

# Algunos Aspectos Relevantes de la Nueva Ley Procesal Laboral y Temas de Actualidad

## Entrevista al Dr. Luis Manuel Vinatea Recoba\*

Mayté Pamela Chumberiza Tupac Yupanqui  
Lucía Alejandra Guzmán Estrada\*\*

### Resumen:

La presente entrevista busca hacer un recuento de algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y su aporte en la resolución de conflictos del ámbito laboral. Además, el entrevistado expresa su opinión respecto a dos temas de actualidad: el precedente vinculante Huatuco Huatuco y los logros de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), a puertas de un año de su entrada en funcionamiento.

### Palabras clave:

Ley Procesal del Trabajo – Precedente vinculante – Precedente Huatuco Huatuco – Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) – Relación laboral

### Abstract:

The present interview makes a recount of some relevant aspects about the New Labour Procedural Law and his main contribution on resolution of labor conflicts. Also, gives the interviewed opinion about two relevant current events: the binding precedent Huatuco and the accomplishments of SUNAFIL, about one year of its lifespan.

### Keywords:

Labor Procedural Law – Binding precedent – Huatuco Huatuco precedent – SUNAFIL – Labor relationship

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con un MBA por la Universidad de Piura. Egresado del Programa de Alta Dirección de la Universidad de Piura (PAD). Socio de Miranda & Amado desde el año 2003. Su práctica está enfocada en el Derecho Laboral, Prevención y Solución de Conflictos, Derecho Administrativo, Servicios Públicos, Gas y Telecomunicaciones.

\*\* Alumnas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembros de la Comisión de Publicaciones de Derecho & Sociedad. Agradecemos el apoyo de Kenia Ingrid Medina Valenzuela en la elaboración de la presente entrevista.

## DERECHO PROCESAL LABORAL

### 1. Balances y perspectivas de la “Nueva Ley Procesal del Trabajo” a más de 5 años de su entrada en vigencia (15 de julio de 2010).

El balance es positivo. Lo es porque el hecho de que introduzcas una reforma, como la contenida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, ya es en sí misma un logro. Esto implica un cambio de visión, una manera distinta de hacer las cosas. Eso no es fácil ya que tienes todo un sistema de justicia que fue formado con una visión bastante distinta, que es la visión del proceso escrito. El que cuentas con un nuevo sistema que está basado en la idea de transmitir en argumento por escrito generaba una serie de problemas de estructura en la misma formación del proceso que este nuevo modelo rompe de manera radical, obligando a los abogados y a los jueces a mirarlo desde otra perspectiva. Pondré un ejemplo. Un proceso judicial escrito se basa en un sistema de actos de comunicación que supone que una parte escriba algo, el juez lo evalúe, lo notifique a la otra parte, la otra parte responda también por escrito, el juez lo evalúe y resuelva y también responda por escrito. Todo ello implica que cada acto procesal no solamente tome mucho tiempo, sino que todo el proceso resolutorio y de comunicación consuma mucho tiempo, lo que termina convirtiéndose en un problema y en una característica sustancial de este tipo de proceso. Resultado: un proceso toma cinco años y no necesariamente porque el Poder Judicial sea lento, sino porque el proceso mismo se encuentra estructurado de una manera tal que se llega a eso. Detrás de esto entonces hay una serie de incentivos para que se formen colas. Si desde un punto de vista de la Ingeniería Industrial se hiciera un análisis de colas, lo que se concluiría es que como el proceso tienen una cierta estructura, esta permitirá que se inicien infinitos procesos y todos se vayan retardando. La estructura del proceso oral de la “Nueva Ley Procesal del Trabajo” es totalmente opuesta. No se trata de un proceso en el que “el proceso va a las partes”, sino que “las partes van al proceso”. Como están ya involucradas en él, todos los actos de comunicación son hechos de manera directa o, excepcionalmente, por medios digitales. Eso ya es un cambio estructural muy grande, que hace que el Juez cuente con una herramienta muy potente que tiene que explotar. Esa es probablemente la nueva etapa que viene. Habiéndose ya instaurado desde hace 5 años esta nueva estructura del proceso, lo que toca ahora es hacer un uso económico, racional, razonable y sobre todo muy efectivo del proceso. Eso pone un reto a los jueces que es el de la gestión, y a los abogados el de aprender a usar esos procesos. Otro ejemplo: en un conflicto laboral, el incumplimiento de un empleador afecta a muchas

personas porque los actos de dirección en una empresa se encuentran estructurados de esta manera: un jefe dando disposiciones y decidiendo respecto de muchos trabajadores. Ello lleva a que una mala decisión o un incumplimiento afecte a muchos trabajadores. Esos trabajadores podrían plantear un solo reclamo; sin embargo, tienden a hacerlo de manera individual. La ley sí permite hacerlo de manera concentrada, pero los abogados optan por hacerlo de una manera individualizada. Ello probablemente por razones económicas. Entonces se presentan dos problemas. Por un lado, hay una necesidad de que se gestione mejor; y por otro lado, que los abogados traten de sacarle partido a aquello que dice en la norma. En términos generales yo te diría que el balance es favorable porque, más allá de que uno pueda advertir la existencia de gran carga procesal, lo concreto es que en términos de aplicación, los procesos son más cortos y los procesos de decisión son muchísimo más concentrados. Es decir, en un proceso escrito llegar a la decisión toma años; en un proceso oral llegar a la decisión toma horas, más allá de que el proceso en su conjunto dure mucho. Esa es una diferencia que a veces uno no puede advertir porque se pierde en el hecho de la excesiva carga judicial. Me explico, en un proceso oral el proceso de toma de decisión es un proceso que viene antecedido de algo que es fundamental: 1) el planteamiento de todas las argumentaciones y 2) el desarrollo de toda la actividad probatoria para convencer de la ocurrencia o no de un hecho ocurren en una sola audiencia. Luego de eso corresponde aplicar los mandatos de una norma jurídica para decidir o sea, sentencia. Todo el tiempo que normalmente toma un proceso judicial de conocimiento y decisión ocurre en un solo acto. Entonces puede que en la práctica, como ocurre en algunos juzgados fuera de Lima en donde hay muchísima carga y por tanto las audiencias las programan para dentro de un año, el proceso tome mucho tiempo, pero incluso esos procesos van a estar sujetos a un proceso de conocimiento y de toma de decisión en un solo acto, porque esos casos se resolverán en una sola audiencia.

### 2. ¿Podríamos destacar alguna experiencia de implementación de la “Nueva Ley Procesal del Trabajo”?

Yo no te diría que en un sitio se ha implementado mejor que en otro. Yo he tenido la suerte de defender casos en distintos lugares y lo que creo es que se han producido procesos de implementación diferentes, sujetos a las condiciones de cada uno de esos distritos judiciales. Por ejemplo, hay distritos en donde la carga procesal es muy poca y donde, por tanto, el tiempo dedicado a los procesos ha sido mayor y el proceso de adaptación muy sencillo. En cambio, hay lugares donde la carga

es mucho más grande y compleja y, por lo tanto, el nivel de adaptación ha sido más complicado. En segundo lugar, hay distritos judiciales donde los jueces han mostrado más disposición para capacitarse y conocer de este proceso. Diría que hasta más entusiasmo. Esto influye notablemente en el manejo del proceso, porque buena parte de lo que ocurre en el proceso depende de la habilidad que tenga el juez para procesar lo que está ocurriendo en una misma audiencia y de la habilidad que tengan los abogados para forzar el uso de las herramientas que saben que el juez tiene. Entonces me es muy difícil hacer un balance de cuál es mejor que otro. He visto casos que me han dejado sorprendido, por lo grato, y otros en los que creo que no se ha estado está sacando todo el provecho a esta Nueva Ley.

Al final, yo creo que lo que sí tiene de bueno esta ley es que revaloriza el carácter instrumental del proceso. Mucha gente ha salido a decir que el carácter instrumental es malo porque el proceso no es un instrumento. Yo creo que sí es un instrumento y sirve para algo. La utilidad de este instrumento hace que el mismo tenga valor o no. Si tú usas un instrumento solo por el hecho de usarlo no va a tener ningún atractivo, y probablemente tu juicio este inclinado hacia lo crítico. Pero cuando ese instrumento lo usas para algo relevante, el instrumento como objeto de estudio se vuelve hasta algo fascinante. Si algo tiene de bueno esta norma es el darle un valor especial al proceso y potenciar su carácter instrumental.

### **3. ¿Cuáles cree que deberían ser los aspectos a potenciarse en el proceso de implementación de la “Nueva Ley Procesal del Trabajo”?**

Yo soy de los que cree que todas las normas son perfectibles. Se puede producir muchos cambios normativos, pero esas acciones no cambiarán el proceso. En sistemas jurídicos como el nuestro siempre se ha creído que los cambios sociales se hacen a través de leyes. Los cambios sociales se hacen a través de las personas, a través de actitudes. El proceso no escapa a eso. El proceso judicial no va a ser mejor porque una regla te explique qué cosa hay que hacer con las cuestiones probatorias de manera más claras. No se necesita algo como eso para mejorarlo. Honestamente, yo creo que cuando una norma procedimental tiene menos regulaciones y más espacios para que los jueces, guiados simplemente por un principio de debido proceso y de equilibrio, den la solución a los problemas que se le presente, es más eficaz. Creo que con eso basta. El gran problema de una norma procesal no está en la ausencia de regulaciones, sino más bien en lo que se hace (o puede hacer) con esa norma en el contexto en el cual se tiene

que aplicar. Este contexto es el gran problema para mí. Primero, porque la reforma procesal peruana ha sido una reforma muy austera. No puede ser que un país como el nuestro, que tienen un sistema laboral tan complejo, invierta la quinta parte de lo que invirtió Chile y lo digo no porque se trate de Chile, sino porque los problemas de laborales de Chile son menos complejos que los del Perú: Chile me parece que tiene un sistema de relaciones mucho más sencillo que el nuestro y no tiene el nivel de conflictividad que tenemos. Sin embargo, el Perú tiene menos juzgados y menos equipados. Hay historias que son terribles pero a la vez entrañables. Jueces que con su propio dinero se han ido a capacitar solos a Arica, por ejemplo. Hay que aplaudirlos, por supuesto, pero también hay que llamar la atención del Estado, pues era este el que debió haber costado esa capacitación. Es muy importante que los jueces este capacitados. Nuevamente, vuelvo al carácter instrumental del proceso. Si tú tienes un instrumento y no tienes todas las competencias para usarlo, no vas sacarle el máximo provecho. Entonces el instrumento no va a mostrar todo su potencial, y lo que tenemos es que no lo está mostrando justamente porque no se ha destinado recursos para tener juzgados y tecnologías suficientes. Y lo más grave es que no se han destinado recursos para capacitar a los jueces. Pero eso no es todo. Además, los abogados tampoco hemos hecho mucho para capacitarnos. El resultado de la estadística es malísimo. Incluso abogados que merecen el más absoluto respeto y que son muy competentes, no se han capacitado en el manejo del nuevo proceso. Todo eso, trae muchas complicaciones a la hora de hacer un balance.

### **4. Existe un sonado debate respecto a las nuevas cargas probatorias que habría recogido la “Nueva Ley Procesal del Trabajo”. ¿Cree usted que la técnica legislativa adoptada responde a algún objetivo en particular? ¿Considera adecuada la opción legislativa?**

Yo creo que hay dos ideas centrales que están detrás de la regulación probatoria. La primera es un tanto tradicional que es guiarse por el *Principio del Onus Probandi*, “quien afirma algo debe probarlo”. Eso está recogido históricamente en la legislación procesal laboral peruana. La inversión de la carga de la prueba es un efecto de la fijación de ciertas cosas, como por ejemplo las presunciones legales relativas, pero estas no hacen desaparecer el *Principio del Onus Probandi*. Si voy al proceso diciendo A, quien tiene que probarlo soy yo. Si alguien va al proceso diciendo que la norma B se ha incumplido y yo estaba obligado a cumplir esa norma, entonces yo tengo que demostrar que esa norma sí se cumplió. Dicho esto, que es

el tema del *Onus probandi*, que no se pierde por la existencia de normas que fijan obligaciones o presunciones relativas, pasemos al segundo tema. Este segundo tema tiene que ver con la gran dificultad o imposibilidad para probar aquello que viene impuesto por el *Onus Probandi*. Ese es el caso del trabajador que tiene que probar la relación de trabajo, o el trabajador que tiene que probar el acto hostil, o el trabajador que tiene que probar el hecho discriminatorio que lo afecta, por ejemplo, un despido discriminatorio. Para todos esos casos lo que se ha recogido en la NLPT es el principio de facilitación probatoria, que no busca otra cosa que aligerarle la carga probatoria al trabajador, no eliminársela. ¿Cómo se aligera? Nuevamente, a través de dos mecanismos: 1) las presunciones legales relativas y 2) las presunciones judiciales. Por ejemplo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo trae una presunción legal relativa que es la presunción de que existe una relación laboral cuando hay prueba de la prestación de servicios ¿Por qué? Porque se ha demostrado que cuando en una relación de trabajo no hay ningún documento, no hay nada, digamos es una relación informal, la gran dificultad es probar la relación laboral, pero tienes que probar por lo menos que hubo prestación de servicios. Si la demuestras se concluirá que hay un relación de trabajo, salvo se demuestre lo contrario. En un país como el nuestro, donde los niveles de informalidad alcanzan casi un 65%, eso forma parte de una política de Estado. Si se vive en un país donde 65% de las relaciones son informales, tienes que pensar que existirá una dificultad probatoria muy alta. Ante esta situación, ¿qué haces? Bueno regulo, y regulo con esta facilitación, que no está eximiendo de prueba. Es decir, no plantea una excepción al *Onus Probandi*, sino solamente una relativización de esta porque tienes que probar otras cosas. Tienes que probar que prestas servicios. Una vez que lo probaste, la otra parte tiene que probar que esos servicios no eran de carácter laboral, cosa que técnicamente debería ser sencilla para quien tiene el monopolio de las cuestiones formales vinculadas a esa relación. Si yo realmente contraté a un locador de servicios, y éste prestó servicios autónomos, y él afirma que por esta prestación de servicios su contrato es de carácter laboral, yo debería estar en una posición relativamente sencilla de prueba para demostrar que eso no fue así, salvo que haya fraude. Entonces, la política normativa va a coincidir con la facilitación, beneficiando a quién tiene que beneficiar, en este caso el trabajador. El otro supuesto extremo que es difícil de probar es el de los hechos discriminatorios o las conductas hostiles, que se solucionan con una regla que ya viene siendo aplicada desde el año 91 –me parece– que es el de la prueba del despido discriminatorio a través de las presunciones judiciales, que también es relativamente sencillo

y está recogido en el Código Procesal Civil. El hecho de que no se use de manera frecuente en el proceso civil no quiere decir que no haya tenido una acogida plena en el mundo laboral. Ya desde el año 94 aproximadamente la jurisprudencia laboral ha ido familiarizándose con el recurso y la tesis de la presunción y ha ido construyendo cierta metodología que le ha permitido utilizarla como un principio de facilitación probatoria. De manera que la ley Procesal del Trabajo lo que hace es recoger este supuesto. Esto no es una novedad.

La tercera cuestión, es que en la NLPT quien tiene que probar el estado de la relación de trabajo a propósito de la ruptura del vínculo laboral es el empleador. Esta sí es una novedad. La explicación es que quien está en mejor posición de demostrarla es el empleador, porque hay una especie de principio que es de orden práctico (no jurídico) y que es algo muy cierto: no hay cosa más complicada de demostrar para un trabajador que el despido negado por su empleador. Los abogados que hemos tenido mucha experiencia en el litigio lo sabemos. ¿Qué pasa si es que un trabajador quiere demostrar su despido y no tiene como constatarlo? Si no tiene como constatarlo está en un supuesto muy serio, porque la ruptura del vínculo laboral puede activar ciertos derechos sustantivos que dependen de eso justamente, por ejemplo la indemnización, o una reparación por actos discriminatorios, o la reposición misma. Entonces, el presupuesto para que todas estas cosas ocurran es que te hayan despedido, y si no puedes demostrarlo estás en problemas. La ley plantea, por eso, un supuesto que es un poco más ventajoso, regido por este principio de facilitación. Dentro de eso pueden haber algunas otras dificultades, que me parece van más por el lado de la posición que tienen las personas que están involucradas en un proceso judicial, y que inevitablemente cargan con el origen que tienen en su posición dentro de la relación de trabajo. Para ponerlo en términos simples, en una relación de trabajo hay una parte fuerte y una débil, y esa misma relación con esas mismas características también se traslada al proceso, y por eso es que hay facilitación y por eso es que hay garantías dirigidas a equilibrar las desigualdades en el proceso, pero el que ellas existan, no implica que el proceso asuma un sentido protector. El proceso no es un instrumento de protección laboral, sino un instrumento de provisión de tutela judicial efectiva, que es distinto. Entonces, de lo único que se tiene que preocupar un proceso judicial y el Juez en particular, es de proveerle a las partes instrumentos, armas, que les permitan discutir cosas en igualdad de posibilidades; eso es lo que tiene que hacer el Juez en el proceso, porque su fin último es proveer tutela judicial efectiva, no proteger. Esto último le corresponde

a la legislación sustantiva, que teóricamente es protectora. Pero eso ya es otro debate.

**5. ¿Qué opinión le merece el “Test de disponibilidad” que se aplicará al momento de la decisión sobre derechos indisponibles, el cual no era contemplado en la Ley 26636?**

Me parece que eso está bien. Yo, en lo personal, tengo mis reservas respecto del principio de irrenunciabilidad, que creo que trae muchos problemas y uno de ellos está justamente en el proceso laboral, porque el principio de irrenunciabilidad lo que te impide es disponer de derechos y la limitación a la disposición de derechos hace que tú tengas que verte forzado a tener que resolver sobre ellos. Eso, en términos de política jurisdiccional (me refiero a gestión) trae como consecuencia el contar con una enorme cantidad de procesos judiciales que podrías haber dejado de lado, porque hay muchos supuestos en los cuales las partes podrían llegar a un acuerdo, pero aquí existe la tradición de que como los derechos son irrenunciables entonces se tiende a no facilitar o llegar a un acuerdo. Incluso te diría que ya no es solamente una tradición, sino hasta una medida de precaución. La mayoría de abogados le dicen a sus clientes que no concilien; además el propio Estado tampoco autoriza las conciliaciones, por motivos presupuestales y por prescripciones que muchas veces son absurdas. Como resultado, a pesar de que la norma ha promovido de manera importante las conciliaciones y ha logrado cosas muy relevantes, el índice de conciliaciones es muy bajo. No llega al 10% en algunos lugares. Recuerdo que cuando entró en vigencia la ley, el índice llegó inclusive al 45% en Trujillo; hoy ha bajado y eso es producto de la carga, pero ciertamente hay mayor posibilidad de negociación respecto de lo que ocurría con la Ley 26636.

Yo creo que eso está ocurriendo porque la intermediación, el involucramiento que tiene el juez con el caso, lo lleva a mirar a la cara a las partes y proponerles que arreglen el asunto, pero solamente por eso. Pero sigue existiendo el principio de irrenunciabilidad como tal, que obliga a aplicar este test. Ahora, este test está planteado en la ley de una manera complicada, porque pareciera sugerir que nada va a ser disponible: uno lee y piensa ‘si aplico este test, no voy a llegar a ninguna conciliación’. Pero se deja de lado en ese análisis el hecho de que todo parte de la titularidad de los derechos. Entonces, si toda discusión jurídica se lleva a cabo a propósito de un derecho cuya titularidad está fuera de discusión, el test se convierte en una especie de prueba ácida. Por ejemplo, si tú eres un trabajador que está en planilla y has trabajado el tiempo de servicio correspondiente y, por lo tanto, te debería

corresponder el pago de una gratificación, el que no te la hayan pagado lleva prácticamente a que sea imposible un acuerdo conciliatorio de reducción, porque es evidente que te corresponde y cualquier cosa que implique recibir menos de eso ya es un acto de renuncia y no aprobarías el test. Entonces uno se pregunta, si eso es así, entonces para qué sirve el test. Sirve para esos casos en donde hay un derecho cuya titularidad está en discusión.

Me explico. Hay otro conjunto de situaciones que se discuten en el proceso y que son dicho sea de paso la gran mayoría, que tienen que ver con derechos cuya titularidad está precisamente en discusión. Ejemplos hay muchísimos: la demandante dice que una trabajadora subordinada y la otra parte dice que no lo es; en ese caso el rango de posibilidades de conciliación va de cero a infinito, porque si un juez concluyera que no hubo relación de trabajo nada le corresponderá a la demandante, pero si se concluyera que sí había relación laboral, se le dará lo que le corresponde en función de tu pretensión. Entonces, dado que existe un rango que va de cero a infinito, es posible arribar a un acuerdo que esté por encima de cero, porque el peor escenario para la demandante es que obtenga nada. ¿Eso funciona así de automático? No, porque en un proceso el juez puede escudriñar y darse cuenta que si bien se está discutiendo la relación de trabajo, pero todo indica que ahí hay visos de constituirse una relación de trabajo, probablemente el juez –previendo la aplicación futura de algunos sucedáneos probatorios—determine que hay elementos suficientes como para promover una conciliación por un monto similar, digamos, al 50% de la suma demandada. Las partes harán un análisis de costo beneficio y concluirán que ese cincuenta por ciento es razonable. . Y si uno se puede a pensar respecto de casos como este, se caerá en la cuenta que buena parte de las discusiones jurídicas tienen que ver con eso: los casos de hostilidad, los casos de despido, los casos de determinación de la duración del trabajo, los casos de horas extra, son discusiones en los que la titularidad del derecho está en discusión. Uno se va dando cuenta que en realidad los casos indiscutibles son pocos. Lo que pasa es que, ante una comprobación como esa, me parece que la cláusula de cierre de todo el sistema es justamente el test, para todas esas situaciones donde sí hay un derecho que es irrenunciable, y para el resto tienes un margen de actuación el que el propio juez puede aplicar, porque los límites que hay para el test de indisponibilidad son dos: el límite material mismo, impuesto por la misma normativa; y el otro es propio juez. No desdeñemos la posición del juez, que tiene sentido común, tiene conocimiento, y conoce lo que es capaz de hacer un empleador y también lo que es capaz de hacer un trabajador.

Por eso, en lo personal, respecto del test, bien que esté ahí; pero para mí el principal el test es el juez, y el sistema está pensado para eso. Por la forma en que está redactado el artículo uno no se da cuenta de esto, pero los abogados que litigan casos laborales sí saben que es así.

## ACTUALIDAD

### 1. El 01 de Junio del 2015 el Tribunal Constitucional publicó en su portal electrónico la sentencia del caso Rosalía Huatuco (Exp. 05057-2013-PA/TC) calificándola como precedente vinculante. En su opinión, ¿este precedente constituye un avance o un retroceso en el reconocimiento de derechos constitucionales a los trabajadores del sector público?

Es un tema bien discutible por varias razones. La primera es que el caso Huatuco es un caso en donde se analiza una relación de trabajo temporal que se desnaturalizó, con la particularidad de que el empleador era el Estado, en una relación que teóricamente debió haber sido de tipo administrativo. Entonces, el problema que tuvo que dilucidar el Tribunal Constitucional fue uno en el cual el contrato desnaturalizado que tiene normalmente una consecuencia de indefinición y ante la eventualidad del cese genera un derecho de reposición, termina siendo analizado desde una perspectiva distinta disponiéndose ya no la reposición, sino solamente el pago de una indemnización, que al final y para sorpresa de cualquiera que lee la sentencia, terminan no dándosela a la demandante. Esto último ratifica algo que estoy viendo en el Tribunal, que es que resuelve casos con carácter general que teóricamente deberían beneficiar a quien los genera, pero que en realidad no terminan beneficiándolo.

Lo segundo es que el caso Huatuco pone sobre el tapete un problema común, que el Estado, cuando debió haber contratado de una manera determinada, termina haciéndolo de otra, debiendo sufrir las consecuencias de esa contratación. Es decir, la persona que contrató inadecuadamente, no solo afectó al contratado (el trabajador) sino que también afectó al Estado. Entonces, lo que se plantea en el caso el Tribunal –con muchas cuestiones discutibles– es si el perjuicio que ha sufrido el trabajador debe ser reparado con su reposición y el Estado asumir esa consecuencia o si ese perjuicio debe ser reparado con el pago de una indemnización. El Tribunal optó por lo segundo y a mí esa decisión no me parece incorrecta como concepto, pero sí me parece incorrecto el *modus operandi* del Tribunal, porque establece esto, en primer lugar, con carácter

general sin tomar en cuenta la situación particular de la persona (porque no le da la indemnización), pero además creando un precedente vinculante que no tiene precedente o antecedente que lo sustente. Me refiero a que todas las decisiones que en forma anterior había tomado el Tribunal respecto a situaciones como esta, apuntaban a una reposición, pero de pronto cambia y aplica esta regla, y lo convierte en precedente vinculante. A mí me parece que todo precedente, sobre todo si va a ser vinculante, debería estar soportado por una doctrina jurisprudencial que en este caso me parece que no existió.

Recuerdo, a propósito de esto, que cuando se estaba haciendo la discusión de la reforma de la casación y se trató el tema del precedente vinculante y la doctrina jurisprudencial, se puso sobre la mesa la pregunta de cómo se construye precedentes vinculantes. La respuesta fue una sola: mirando hacia atrás y viendo lo que se había ido resolviendo. Aquí se ha hecho exactamente lo contrario.

Respecto a la pregunta de si se han disminuido los derechos, debo señalar que particularmente yo no creo que el Estado este imposibilitado de darle una solución como la que se ha dado a esta cuestión. Yo pienso que nunca debieron darles reposición, porque las técnicas de solución que se utilizan en el sector privado no son similares a las del sector público, porque el tipo de relación –a pesar de tener notas laborales– también las tiene de carácter administrativo, y eso le pone un matiz que no tiene el sector privado. Y por ahí también se está cuestionando la decisión en el sentido de que los empresarios privados pueden decir que se les está tratando de manera diferenciada. Yo creo que eso no cabe porque se trata de situaciones distintas, de origen diferente: una relación en la que participa el Estado y otra de carácter estrictamente privado.

### 2. Ad portas de cumplirse un año desde la entrada en funcionamiento de la SUNAFIL, ¿Cuál cree que ha sido el principal logro de esta entidad desde su puesta en funcionamiento? ¿Qué retos le espera?

Se tiene varios retos. Puedo reconocer como algo favorable que se ha creado una institución que ha logrado dos cosas. Lo primero es que se ha logrado contar con una estructura centralizada. Esto, en un contexto donde se quiere mucha descentralización, puede resultar cuestionable. Sin embargo, cuando uno habla de creación de políticas y establecimiento de criterios, la centralización es muy buena. Esa es una de las razones por la cual en la jurisdicción existe el Principio Unidad. Aquí pasa exactamente lo

mismo, el tratamiento desde una perspectiva de fiscalización o de verificación del cumplimiento de la normativa socio laboral (como la proclama la ley) demanda eso, un tratamiento unitario, y creo que la estructura que tiene la SUNAFIL favorece eso. Antes no era así, antes las inspecciones dependían de los gobiernos regionales, y por lo tanto eso generaba mucha diversidad, y no hay nada más complicado en un sistema jurídico que el que la ley se termine aplicando de manera diferenciada, pues eso afecta la seguridad jurídica. Segundo, creo que se ha logrado una cosa importante, que es el hacer transparente las políticas y los criterios que sigue la administración del trabajo para inspeccionar y para aplicar las normas. Antes no se conocía nada de esto, pero ahora sí, y el hecho de que se conozcan hace que se vuelva más predecible el sistema, lo que le hace bien a la sociedad.

¿Qué retos tiene? Creo que el principal es el de la autonomía. Si algo ha demostrado la SUNAFIL, desde que se fundó hasta la fecha, es que no es autónoma. Tanto es así que no ha logrado constituir el Tribunal de Resolución de Controversias derivada de las fiscalizaciones. También puede haber algunos problemas ya de aplicación en los procedimientos mismos de inspección, pero la verdad es que eso puede ser algo hasta anecdótico. Sin embargo, volviendo a la primera idea, la autonomía es la clave, porque cuando tú tienes una institución fiscalizadora

y esta intenta ser autónoma pero no termina siéndolo, lo que se vive es una captura o toma del fiscalizador. Por ejemplo, en el ámbito regulatorio, uno de los riegos es la toma del regulador, que lo que implica es convertir al regulador en un ente no autónomo, y cuando deja de ser autónomo se vuelve un problema, porque ya no regula, sino interviene. Acá podría pasar lo mismo. Me parece que detrás de todo esto está el tema de la autonomía; si no la hay no se cumple lo que se esperaba. Espero que el próximo gobierno se ocupe de esto y se dedique a solucionarlo.

Finalmente, creo que el segundo reto es que la normativa protectora que es imperativa se cumpla. En nuestro país, lamentablemente, las normas se deslegitiman porque los mecanismos para hacerlas cumplir no funcionan. Uno de esos mecanismos es justamente la inspección a cargo de la SUNAFIL. Los otros son el proceso y la autotutela (huelga). Pero en la medida que los procesos son un recurso final y la huelga una que está dirigida a solucionar problemas de carácter colectivo, si la inspección no funciona adecuadamente, entonces el sistema de control de cumplimiento de la normativa imperativa es ineficaz. Como resultado, si la fiscalización no funciona, todo el sistema que se ha creado para legitimar la ley no sirve, y la norma imperativa pasa a ser poesía (pero de la mala). Es indudable que allí hay un gran reto. ☒