empleador.

Tratemos de entender el origen de este criterio: estamos en un contexto de trabajo en el cual hay diferencias legales entre empleados y obreros, los beneficios no tienen igual cuantía, el despido es casi libre, no hay gratificaciones legales, no hay asignación familiar, no hay pago de utilidades como lo conocemos hoy. Bajo este esquema, el trabajador dependía en gran medida de los beneficios que le podía otorgar su empleador, siendo entonces razonable que la repetición de alguno de ellos (en el caso particular de los beneficios anuales) deba suponer luego la imposibilidad de su abandono o resolución. Pero este contexto ha cambiado: hoy existe mayor intervención estatal en la normativa laboral y, principalmente, más organizaciones sindicales.

4. Situación Práctica

La situación anterior ha generado en las últimas décadas, luego de la consolidación normativa realizada en los noventa (época conocida como de *flexibilidad laboral*²²) que en todo centro de trabajo donde, a falta de regulación expresa, se produzca la repetición de un beneficio, esto es, el segundo pago, se entienda que estemos ante una costumbre, confundiéndola muchas veces con una concesión unilateral o una práctica reiterada, la cual genera un derecho adquirido que puede ser defendido, como ya hemos indicado, con el principio de condición más beneficiosa.

Como es obvio, la costumbre no la encontraremos en los textos legales sino en la práctica y en la jurisprudencia. Así, veamos la forma en que nuestros jueces han trabajado el tema.

5. La Costumbre según Nuestra Jurisprudencia

5.1. El Tribunal Constitucional

Hace algunos años el Tribunal Constitucional (en adelante el “TC”) emitió en el expediente N° 47-2004-AI/TC su posición respecto al sistema de fuentes del derecho de nuestro país, entre las cuales menciona, como corresponde, a la costumbre. Por tal fuente del derecho se debe entender, según el TC, al “conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política²³”. Con ello pareciera que el TC acoge el criterio de respetar los anotados tres elementos para la existencia de la costumbre: (i) prácticas jurídicas espontáneas, (ii) uso generalizado y conciencia de obligatoriedad y (iii) que se dan en una comunidad política. Sin embargo, líneas

17 Op. cit., p. 45-46.

18 PALOMEQUE y ÁLVAREZ, op. cit., p. 680-683.

19 Inicialmente reguladas por la Ley 25129 (de diciembre de 1989) y posteriormente reformuladas por la Ley 27735 (2002).

20 La asignación por educación del trabajador (literal f del artículo 19 del texto único ordenado de la ley de compensación por tiempo de servicios, aprobado por D.S. 1-97-TR).

21 La bonificación por cumpleaños (literal g del artículo 19 del texto único ordenado de la ley de compensación por tiempo de servicios, aprobado por D.S. 1-97-TR.)

22 A fines del año 1991 se emitieron decenas de normas (decretos legislativos en su mayoría) que modificaron en gran parte la legislación laboral y que hasta ahora (con algunos cambios) se mantienen vigentes. Este conjunto de normas es la base del último proyecto de Ley General del Trabajo.

23 Considerandos 40 y 41 de la citada sentencia. La sentencia se puede revisar en el siguiente link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

después el máximo intérprete de la Constitución establece que los elementos que constituyen la costumbre son solamente dos:

- a) Elemento Material:
Hace referencia a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y la reiteración de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*).
- b) Elemento Espiritual:
Hace referencia a la existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*).

En este sentido, y yendo en contra de la doctrina española antes citada, el TC no considera al elemento que Marcial Rubio llama uso generalizado, por el cual se entiende que existen “sujetos involucrados en las conductas que se rigen por la costumbre jurídica, reiteran constantemente y en conjunto, las pautas de comportamiento que ella dicta”²⁴. En la doctrina comparada española se reconocería al elemento mencionado como el de “comunidad de referencia”²⁵, por lo cual se entiende que para que se configure la costumbre debe existir una “sociedad o aquella parte de la misma en la que nace la norma consuetudinaria y en la que la misma se ejercita y adquiere vigencia”²⁶. Todo lo mencionado nos llevaría a considerar que la definición que nos da el TC sobre la costumbre no es del todo completa porque olvida mencionar una premisa imprescindible, como ya se ha mencionado, que viene a ser el grupo humano en el cual tanto el elemento material como el elemento espiritual se configuran: en nuestra opinión no basta con mencionar que existe una conciencia social de la cual se podría intuir que hace referencia a que la obligatoriedad se refiere a más de una persona sino que para ser más específicos se debió tener en cuenta el elemento que mencionamos.

Luego, la costumbre como fuente del derecho no ha aparecido en alguna otra sentencia del TC a la cual hayamos tenido acceso y en la cual se hayan resuelto temas en materia laboral.

5.2. La Corte Suprema de Justicia de la República

Por otro lado, y siguiendo a Cortés y Pizarro²⁷, la Corte Suprema se habría referido a la costumbre en el ámbito laboral en su sentencia de fecha 9 de abril de 1970, emitida en el expediente N° 28-70, en la cual dicha decisión mencionó, según los citados autores, que “las asignaciones voluntarias dejan de tener ese carácter para convertirse en permanentes y obligatorias si son percibidas por más de dos años consecutivos”. Podemos ver que en esta sentencia se establecería como requisito el pago por más de dos años para la configuración de la costumbre en el ámbito laboral. Este parámetro se

presenta como una excepción en el derecho, tal como lo menciona Rubio²⁸, pues “no existe norma en nuestro sistema jurídico que permita dar un parámetro de antigüedad a una costumbre para considerar cumplido el requisito (de antigüedad), salvo en el derecho laboral, en el que se requieren dos años”. De esta manera la Corte Suprema habría establecido un criterio importantísimo respecto a la costumbre, el cual se mantiene hasta el día de hoy casi de manera automática. Es más ha sido ratificado por una reciente sentencia.

En efecto, la Corte Suprema ha intentado seguir las pautas ya establecidas por el TC sobre la costumbre, además del parámetro cuantitativo que ella misma estableció. Citamos a continuación tres ejemplos.

Un primer caso lo podemos revisar en la casación N° 2781-2009 LA LIBERTAD de fecha 7 de abril de 2010 y publicado en la separata de sentencias en casación del diario oficial “El Peruano” el 1 de agosto de 2011, en la cual se establece que la entrega general y continuada en el tiempo (enero de 1999 a marzo de 2006) mediante norma interna (Resolución Jefatural) a los trabajadores de una asignación diaria por racionamiento de veinte nuevos soles (y que inicialmente fue de cinco soles) constituye, siguiendo y citando la sentencia la definición antes indicada de Neves Mujica, una costumbre por lo que el empleador no puede “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”²⁹.

Así entendida, pareciera que la Corte permitiría la modificación o eliminación del beneficio otorgado unilateralmente por el empleador **siempre que** las partes lo acuerden o establezcan expresamente.

Un segundo caso a tomar en cuenta es la casación N° 3547- 2009 CALLAO de fecha 7 de julio de 2010 y publicada en la separata de sentencias en casación el 2 de setiembre de 2011. En este caso el demandante discutió con su empleador si el aumento de la jornada laboral reducida de seis horas en los meses de enero, febrero y marzo (meses de verano) existente desde 1994 hasta 1996 podía tener como fundamento solamente la decisión unilateral del empleador y con ello evitar el pago de una sobretasa remunerativa por dicho aumento. Para la Corte Superior la existencia de la jornada reducida no estaba basada en un pacto individual, convenio colectivo o una costumbre. Luego de confirmar la Corte que en este caso no existía un convenio colectivo o cualquier otra disposición escrita que regulara la jornada laboral reducida de seis horas que se venía dando en la época de verano referida, la Corte buscó verificar si su respeto surgía de los hechos y, por tanto, si estábamos ante una costumbre. Para realizar este análisis se cita la sentencia del TC antes indicada y se menciona lo siguiente:

24 RUBIO CORREA, Marcial, “El sistema jurídico: Introducción al Derecho”, 10ª Edición. Lima, PUCP, 2009, Fondo Editorial, p. 181.

25 FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Óscar, op. cit., p. 244.

26 Ibid

27 Op. cit., p. 152-153.

28 Op. cit., p. 183.

29 Duodécimo considerando de la sentencia.

“Décimo Quinto: No habiéndose acreditado la existencia de convenio colectivo, cabe analizar si existe costumbre, al respecto la Sala Superior hace una interpretación restrictiva sin tener en cuenta que al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC, en su fundamento 2.1.3.2, establece: “los elementos que constituyen la costumbre son (a) Elemento material (...) y (b) Elemento espiritual (...)”³⁰. *Décimo Sexto:* De igual modo, respecto de la costumbre laboral, la jurisprudencia reiteradamente ha señalado que el comportamiento repetitivo de dos años continuos constituye una costumbre, que inicialmente fue establecida para el pago de gratificaciones y que posteriormente ha sido extendida para otros beneficios. Aunado a ello la doctrina señala también: “La costumbre laboral se considera, para un importante sector de la doctrina, como una norma creada e impuesto por el uso social, que se observa con la convicción de su obligatoriedad”³¹. Asimismo, resulta conveniente remarcar que: “la costumbre es una práctica reiterada que genera, en la comunidad en la que se da, la convicción de que produce derechos y obligaciones para sus miembros. Se constituye, pues, de la combinación de un elemento objetivo: la repetición generalizada y continuada de una conducta determinada, y otro subjetivo: la creencia de que surgen en ella reglas obligatorias.”³² *Décimo Séptimo:* Dentro de este contexto doctrinario se concluye que la costumbre es un hecho normativo, en virtud del cual, en autos se ha acreditado que efectivamente la empresa demandada anterior al año 1996 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 19 de diciembre de 1994, 26 de marzo de 1995, 10 de enero de 1996, 8 de abril de 1996 y 11 de marzo de 1997. 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 la 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.”

Lo que notamos discutible en esta sentencia es la casi asimilación de existencia de costumbre a la simple reiteración de beneficios en el tiempo como se señala expresamente en el considerando décimo sexto. Ello puede ser peligroso pues de tres elementos pasamos a solo uno para la existencia de una fuente del derecho.

Esta posición cambia en otra sentencia, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 7 de abril de 2010. En este caso se busca verificar si el pago anual de gratificaciones extraordinarias (en este

caso entre 1996 y 1999) se ha convertido en conceptos remunerativos ordinarios y de otorgamiento voluntario. Para ello la Corte señala que “la periodicidad de la que alega el actor, debe ser respecto de un mismo concepto, por cuando, de tratarse de conceptos distintos o de distinta naturaleza y origen, independientemente de la denominación que se le otorgue, no existirá tal periodicidad, pues en dicho caso se entenderá que cada concepto fue otorgado en forma independiente”³³.

Así, el hecho que el empleador haya otorgado al trabajador gratificaciones extraordinarias bajo distintas denominaciones y cuantías en abril de 1996, abril de 1997, marzo de 1998, marzo de 1999, marzo de 2000, febrero de 2001, febrero de 2002, marzo de 2003 y marzo de 2004, supone para la Corte que ellas “obedecen a conceptos distintos, por cuya razón sus montos varían sustancialmente, por tanto no pueden ser considerados como conceptos remunerativos por haber sido otorgados periódicamente”³⁴.

En consecuencia, hay casos en los que la Corte acepta la costumbre por la simple repetición del beneficio pero hay otros en los que no lo acepta, centrándose en la denominación o cuantía del mismo.

6. Problemas de la Costumbre tal como se Entiende en el Perú

6.1. Jerarquía: “Transformación” de la Costumbre (Incorporación)

¿Qué ocurre si la costumbre es incorporada a una norma? Por ejemplo, imaginemos que en una empresa existe la práctica de llegar hasta 10 minutos tarde (la conocida tolerancia) respecto del horario de trabajo establecido en el reglamento interno así como en los contratos de trabajo. Para consolidar este beneficio el sindicato logra pactar con el empleador el reconocimiento de la tolerancia en un convenio colectivo. ¿Con ello esta costumbre asume protección constitucional? ¿Su jerarquía se eleva y prevalece sobre lo indicado en el reglamento interno y los contratos de trabajo, todos ubicados en el nivel terciario?

Como definen a la costumbre como una norma subsidiaria, de último grado, Palomeque y Álvarez³⁵ señalan que si ella es recogida en un precepto legislativo su eficacia normativa será la de la fuente que lo recibe, siendo así una norma legal o convencional o parte de un contrato. En cambio, cuando es convocada de manera genérica como norma subsidiaria, no hay recepción o remisión legal y por tanto la costumbre mantiene su último grado.

Distinta opinión tiene Neves, quien no encuentra razón para que la remisión de una norma a otra deba transmitir el rango de la primera a la segunda³⁶. Boza coincide con esta opinión³⁷.

30 Los copiados anteriormente en el presente artículo y que, para evitar su innecesaria reiteración no los incluimos en la presente cita.

31 Esta y la siguiente cita son las incluidas en la casación: Sistema de producción y principios formativos del derecho del trabajo, perspectiva crítica frente a la modernidad y a la economía global. Héctor Santos Azuela, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/96/art/art9.htm>

32 Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, Fondo Editorial PUCP, Lima 2009. Pág. 86.

33 Undécimo considerando de la sentencia.

34 Décimo tercer considerando.

35 Op. cit., p. 167.

36 NEVES MUJICA, Javier, op. cit., p. 80.

37 BOZA PRO, Guillermo, op. cit., p. 134.

Este tema tiene mucha importancia para la modificación o supresión de una costumbre. Nosotros somos de la opinión que, apenas una costumbre es incorporada a otra norma, dicha costumbre desaparece, se transforma y forma parte de la norma que la acoge. Por tanto, posee la jerarquía de la norma y sigue su suerte (ley, convenio colectivo, reglamento interno, etc.) para bien o para mal.

Pensar que ante cualquier variación peyorativa la costumbre pueda reaparecer supondría dejar de lado la voluntad de las partes o entender que siempre estaremos ante casos de complementariedad o suplementariedad. Eso sí, la incorporación o absorción de la costumbre debería ser lo más expresa posible para así evitar la generación de dudas. Con ello, además, se estaría tocando el elemento objetivo de la costumbre, la misma que por definición supone un hecho antes que un acto normativo.

“(…) apenas una costumbre es incorporada a otra norma, dicha costumbre desaparece, se transforma y forma parte de la norma que la acoge.”

6.2. Periodicidad: ¿Más de Dos o más de Uno?

En Perú se ha considerado como número mágico para la costumbre el 2³⁸. Así, hay decisiones que consideran que al segundo pago ya se generó la costumbre y otras establecen que dichos pagos deben ser “más de dos”, esto es el tercer pago crearía la costumbre. Muchos empleadores dudan 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.

Entendemos que todo criterio cuantitativo es discrecional³⁹ por lo que no podemos señalar si mejor serían 4 años para beneficios anuales y 16 para beneficios mensuales. En todo caso la casación N° 3547- 2009 CALLAO ha señalado que son dos años (más de uno) los que generan la costumbre. Así que estamos advertidos.

6.3. Eliminación: ¿Cabe el Pacto en Contrario?

En este caso podemos comentar dos supuestos: el pacto para eliminar una costumbre y el pacto para evitar crear una costumbre.

Siguiendo el ejemplo de la tolerancia respecto del horario de trabajo establecido en una empresa. ¿Cómo poder eliminarlo o cómo hacer respetar las normas? Si la costumbre es un hecho jurídico y su jerarquía es la última, entonces bastaría en teoría que exista una norma de mayor jerarquía para inaplicar la costumbre. Pero no siempre ello es así.

Lo recomendable es que, ante un hecho jurídico, las partes que poseen la conciencia de obligatoriedad sobre la misma acuerden la suerte de la costumbre, para incrementarla (raro, pues normalmente las mejoras son unilaterales), reducirla o eliminarla. La publicidad de la norma es una virtud que podría ayudar a definir, respecto de la costumbre, la verdadera situación existente en cada entidad empleadora.

Lo mismo aplicaría para evitar la generación de una costumbre. Si uno de sus elementos es la conciencia de obligatoriedad, la entrega de un beneficio que las mismas partes han calificado que no generará costumbre luego no podría crear lo que expresamente se ha buscado evitar. Y creemos que alegar que este pacto es nulo o supone una irrenunciabilidad de derechos supondría negar toda posibilidad al trabajador (o al sindicato) de poder celebrar actos jurídicos, tratándolo casi como un sujeto incapaz. No negamos que muchas veces el trabajador no firma de manera voluntaria, pero debe existir cierta verosimilitud a los documentos que suscribe, caso contrario ninguna renuncia podría ser válida. El Juez (o el inspector de trabajo) deberían tener la última palabra en este tema.

6.4. Prueba: ¿Se Presume el Elemento Subjetivo?

Finalmente, debería evitarse reducir a la costumbre como fuente de derecho a la mera repetición de un hecho. Son tres (o dos) los elementos que la constituyen y ello no puede simplificarse por una ligera concepción del derecho del trabajo. Tampoco podría confundirse con un derecho adquirido como se anotó líneas atrás. Recordemos que estamos ante una norma y que, por tanto, debe cumplir ciertos requisitos. La última casación comentada pareciera ir en ese sentido.

7. Hacia un Rescate del Concepto

Esperamos que la jurisprudencia pueda delimitar el alcance de la costumbre y no lo simplifique a una repetición de pago de beneficios, como ha venido ocurriendo. Asimismo, debería existir una clara diferenciación de la costumbre como fuente y del derecho adquirido por algún trabajador o por un grupo de trabajadores que, por no ser general o abstracto, no llega a ser una costumbre sino solamente una práctica reiterada o un uso empresarial, el cual solamente podría ser defendido con la aplicación, ya indicada, del principio laboral de la condición más beneficiosa, la misma que –según lo acepta la doctrina nacional, solamente se aplica para defender beneficios obtenidos por fuentes no normativas, esto es, el contrato de trabajo o los actos unilaterales del empleador.

Con por lo menos este par de precisiones se podría incrementar la posibilidad de que el empleador pueda otorgar beneficios a sus trabajadores sin el miedo a que no pueda retroceder en su decisión o de verse obligado. Resultará importante en esta medida la validez que pueda darse a los acuerdos individuales o colectivos que regulen una costumbre .

38 Otros números mágicos para el derecho laboral peruano son el “4” para el número de horas diarias laboradas (determina quienes tienen derecho o no a la estabilidad laboral, la compensación por tiempo de servicios y el descanso anual de 30 días) y el “20” referido a la cantidad de trabajadores (determina los empleadores obligados a tener un comité de seguridad y salud, si deben pagar o no la participación en las utilidades y si los trabajadores pueden constituir un sindicato de empresa).

39 ¿Por qué 2, 4 ó 20? ¿Por qué no 5, 13 y 32? Las normas de derecho del trabajo tienen muchas veces consideraciones sin sustento objetivo. Por ejemplo, las tasas que definen el porcentaje a ser repartido en la participación en las utilidades: 5, 8 y 10%. ¿No pudo ser 1, 2 y 3?