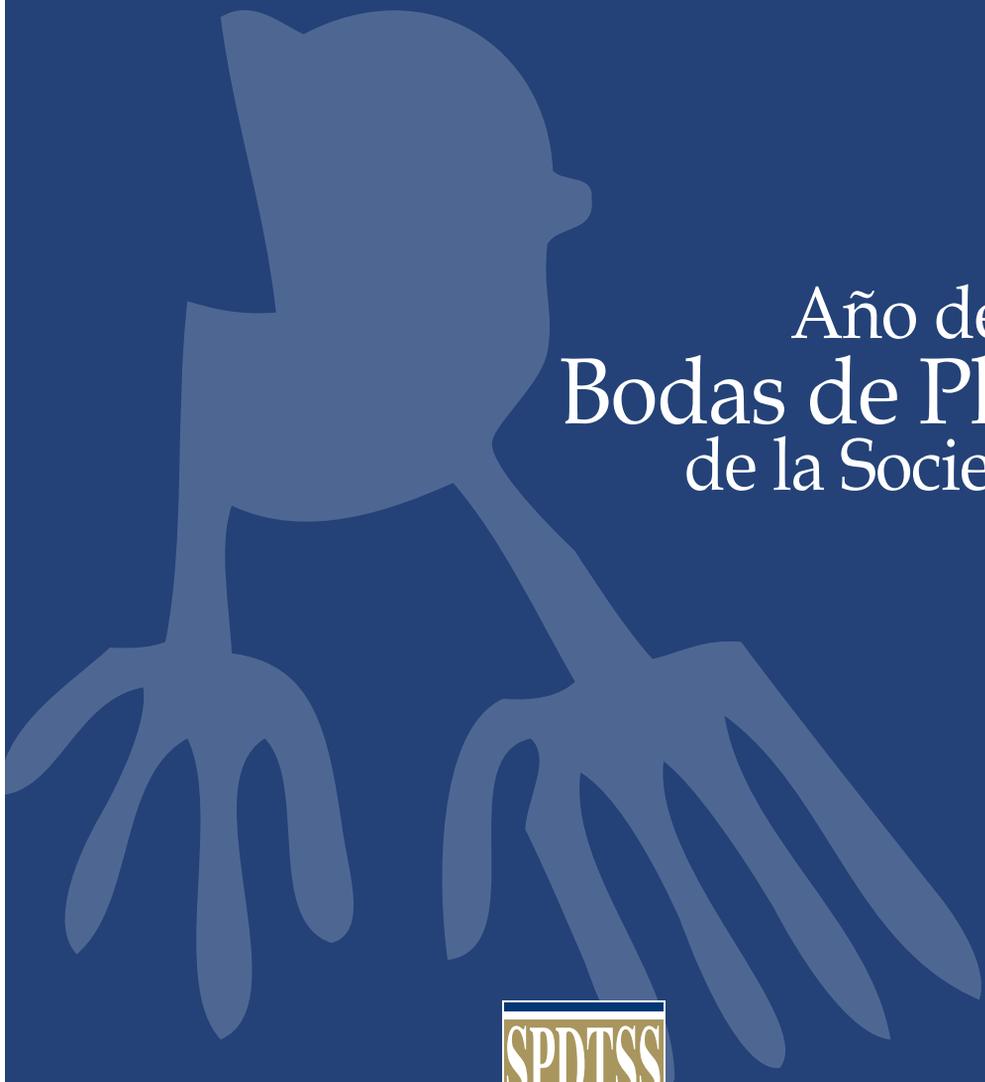


Laborem

N° 12 / 2013

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Año de las
Bodas de Plata
de la Sociedad



Laborem

Nº 12 / 2013

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Año de las
Bodas de Plata
de la Sociedad

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

<p>Laborem Nº 12 REVISTA DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL</p>
<p>PRIMERA EDICIÓN Julio 2013</p>
<p>Prohibida su reproducción total o parcial Derechos Reservados D.Leg. Nº 822</p>
<p>HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ 2013-10535 LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED</p>
<p>Diseño de carátula y diagramación de interiores Martha Hidalgo Rivero</p>

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

CONTENIDO

LOS ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: DEL GRUPO A LA CADENA DE PRODUCCIÓN

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

I.	Una perspectiva de análisis diferente de los acuerdos marco internacionales: la de su proyección y eficacia.....	17
II.	La garantía del cumplimiento del acuerdo marco al interior del grupo multinacional	22
III.	La difícil pero necesaria proyección del acuerdo marco a las cadenas mundiales de producción	31
IV.	Los desafíos de futuro de una herramienta todavía en fase de construcción ..	44

COMENTARIOS A LA REGULACIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE EN EL PERÚ

SERGIO QUIÑONES INFANTE

I.	Introducción	49
II.	Breve aproximación a las doctrinas sobre la infancia	51
III.	Las normas internacionales	53
IV.	La normativa nacional	59
V.	Algunos comentarios (a modo de aporte) a la regulación peruana	61

**LA CONDENA PENAL POR DELITO DOLOSO
COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO
EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO**

MAURO UGAZ OLIVARES / ALFONSO HIGA GARCÍA

I.	Introducción	69
II.	Cuestionamientos a la constitucionalidad de la condena penal por delito doloso como causal de despido en la legislación peruana	70
III.	Comisión de delitos dolosos y su influencia en la relación laboral.....	74
IV.	Requisitos de validez.....	81
V.	Apuntes sobre la condena penal por delito doloso en el régimen público	84
VI.	Conclusiones	87

**LA HUELGA:
¿UN DERECHO FUNDAMENTAL EN CRISIS?**

HUGO FERNÁNDEZ BRIGNONI

I.	Introducción	91
II.	Las formas de expresión del derecho de huelga.....	92
III.	La promoción, el fomento y la autonomía del derecho de huelga	98
IV.	La eficacia del derecho de huelga.....	104

CONCURSO UNIVERSITARIO

**EL IMPACTO DE LA SUBCONTRATACIÓN
EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO**

LUCIANA CAROLINA GUERRA RODRÍGUEZ

I.	Introducción	113
II.	Subcontratación: Alcances	114
III.	Impacto de la subcontratación en las relaciones colectivas de trabajo: Precarización y fragmentación.....	114

IV.	La subcontratación y el estado social de derecho: Urgente reformulación del rol público para recuperar los equilibrios sociales básicos	123
V.	Iniciativas necesarias para neutralizar el impacto: En busca del efectivo ejercicio de derechos fundamentales.....	127
VI.	Conclusiones	133
VII.	Bibliografía.....	134

TEJIENDO LA MALLA DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA LOS ADULTOS MAYORES: PENSIÓN BÁSICA

JOEL GERARDO MARTÍNEZ MEDINA

I.	Introducción	137
II.	La pensión básica como derecho o asistencialismo	138
III.	El problema de la desigualdad en el ingreso	139
IV.	La universalidad como fundamento para el diseño de la (PAM)	141
V.	Viabilizando la pensión básica universal para los adultos mayores.....	143
VI.	Efectos positivos colaterales para la economía	144
VII.	Conclusiones	145
VIII.	Bibliografía.....	146

VIGENCIA DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL EN EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

SEBASTIÁN SOLTAU SALAZAR

I.	Introducción	149
II.	La imparcialidad judicial en el ordenamiento constitucional peruano.....	151
III.	La compensación de desigualdades en el proceso laboral y los alcances del rol protagónico de los jueces	155
IV.	La importancia de la labor de los jueces para el éxito de la reforma del proceso laboral peruano	161
V.	Conclusiones	164
VI.	Bibliografía básica.....	165

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
EN LAS LEGISLACIONES PERUANA Y FRANCESA**

DELMAS BUR BAPTISTE

La negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa.....	167
I. El dominio de la negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa..	170
II. Los niveles de negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa	181
III. Bibliografía.....	193

**EL TELETRABAJO Y LAS NUEVAS FORMAS
DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO**

FIORELLA LISSETTE CORREA PRIETO

I. Introducción	195
II. Factores determinantes para la regulación de las nuevas formas de organización del trabajo y sus elementos esenciales	196
III.- El teletrabajo dentro de las nuevas formas de organización del trabajo	200
IV. El teletrabajo y sus implicancias como relación laboral individual	211
V. El teletrabajo y sus implicancias como relación laboral colectiva.....	214
VI. Conclusiones	217
VII. Bibliografía.....	219

**EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

ENRIQUE MANUEL ARIAS DÍAZ

I. Introducción	223
II. La seguridad social en pensiones	224
III. El TC, la Seguridad Social y el SPP.....	226
V. Bibliografía.....	237

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2013-2015

Presidente	: Jaime Zavala Costa
Vice-Presidente	: Alfonso De los Heros Pérez Albela
Secretario	: José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
Pro-Secretario	: Carlos Alberto Quispe Montesinos
Tesorero	: Carlos Guillermo Morales Morante
Pro-Tesorero	: Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	: Raúl Guillermo Saco Barrios
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas	: Martín Alberto Carrillo Calle
Secretario de Relaciones Internacionales	: César José Gonzéles Hunt

Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Periodo 2009-2011)

Presidente	: Juan Carlos Cortés Carcelén
Vice-Presidente	: Guillermo Bozo Pro
Secretaria	: Liliana Pilar Tsuboyama Shioharna
Pro-Secretario	: César Alfredo Puntriano Rosas
Tesorero	: Mauro Ugaz Olivares
Pro-Tesorero	: Estela Ospina Salas
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	: Daniel Augusto Ulloa Millares
Eventos y Reuniones Científicas	: Orlando De las Casas De la Torre Ugarte
Relaciones Internacionales	: Jaime Zavala Costa

Relación de Miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Abanto Revilla, César	Acevedo Mercado, Jorge Luis
Alva Hart, Beatriz Regina	Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis (f)	Arbulú Alva, Luis
Arce Ortiz, Elmer	Balbín Torres, Edgardo Sergio
Arévalo Vela, Javier	Barrenechea Calderón, Julio César

Balta Varillas, José	Boza Pro, Guillermo
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo	Canessa Montejo, Miguel Francisco
Butrón Fuentes, José Andrés (†)	Castillo Montoya, Nixon Javier
Carrillo Calle, Martín Alberto	Cavalié Cabrera, Paúl
Castro Otero, José Ignacio	Cornejo Vargas, Carlos
Ciudad Reynaud, Adolfo	De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando
Cortés Carcelén, Juan Carlos	Ferro Delgado, Víctor
De los Heros Pérez Albela, Alfonso	García Granara, Fernando
Gamarra Vilchez, Leopoldo	González Nieves, Orlando
Gonzáles Hunt, César José	Herrera Vásquez, Ricardo
Herrera Gonzáles-Pratto, Isabel	Mayorga Miranda, Víctor
Marcenaro Freis, Ricardo Arturo	Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Mejía Madrid, Renato	Morales Morante, Carlos Guillermo
Morales Gonzalez, Néstor	Neves Mujica, Javier
Mortola Flores, Italo Román	Pacheco Zerga, Luz
Ospina Salas, Estela	Pasco Cosrnópolis, Mario Martín
Paredes Palacios, Paúl	Pilotto Carreño, Luigino
Pasco Lizárraga, Mario	Puntriano Rosas, César Alfredo
Prelle Mayuri, Herbert	Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo	Saco Barrios, Raúl Guillermo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán	Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Sanguineti Raymond, Wilfredo	Tsuboyama Shiohama, Liliana
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis	Ulloa Millares, Daniel Augusto
Ugaz Olivares, Mauro	Vidal Salazar, Michael
Vidal Bermuclez, Alvaro	Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Villacorta Ramírez, Edmundo	Zavala Costa, Jaime
Vinatea Recoba, Luis	Zavaleta Cruzado, Roger Enrique

**Relación de miembros honorarios de
la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Carlos Blancas Bustamante	Fernando Elías Mantero
Ricardo Nugent López Chávez	Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano	Oscar Ermida Uriarte (†)
Jean Claude Javillier	Emilio Morgado Valenzuela
Alfredo Montoya Melgar	Fernando Suárez González
Américo Plá Rodríguez (†)	Mozart Víctor Russomano (†)
Héctor Hugo Barbagelatta	Manuel Alonso Olea (†)
Guillermo Gonzales Roales (†)	Ricardo La Hoz Tirado (†)
Javier Vargas Vargas (†)	Joaquín Leguía Gálvez (†)
Antonio Ojeda Avilés	

PRESENTACIÓN

En el año 2003 asumimos la presidencia del Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) y, hoy 10 años después, para ser exactos el 14 de abril de 2013, hemos vuelto a ser elegidos para dirigir a la SPDTSS, cuyo objeto social es promover el estudio, la difusión y la investigación del derecho de trabajo y de la seguridad social.

Y una de nuestras primeras actividades del Consejo Directivo que me honro en presidir, es publicar el número 12 de la revista institucional *Laborem*, cuyo contenido es de responsabilidad de la anterior Junta Directiva de nuestra Sociedad. Esta publicación se hace a pocas semanas de celebrar las Bodas de Plata de vida institucional de la SPDTSS.

Se incluye en *Laborem* 12, los artículos de los alumnos ganadores del último concurso universitario convocado por la SPDTSS.

Aprovechamos esta presentación para hacer pública una carta dirigida a nuestros asociados, donde exponemos nuestras ideas y compromisos de actuación para el período 2013-2015, que comprende nuestro mandato:

“Hemos asumido con mucho entusiasmo el reto de conducir una vez más el rumbo de nuestra Institución en un momento muy significativo de definiciones, plenamente conscientes de la responsabilidad que significa representar a todos ustedes, miembros de una organización de composición plural y democrática.

Nuestra aspiración y mayor desafío es integrar a todos los asociados en este proceso. Esto exige contar con tu participación activa y comprometida en las diferentes actividades, empezando por la celebración del 25° aniversario de la fundación de la Sociedad que se cumple el próximo 14 de julio y que días después festejaremos en un cocktail con ustedes, amigos y representantes de nuestro medio laboral y empresarial. En dicha ocasión, rendiremos homenaje al espíritu de nuestros socios fundadores, en particular a Luis Aparicio Valdez, pues gracias a su visión y

tenacidad nuestra Sociedad sentó sólidas bases, que son las que le han permitido perdurar hasta el día de hoy, como Institución referente del laboralismo nacional. Proyectamos, además, la publicación de un libro especial de homenaje a la Sociedad, para lo cual serán invitados a colaborar oportunamente.

Sabemos que hay muchas expectativas en torno a nuestra gestión, y ten por seguro que con tu apoyo, durante nuestro mandato 2013 - 2015, alcanzaremos como logro principal el haber afianzado a la Sociedad como una institución inclusiva, en la cual todos nuestros asociados se sientan cabalmente representados.

Nos hemos trazado llevar adelante un conjunto de tareas en adición a las que habitualmente han asumido las Juntas Directivas anteriores, como nuestros Desayunos Laborales, con especial énfasis en eventos académicos, sin dejar de lado la publicación de la Revista Laborem. Desplegaremos nuestros mejores esfuerzos para que los temas de seguridad social tengan también un espacio de atención. Singular cuidado le daremos al rediseño de la página WEB de la SPDTSS para que se convierta en un sitio no solamente de información institucional sino también de comunicación y consultas entre sus miembros y con terceros interesados, así como medio de divulgación de la legislación y jurisprudencia en materia laboral tanto como previsional.

Sin embargo, dos son los eventos en los que particularmente necesitamos contar contigo: el primero, que nos complace anunciar, es que tenemos planeado organizar el II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, a concretarse a fines del mes de noviembre en Piura, al que serán invitados destacados especialistas extranjeros y nacionales, con la intención de analizar el funcionamiento de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en nuestro país, y de intercambiar experiencias similares en la región. La meta es grande, pues implica en corto tiempo efectuar la convocatoria a nivel nacional e internacional, así como preparar la organización, de tal manera que sirva de marco apropiado para cerrar el año de conmemoración de las Bodas de Plata de nuestra Sociedad. Apuntamos a que el libro homenaje antes referido, se presente en este certamen.

El segundo evento, que ya es toda una tradición que nació con mi anterior Presidencia en el 2003, es el VI Congreso Nacional de la SPDTSS, que se llevará a cabo en noviembre de 2014, cuyo temario estamos evaluando a fin que mantenga el pluralismo y los altos niveles de convocación que han tenido nuestros Congresos a lo largo de estos años, y que reflejen el grado de compromiso de la Sociedad con los principales problemas que confronta el sistema de relaciones laborales en el Perú.

En materia de relaciones internacionales, tenemos en cartera la realización de dos Encuentros Internacionales: el Encuentro Peruano-Uruguayo y el Encuentro Peruano-Chileno de Relaciones Laborales, ambos en la ciudad de Lima, pues nos corresponde ser los anfitriones en esta oportunidad.

Por el lado de la difusión y proyección institucional, lanzaremos en el corto plazo las Ediciones 12 y 13 de nuestra revista institucional Laborem, para lo cual contamos con los artículos que fueron oportunamente remitidos al Comité Editorial de la Junta Directiva que nos precedió, a los cuales agregaremos los aportes que nos puedan ser remitidos, según las pautas que disponga la Comisión de Eventos y Publicaciones que hemos conformado.

Quisiéramos, y con ello confío interpretar el sentir de todos y cada uno de los miembros de esta Junta Directiva que me siento honrado de presidir, que el espíritu que nos anima es ser convocantes, por lo que desde ya te invito a participar en la gestión, tareas, y publicaciones, tanto a nivel organizativo como de desarrollo de nuestras actividades. Tu aporte es fundamental. Toma contacto con nosotros, quedando a tu disposición igualmente para cualquier iniciativa que quieras que impulsemos.

Esperamos tu respuesta, que será la mejor manera de dar inicio a nuestra gestión institucional, tendiendo puentes con nuestros asociados y amigos, así como con instituciones afines, que coadyuven al logro pleno de nuestros objetivos”.

Jaime Zavala Costa
Presidente de la SPDTSS

**LOS ALCANCES DE
LA RESPONSABILIDAD SOCIAL
DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES:
DEL GRUPO A LA CADENA
DE PRODUCCIÓN**

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

LOS ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES: DEL GRUPO A LA CADENA DE PRODUCCIÓN

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND⁽¹⁾

I. UNA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS DIFERENTE DE LOS ACUERDOS MARCO INTERNACIONALES: LA DE SU PROYECCIÓN Y EFICACIA

A lo largo de las dos últimas décadas, la ampliación de las facilidades para la circulación de las mercancías y capitales, las transformaciones de las formas tradicionales de organización empresarial y el desarrollo tecnológico han hecho posible una ampliación más que considerable del poder de las empresas multinacionales y una disminución de sus responsabilidades. En la actualidad estas empresas pueden, con mucha mayor facilidad que en el pasado, localizar sus actividades en un espacio u otro del globo aprovechando las ventajas comparativas que es capaz de ofrecerles cada ubicación en términos de costes de producción, sin tener que asumir responsabilidad alguna por las condiciones en las cuales son elaborados los bienes que llevan sus marcas en cada uno de esos espacios. Mientras la creciente liberalización de los intercambios comerciales garantiza que sus productos puedan ser comercializados en cualquier lugar del mundo, con independencia de la sede en la que fueron producidos, la adopción de una estructura en red, convenientemente articulada en torno a filiales, contratistas y proveedores jurídicamente independientes, permite a

(1) Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Catedrático Habilitado de la Universidad de Salamanca.

estas empresas disponer de los resultados del trabajo de diversos grupos de trabajadores sin mantener con ellos vínculo alguno, en tanto que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible a la casa matriz mantener la coordinación global de los procesos de producción pese a su dispersión geográfica. El resultado es la configuración de la empresa multinacional como un singular ente “articulador”, dotado de la sorprendente capacidad de eludir con relativa facilidad, tanto las limitaciones que puedan imponer a sus actividades las autoridades nacionales, como las responsabilidades que en principio se derivarían de su posición, pero sin perder por ello el control de las actividades que se desarrollan a escala global a instancia suya⁽²⁾.

El recién descrito es, sin embargo, un modelo que coloca a las sociedades multinacionales en una posición especialmente vulnerable, en la medida en que, si por un lado las desliga formalmente de los procesos de producción cuyo liderazgo asumen, por el otro incrementa su visibilidad ante los consumidores y la sociedad en general a través de las marcas, que operan como único distintivo de los productos que fabrican sus colaboradores por encargo suyo. Así las cosas, cualquier comportamiento de estos últimos que pueda ser considerado injusto, no ético o socialmente inadecuado es capaz de tener repercusiones negativas, más que sobre la entidad que lo llevó a cabo, sobre el buen nombre de la empresa multinacional que utilizó sus servicios. Al margen de si fue o no la impulsora de estas prácticas, o incluso de si tuvo o no conocimiento de su realización, esta será finalmente percibida por la opinión pública como la beneficiaria de ellas y, por tanto, la responsable última de su perpetración, con los consiguientes perjuicios para su imagen comercial. Este es, por lo demás, un efecto que ha ido cobrando cada vez más fuerza conforme la demanda de respeto de los derechos humanos y el medio ambiente ha ido expandiéndose a escala global, hasta llegar a ejercer una influencia cierta sobre el comportamiento y las actitudes de las sociedades empresas de dimensión internacional. Se ha llegado así a decir, no sin razón, que “el poder de las multinacionales” es hoy “solo un poder prestado por los consumidores”⁽³⁾.

La emergencia de las denominadas prácticas de “responsabilidad social” de las empresas multinacionales, a través de las cuales estas optan por asumir

(2) Para un desarrollo más amplio de esta caracterización, me permito remitir al estudio general sobre la materia que tuve la ocasión de preparar para el anterior informe general del Observatorio de la Negociación Colectiva, así como a la bibliografía allí citada. Los datos de este trabajo son: W. SANGUINETI RAYMOND. “La tutela de los derechos fundamentales del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”. En: R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordinador). *La negociación colectiva en España: un enfoque multidisciplinar*. Eds. Cinca-CC.OO., Madrid, 2008, pp. 447-450.

(3) Vide K. VERNER y H. WEIS. *El libro negro de las marcas. El lado oscuro de las empresas globales*. DeBolsillo, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 19.

niveles de compromiso variables frente a las consecuencias sociales y medioambientales negativas de sus actividades, constituye una clara respuesta de estas entidades a dicha situación. Si bien el propósito explícito de este tipo de actuaciones es, por lo que a su dimensión laboral se refiere, fijar un conjunto de estándares justos de trabajo cuyo respeto la sociedad transnacional se compromete a promover o garantizar en todas o la mayor parte de las actividades a ella vinculadas, sin que importe el lugar donde se ubiquen o el sujeto que las lleve a cabo, lo que a ellas subyace no es otra cosa que la necesidad de limitar los riesgos a los que se ve sometida la reputación de sus marcas como consecuencia de la deslocalización y exteriorización de los procesos de fabricación de los productos a ellas asociados⁽⁴⁾. De allí que pueda afirmarse que los instrumentos de los que ella se sirve, se trate de meras declaraciones, de códigos de conducta unilateralmente proclamados por la propia multinacional o incluso de acuerdos marco internacionales suscritos conjuntamente con las representaciones sindicales de ámbito global, cumplen una función que se sitúa a medio camino entre la tutela de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y la regulación de la competencia equitativa en clave de lucha contra el *dumping* social⁽⁵⁾.

De todos los instrumentos diseñados a lo largo de las últimas décadas con el propósito de favorecer la consecución de tales objetivos, aquel que reviste mayor originalidad e interés, así como superiores posibilidades de proyección, es sin duda el último en incorporarse a la serie. Es decir, los acuerdos marco internacionales. Suscritos por las direcciones centrales de los grupos multinacionales y las federaciones internacionales de rama de determinados sectores productivos, así como los representantes unitarios o sindicales de la matriz o el grupo en su conjunto, estos acuerdos abren una perspectiva nueva en el tratamiento de la responsabilidad social de este tipo de empresas, marcada por la implicación bilateral de los sujetos colectivos de ámbito global, tanto en la definición de sus contenidos como en la vigilancia de su puesta en práctica, la cual es capaz de ofrecer un gran impulso a este tipo de actuaciones, convirtiéndolas en un factor susceptible de ejercer una incidencia positiva sobre el funcionamiento de los mercados a nivel global.

Que lo anterior ocurra, de forma que los acuerdos marco internacionales se sitúen en condiciones de llevar a cabo una contribución relevante a la equiparación de las condiciones laborales básicas de los trabajadores a nivel

(4) Conforme pone de manifiesto D. W. JUSTICE. "El concepto de responsabilidad social de las empresas: desafíos y oportunidades para los sindicatos". En: Educación Obrera, núm. 130, 2003, p. 4.

(5) De acuerdo con la caracterización de A. PERULLI, "La responsabilità sociale dell'impresa e codici di condotta: modelli ed efficacia". En: L. MONTUSCHI y P. TULLINI, Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa, Bologna, Zanichelli, 2006, p. 128.

mundial, depende de un conjunto de variables íntimamente relacionadas entre sí. Algunas de ellas se vinculan, como es obvio, con la voluntad y la capacidad –respectivamente– de los sujetos que los han suscrito para acatar los compromisos a través de ellos asumidos y exigir su ejecución a la parte contraria. Otras, en cambio, guardan relación con su configuración interna. Entre estas últimas, la literatura especializada suele poner el acento especialmente en la previsión de mecanismos eficaces de verificación del cumplimiento de lo pactado⁽⁶⁾, bajo el presupuesto, sin duda acertado, de que sin ellos difícilmente será posible controlar su acatamiento y exigir su ejecución. Esta no es, sin embargo, una variable capaz de operar con total independencia de las demás. Y en particular de la proyección que se haya decidido atribuir a lo pactado y la eficacia de la que se haya dotado a sus cláusulas. No es lo mismo, desde esta perspectiva, que el acuerdo marco circunscriba su ámbito de aplicación a la casa matriz o al grupo empresarial controlado por ella, a que trate de proyectar sus efectos hacia la cadena de valor de la que se sirve la empresa multinacional, cubriendo su primera línea de suministro, compuesta por los proveedores, contratistas y socios comerciales directos de sus filiales, o llegando incluso a abarcar los sucesivos eslabones de esta, integrados por todos aquellos sujetos que colaboran con estos últimos o con quienes con ellos se relacionan a los efectos de cumplir con los encargos cuyo origen remoto se encuentra en la sociedad vértice del grupo. De la misma manera que tampoco lo es que el pacto sea considerado portador de una mera declaración de la intención de la empresa multinacional de contribuir al alcance de los objetivos por él proclamados, desprovista en principio de fuerza vinculante, a que incluya el compromiso de esta de garantizar su aplicación, poniendo a su servicio de este objetivo los especiales poderes de los que dispone como consecuencia del control que ejerce sobre sus filiales y redes de empresas contratistas y colaboradoras⁽⁷⁾.

Naturalmente, el nivel máximo de efectividad de un acuerdo marco internacional se alcanzará cuando este, además de incluir mecanismos de verificación adecuados, proyecte su aplicación al conjunto de la cadena de valor de

(6) La observación es absolutamente corriente entre quienes han prestado atención a estos instrumentos. Vide por todos A. PERULLI, op. cit., p. 138.

(7) De lo que se trata aquí es de que la matriz haya aceptado poner al servicio del cumplimiento de lo pactado los dos resortes de los que, como apunta S. Nadalet, “Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 2005, núm. 4, p. 677, dispone para ordenar la actividad de las entidades con las que entra en contacto: “la propiedad” (en relación con sus filiales) “y las relaciones contractuales” (respecto de quienes se integran en sus redes de subcontratación). Como habrá ocasión de apreciar más adelante, por lo general este compromiso se materializa en la consideración de las cláusulas del acuerdo marco como reglas de obligado cumplimiento para las filiales o condiciones de asociación para todos los sujetos que pretendan entablar relaciones comerciales con las empresas del grupo.

la empresa multinacional afectada por él e incluya el compromiso expreso de esta de asegurar –y no solo promover– su acatamiento en todos sus eslabones; mientras que el mínimo estará representado por el supuesto en que estemos, además de no contar con medio alguno de comprobación de su cumplimiento, se limite a declarar la mera “adhesión” de la casa matriz a los principios por él proclamados, sin especificación adicional alguna. Como es obvio, caben también opciones intermedias, pudiendo existir acuerdos que apunten solo al grupo empresarial, pero se encuentren dotados de carácter vinculante respecto de las empresas que lo componen, y otros que pretendan proyectarse más allá, hacia todos o algunos de los eslabones de las redes de suministro, pero sin prever una auténtica obligación de exigir a sus integrantes el respeto de los estándares justos de trabajo por ellos previstos.

En consecuencia, aunque se trata de aspectos a los que hasta el momento no se ha prestado especial atención, es claro que el impacto que son capaces de desplegar los acuerdos marco internacionales no depende solo de la existencia de medios eficaces de control, sino del espacio hacia el que se haya decidido proyectar su aplicación y del tipo de compromisos que a través de ellos hayan asumido las empresas multinacionales.

¿En cuál de todas las opciones posibles se inscriben los acuerdos marco que hasta el momento han sido suscritos? ¿Puede detectarse algún tipo de evolución en cuanto a estas cuestiones?

Como se podrá apreciar a continuación, se registra una clara tendencia de este tipo de pactos a evolucionar, de la condición inicial de instrumentos de tutela de un núcleo básico de condiciones laborales justas dentro de los grupos multinacionales, a mecanismos de garantía del respeto de los derechos laborales fundamentales en sus cadenas mundiales de producción⁽⁸⁾, la cual ha venido acompañada, además, de un progresivo reforzamiento de su exigibilidad. Los acuerdos marco internacionales vienen dando, así, el salto del grupo a la red, y de la mera declaración al compromiso.

(8) Esta tendencia fue advertida tempranamente por diversos autores, aunque poniéndola en relación principalmente con los códigos de conducta corporativos. En este sentido, vide A. SOBCZAK, “Codes of Conduct in Subcontracting Networks: A Labour Law Perspective”, *Journal of Business Ethics*, 2003, núm. 44, pp. 225-234 y, entre nosotros, F. VALDÉS DAL-RÉ, “Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, *Relaciones Laborales*, 2005, Vol. I, p. 42. Más recientemente, registrando también esta línea de evolución pero ya en relación con los acuerdos marco internacionales y ofreciendo además numerosos ejemplos, vide I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct and international framework agreements: News forms of governance at company level*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2008, pp. 28-31.

II. LA GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO MARCO AL INTERIOR DEL GRUPO MULTINACIONAL

La consecución de los objetivos que animan la celebración de los acuerdos marco internacionales hace necesario que estos sean aplicables, antes que nada, al conjunto de las actividades que integran lo que podríamos denominar el “mercado de trabajo interno” de la multinacional⁽⁹⁾. Dada la configuración actual de este tipo de organizaciones, este mercado incluye no solo las tareas que se desarrollan al interior de la casa matriz que se encarga normalmente de la suscripción de estos pactos, sino de todas las sociedades que forman parte del grupo multinacional liderado por la primera. Es decir, de sus filiales directas y de todas las demás sociedades sobre las que la principal o alguna de esas filiales o empresas controladas por estas ejerce una influencia decisiva. Todas estas empresas realizan funciones integradas, de una manera u otra, dentro del proceso productivo global coordinado y dirigido por la multinacional. Y, por tanto, a todas ellas debería ser aplicado el acuerdo marco si se desea que esté en condiciones de abarcar la totalidad del espacio ocupado por las actividades de la multinacional.

Como habrá ocasión de comprobar más adelante, esta aplicación uniforme del acuerdo marco a todas las sociedades que forman parte del grupo transnacional plantea complejos problemas de articulación técnica, dada la disociación entre unidad económica y formalidad jurídica que caracteriza a esta clase de conglomerados, los cuales solo pueden ser solventados, al menos en el plano internacional, instrumentalizando la relación orgánica que la multinacional mantiene con las demás empresas sometidas a su dirección, al objeto de convertirla en un instrumento de garantía de su proyección hacia estas.

La consideración del grupo como ámbito de aplicación del acuerdo marco internacional está presente en la práctica totalidad de los pactos de este tipo celebrados hasta la fecha, ya sea de manera implícita o explícita. Lo primero ocurre con algunos acuerdos marco que aluden simplemente la denominación de la multinacional, dando por sentado que se conoce sus contornos y que su espacio de aplicación coincide con ellos⁽¹⁰⁾. Y también con otros que optan por prever su aplicación a “todas las actividades” o “todas las operaciones” de la compañía a nivel mundial, sin añadir ninguna especificación adicional⁽¹¹⁾. Más

(9) De acuerdo con la terminología propuesta por S. NADALET, “La dimensione gobale della responsabilità giuridica delle imprese”, *Lavoro e Diritto*, 2006, núm. 1, p. 168.

(10) Este es el caso, entre otros, de los siguientes AMI, citados en orden cronológico de Volkswagen, Leoni, Prim, GEA y Renault.

(11) Véase como muestra los AMI de Telefónica, Veidekke, Royal Bam y Ability, en este último caso con referencia a las actividades que se desarrollen “a nivel nacional y dentro de América Latina”.

frecuente es, no obstante, que se haga referencia al grupo multinacional como espacio de aplicación del pacto. Ésta referencia puede ser genérica, cuando se la utiliza anteponiéndola sin más al nombre de la multinacional⁽¹²⁾, o tener un tenor más específico. Esto último se produce cuando este, como es frecuente, incluye una mención a las “empresas”, “compañías” o “establecimientos” que integran el grupo, funcionan como “operadoras” de este o se encargan de la “fabricación y ventas” de sus productos⁽¹³⁾. O cuando, con mayor propiedad, se vincula su aplicación a las sociedades “filiales” o “subsidiarias” de la casa matriz⁽¹⁴⁾ o a todas las empresas sobre las que ésta ejerce el “control”⁽¹⁵⁾. La precisión alcanza su grado máximo, de todas formas, cuando se identifica a las sociedades que componen el grupo⁽¹⁶⁾ o se definen de manera pormenorizada los criterios que determinan la pertenencia de una sociedad este. El más utilizado suele ser aquí el del ejercicio de una “influencia dominante”, ya sea sobre el capital o los órganos de gobierno de las sociedades participadas⁽¹⁷⁾, aunque existen acuerdos que extienden su ámbito potencial a las hipótesis de control “operacional”⁽¹⁸⁾ o de asunción de “la gerencia industrial” de la empresa por otra perteneciente al grupo⁽¹⁹⁾. Con todo, pese a ser una cuestión fundamental para la correcta aplicación de estos instrumentos, solo alrededor de la cuarta parte de los acuerdos marco vigentes lleva a cabo esta necesaria tarea de delimitar con un mínimo de claridad los confines del grupo

(12) En este sentido, los AMI de Freudenberg, Bosh, Chrysler y BMW.

(13) La referencia a la noción de “empresa” o “compañía” integrante del grupo aparece en los AMI de Röchling, Portugal Telecom e Icomon Technologies; la de “establecimiento”, en los de Merloni, Club Mediterrané y Danone; la de “compañía operadora” en el de VolkerWessels y la de “compañías encargadas de la fabricación y ventas” en el de Staedtler. Un supuesto especial es el del AMI de PSA Peugeot Citroën, en el que se declara, con evidente afán omnicompreensivo, que afecta “al conjunto de la división de automóvil consolidada (investigación y desarrollo, fabricación, comercio y funciones de soporte), así como a las divisiones de financiación, transporte y logística”. En el caso del AMI de Club Méditerranée la alusión a los “establecimientos” de la compañía viene acompañada de una referencia a su ubicación geográfica: estos deben estar “situados en los países de la Unión Europea y en los siguientes países de la zona Europa, África, en los cuales interviene el Club Méditerranée: Turquía, Egipto, Marruecos, Suiza, Túnez, Costa de Marfil, Senegal y Croacia”.

(14) La primera denominación aparece en el AMI de Stabilo, mientras que la segunda en los de Skanska, Elanders y Quebecor.

(15) Véase los AMI de Endesa y Faber Castell. En la misma dirección, aunque precisando que ese control debe ser “directo”, vide los AMI de Anglogold, Norske, Lukoil y StatoilHydro.

(16) Así, el AMI de VolkerWessels, en el que se menciona a “sus ciento veinticinco compañías operadoras”.

(17) Un buen ejemplo es el del AMI del Grupo Electricité de France, que se declara aplicable a todas las empresas en las que este “tiene una participación mayoritaria en su capital, o en las que dispone de la mayoría de votos en función de las acciones emitidas, o en las que tiene derecho a nombrar a más de la mitad de los miembros de los organismos de administración, dirección y vigilancia”. En términos prácticamente idénticos se pronuncian los AMI de Arcelor y France Telecom.

(18) En el supuesto singular del AMI de Umicore.

(19) Esta previsión se encuentra en el AMI de Rheinmetall. El de PSA Peugeot Citroën, por su parte, extiende su aplicación a los supuestos en los cuales, aún sin contar con participación financiera mayoritaria, el grupo tiene asignada la “responsabilidad en la gestión social”.

empresarial al que resultan aplicables⁽²⁰⁾, con el consiguiente riesgo de discrepancias y conflictos a la hora de hacer frente a los supuestos de presunto incumplimiento que se produzcan en el seno de compañías cuya pertenencia al grupo no sea fácil de determinar.

De lo recién indicado se desprende que, más allá de la concreta fórmula utilizada, el ámbito de los acuerdos marco internacionales tiene un inicial e ineludible “círculo” o “anillo” de influencia coincidente con los confines del grupo multinacional. Este criterio conduce, como es obvio, a situar fuera de este a toda sociedad que, aún estando participada por la matriz o alguna de las empresas del grupo, no pueda ser considerada parte de él. A pesar de ello, son varios los acuerdos marco que incluyen compromisos de las multinacionales en relación con aquellas sociedades en cuyo capital se encuentren presentes “de manera significativa”, aunque “sin ejercer” sobre ellas “un control directo” o “una influencia dominante”. Por lo general, estos compromisos se concretan en el deber de “dar a conocer” el acuerdo y “promover” o “favorecer” su aplicación⁽²¹⁾. O “utilizar su influencia” para ello⁽²²⁾. En algunos casos se pone, no obstante, especial énfasis en la diligencia en el cumplimiento de esta obligación, indicando que la multinacional –o ambas partes– deberán “poner todos los medios a su alcance” o “ejercitar sus mejores esfuerzos” con tal fin⁽²³⁾. Existe incluso un supuesto en el que la obligación de medios que de este modo se genera se trastoca en una de resultado o garantía plena, bien que no con carácter general sino exclusivamente en relación con el respeto de los derechos laborales fundamentales, de forma tal la multinacional se compromete a asegurar su respeto por todas las sociedades en cuyo capital participa⁽²⁴⁾.

Otra cuestión que merece la atención de algunos acuerdos marco internacionales es la relativa a los cambios en la composición del grupo multinacional, derivadas del ingreso de nuevas empresas o de la salida de algunas de las inicialmente consideradas parte de él. En principio, es lógico pensar que la incorporación de una sociedad al grupo, motivada por su colocación bajo el control accionario o directivo de este, ha de suponer su incorporación al ámbito

(20) Según destacan I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct and international framework agreements: News forms of governance at company level*, cit., p. 26.

(21) Este es el caso de los AMI de France Télécom y Electricité de France.

(22) En palabras del AMI de Norske.

(23) Las expresiones citadas aparecen, con ligeras variantes terminológicas, en los AMI de Arcelor, Umicore, StatoilHydro y Lukoil.

(24) Este compromiso es asumido por Danone en el Preámbulo al texto que recopila el conjunto de acuerdos suscritos por esta multinacional con el sindicato UITA, dentro del cual se encuentra uno referido a los citados derechos. La multinacional declara, en este sentido, que “se compromete a cumplir” dicho acuerdo, “no solo por parte de las direcciones de sus establecimientos, sino también por las compañías en las que el Grupo es minoritario”, lo mismo que por “sus proveedores y subcontratistas principales”.

del acuerdo, con la consiguiente necesidad de adaptar a partir de entonces su dinámica a este. En dos casos esta solución se encuentra prevista de manera expresa, bien a partir de la indicación de que lo pactado es aplicable a “las filiales presentes y futuras sobre las que ejerce una influencia dominante”⁽²⁵⁾, o bien poniendo de manifiesto el compromiso de las partes firmantes de “tomar las medidas necesarias para integrar a dicha sociedad en la aplicación efectiva” del acuerdo⁽²⁶⁾. En otro supuesto, sin embargo, dicha aplicación aparece condicionada a la libre decisión de las sociedades que se incorporan al grupo. Estas “pueden”, así, “sumarse” a este “si así lo desean”. Quedando exceptuadas de su cumplimiento en caso contrario⁽²⁷⁾. Es evidente que, aún encontrándose autorizada, la decisión de una filial de nueva incorporación de no adherir al acuerdo marco, aparte de no ser comprensible dentro de un contexto en el que el control constituye un requisito para la pertenencia al grupo, plantea a la empresa multinacional problemas graves de coherencia con los compromisos adquiridos en materia de responsabilidad social⁽²⁸⁾, los cuales deberían conducir a exigir a esta una conducta diligente de promoción de la incorporación de la sociedad de la que se trate al ámbito de lo pactado. La salida del grupo, en cambio, merece la misma respuesta en los dos acuerdos que se ocupan de ella: la ubicación de la empresa afectada extramuros de su espacio de aplicación. Esta es, naturalmente, la solución que se impone por la naturaleza de las cosas. Con todo, no hubiera estado demás que las partes se hubiesen cuidado de incluir para casos como estos algún tipo de garantía dirigida a evitar un retroceso, si no con carácter general al menos en lo que se refiere a los aspectos nucleares de estos pactos. Indicando, por ejemplo, que la casa matriz se compromete a no transferir ninguna sociedad del grupo a sujetos que no respetan sus principios básicos. O estableciendo que los contratos que se celebren con el nuevo propietario deberán incluir cláusulas sociales que aseguren ese resultado⁽²⁹⁾. Estos son, con todo, comportamientos que, aunque no se encuentren previstos expresamente, vienen demandados, nuevamente, por la necesaria coherencia de la actuación de la multinacional respecto de las preocupaciones que motivan la suscripción de estos instrumentos, la cual exige que los gestores de estas organizaciones consideren en todos los casos el impacto social de sus decisiones y obren en consecuencia⁽³⁰⁾.

(25) Según se lee en el AMI de PSA Peugeot Citroën.

(26) Conforme se indica en el AMI de Arcelor.

(27) Esta previsión aparece en el AMI de Electricité de France.

(28) Como apuntan I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct ...*, cit., p. 28.

(29) Como ocurrió en el caso de las filiales de Electricité de France vendidas en América del Sur luego de la firma de su AMI, según reseñan los autores citados en la nota precedente, loc. cit.

(30) Según destacan, una vez más, I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, loc. cit.

Ahora bien, una vez establecida la vocación de los acuerdos marco internacionales de proyectar la aplicación de sus cláusulas al conjunto de las sociedades que se integran dentro de los grupos de empresas de dimensión transnacional, es preciso interrogarse por su manera de operar. Es decir, por la virtualidad o eficacia que es posible atribuir a los compromisos que a través de ellos se adoptan desde el punto de vista jurídico. Una cuestión, esta última, para la que no existen respuestas predeterminadas, al no encontrarse estos pactos sujetos a ningún ordenamiento jurídico nacional en particular, ni disponerse de momento de una regulación internacional que se ocupe de precisar sus alcances o efectos jurídicos.

Pues bien, ingresando en el análisis de tan delicada cuestión, ha de empezarse por descartar que estos pactos puedan ser considerados instrumentos de carácter no vinculante, portadores de meras declaraciones de intención de la empresa multinacional que los suscribe o expresión de la asunción por esta de un deber puramente moral de respetar su contenido, no exigible desde el punto de vista jurídico. Si algo se desprende ya de la sola lectura de estos instrumentos, más allá de sus matices y diferencias, es la existencia de una clara voluntad de dar lugar a auténticos compromisos y no a puras manifestaciones, cuyo cumplimiento se encuentra sujeto por lo general a mecanismos de comprobación creados por el propio acuerdo. El hecho de que, sobre todo en la primera etapa, muchos de los ahora considerados acuerdos marco recurriesen a denominaciones más ambiguas, como las de “declaración”⁽³¹⁾, “código de conducta”⁽³²⁾ o “principios de responsabilidad social”⁽³³⁾, no debe inducir al error de considerarlos meros “pactos de caballeros” (*gentleman agreements*). En su práctica totalidad, los instrumentos que se estudian se caracterizan por incluir un catálogo, más o menos amplio pero en todo caso concreto y previamente delimitado, de principios, objetivos o reglas cuyo acatamiento o respeto la multinacional se compromete a cumplir, imponer, garantizar o asegurar en todo su radio de influencia⁽³⁴⁾.

(31) Esta denominación es utilizada con frecuencia en el sector del metal y la automoción. Muestras de ello las encontramos en los AMI de Volkswagen, Leoni, Prim, Renault, BMW y Rochling. Igualmente, en el sector servicios, el de Quebecor.

(32) En los casos de los AMI de Telefónica, Ability e Icomon.

(33) Esta denominación aparece también en algunos AMI del metal, como los de Chrysler, Rheinmetal, Bosh y Valourec.

(34) Esta consideración se colige, como se ha dicho, a partir del contenido de las estipulaciones incluidas en estos instrumentos, de las que fluye de ordinario, a pesar de la amplitud de su formulación, una clara la voluntad de obligarse. Esto incluye, como se ha dicho, a los supuestos en que las partes han preferido dotar al pacto de una denominación que podría ser interpretada como expresiva de un grado menor de compromiso. Así, por citar uno de los supuestos que pudiera parecer más discutible, en el caso de la “Declaración sobre los derechos sociales y las relaciones laborales en Volkswagen”, las partes no optan simplemente por “declarar” la necesidad de avanzar hacia la consecución de determinados “objetivos” en material laboral, sino que los “acuerdan” y prevén la adopción de “me-

Desde este punto de vista, no parece que pueda dudarse de que los acuerdos marco internacionales se encuentran dotados de fuerza de obligar. Así se desprende, como se acaba de decir, del tenor mismo de los compromisos en ellos contenidos. El problema radica, no obstante, en determinar *a quién y de qué manera* obligan estos instrumentos.

Para responder a ambas preguntas es preciso partir de la peculiar configuración que caracteriza estos acuerdos desde el punto de vista subjetivo. Como es de sobra conocido, los acuerdos marco internacionales han sido suscritos en su totalidad, del lado empresarial, por los representantes de la empresa principal, casa matriz o *holding company* que posee el control o ejerce el liderazgo sobre el resto de sociedades del grupo. Y, del lado de los trabajadores, por una o más federaciones sindicales internacionales de rama de actividad, contando en algunos casos con el respaldo adicional de los comités de empresa europeos o mundiales⁽³⁵⁾ o los sindicatos nacionales del país donde tiene su sede central la matriz⁽³⁶⁾. Este peculiar sistema, fruto esencialmente del pragmatismo, nos coloca delante de un primer elemento de dificultad, al menos a los efectos de imputar a estos instrumentos una naturaleza semejante a la que se atribuye a los convenios colectivos. Y es que, como resulta fácil de advertir, existe una clara falta de correspondencia entre los ámbitos o niveles en los que se desenvuelve la representación de los sujetos negociadores: mientras la patronal es una de nivel empresarial (o, en todo caso, grupal), la de los trabajadores se desenvuelve ordinariamente en el plano sectorial, por más que a veces cuente con el “refuerzo” de otra a nivel del grupo o de la casa matriz⁽³⁷⁾.

Pero esto no es todo. Ni tampoco lo más importante. El auténtico problema radica en el hecho de que los acuerdos marco internacionales han sido suscritos, en realidad, “por dos partes que carecen de poder legal para

didas” que aseguren su cumplimiento cuando sea necesario. Más clara se presenta la determinación de la exigibilidad de los denominados “Principios de responsabilidad social de Daimler-Chrysler”, por citar otro ejemplo que pudiera ser objeto de cuestionamiento, al indicarse de manera expresa ya desde su preámbulo que estos “son válidos para todas las empresas del grupo” a “escala mundial”. Lo mismo puede concluirse, en fin, en el caso de la “Declaración sobre los derechos sociales y las relaciones laborales en Leoni”, en la medida en que en ella se señala que los “principios” por ella proclamados “son vinculantes” para esta multinacional “en todo el mundo”.

- (35) La inclusión de los comités europeos o mundiales es frecuente en el caso de los AMI del sector del metal y la automoción, como apunta A. SOBCZAK, “Aspectos legales de los acuerdos marco internacionales en el campo de la responsabilidad social de las empresas”. En: K. PAPADAKIS (editor), *Diálogo social y acuerdos transfronterizos. ¿Un marco global emergente de relaciones industriales, Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2009, p. 152.
- (36) En este caso la referencia son los AMI de los sectores de la construcción y la madera y de la química, la energía y las minas.
- (37) Vide, en este sentido, A. SOBCZAK, “A proposito del libro di Bob Hepple: ‘Labour Laws and Global Trade’”, *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2006, núm. 4, p. 765.

firmar un documento de tales características⁽³⁸⁾, como se podrá comprobar a continuación.

Lo anterior adquiere particular evidencia, por llamativo que pudiera parecer a primera vista, en el caso de la representación patronal. Los grupos de empresas de dimensión transnacional constituyen, como se ha afirmado, “una unidad económica que no va acompañada de una paralela unidad jurídica”⁽³⁹⁾. Esto es así en la medida en que, aún manteniendo una estrecha vinculación orgánica y funcional con las demás, cada una de las sociedades que los integran se encuentra dotada de personalidad jurídica independiente y diferenciada, no solo de las otras sino de la casa matriz. Y debe ser considerada, por tanto, como la única empleadora de los trabajadores que le prestan servicios. Así las cosas, es obvio que la casa matriz, por más que dirija “por control remoto” la actividad de todas sus filiales, no está en condiciones de celebrar acuerdos, ni individuales ni colectivos, que las vinculen⁽⁴⁰⁾. Y menos aún que establezcan derechos en favor del personal de estas. A ello se oponen los principios de relatividad de los contratos y de autonomía jurídica de cada una de las sociedades integrantes del grupo. ⁽⁴¹⁾ En consecuencia, en ausencia de la firma conjunta del acuerdo marco internacional por la casa matriz y todas sus filiales, no es posible considerar que su contenido las obligue o dé lugar a obligación de estas o derecho alguno susceptible de ser alegado ante ellas por sus trabajadores. Cualquier filial podría defenderse exitosamente de una pretensión de este tenor alegando que no fue autora del pacto en cuestión ni se encontraba representado por la sociedad que lo suscribió⁽⁴²⁾. El divorcio entre la realidad única de la empresa multinacional y su formalización jurídica adquiere aquí singular dramatismo, al conducir a negar a los instrumentos que vienen siendo analizados, ya de entrada, toda fuerza de obligar, al menos de manera directa, a las filiales de las multinacionales que los suscriben.

Las cosas no son muy distintas tratándose de la representación de los trabajadores. Para empezar, porque las federaciones sindicales mundiales de rama de actividad no solo no tienen reconocido poder alguno de negociación por las normas laborales nacionales, europeas o internacionales, sino que carecen

(38) Nuevamente, A. SOBCZAK, “Aspectos legales de los acuerdos marco internacionales en el campo de la responsabilidad social de las empresas”, cit., p. 153.

(39) A. MONTOYA MELGAR, “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”. En: Revista Española de Derecho del Trabajo, 1983, núm. 16, p. 487.

(40) Vide A. SOBCZAK, “Codes of conduct in Subcontracting Networks: a Labour Law Perspective”, cit., p. 231; y, más recientemente, “Aspectos legales ...”, cit., p. 149.

(41) Como apunta I. DAUGAREILH, “La contrattazione collettiva internazionale”, Lavoro e Diritto, 2005, núm. 4, p. 625.

(42) Según apunta S. NADALET, “La dimensione gobale della responsabilità giuridica delle imprese”, cit., p. 173.

por lo general de un explícito mandato para negociar un pacto de tales características en nombre y por cuenta de las organizaciones estatales que las componen⁽⁴³⁾. Y menos aún en el de las instancias que actúan en representación directa de los trabajadores que laboran para las filiales que integran los grupos multinacionales. Como consecuencia de ello, lo que dichas federaciones hayan podido estipular de común acuerdo con las casas matrices, no vincula, ni por tanto beneficia, a tales organizaciones. Ni tampoco, claro, a sus representados. A lo anterior se suma, en el caso de la intervención de los comités de empresa europeos, la carencia de poderes explícitos de negociación con arreglo a la normativa que los regula, que ha optado por configurarlos como meros órganos de información y consulta⁽⁴⁴⁾, y la imposibilidad de entender que actúan en representación de los trabajadores de las filiales situadas en países no pertenecientes a la Unión Europea. Naturalmente, este último inconveniente, aunque en una dimensión mayor, afecta a la participación de los sindicatos de la sede de la casa matriz, ya que estos representan exclusivamente a los trabajadores de esta⁽⁴⁵⁾. Si acaso, la única instancia que sería capaz de solventar todos estos reparos sería el comité mundial, pero solamente en caso de haber sido configurado de manera expresa como un órgano con potestades negociadoras y contar además con un mandato claro en tal sentido de las instancias representativas de los trabajadores en todas las empresas del grupo, cosa que de momento no se ha producido.

En consecuencia, en ausencia, tanto de un mandato negociador claro y expreso en cabeza de los sujetos firmantes de los acuerdos marco internacionales por parte de las filiales y las organizaciones representativas de sus trabajadores, como de una disposición de derecho interno o internacional que atribuya carácter vinculante a sus estipulaciones, no es posible entender que lo dispuesto por estos instrumentos es fuente de obligaciones para las primeras o de derechos para los segundos.

A pesar de lo anterior, como hemos podido comprobar, prácticamente todos los acuerdos marco internacionales suscritos hasta la fecha parten de considerar como su ámbito “natural” de aplicación al grupo multinacional y no solo a la empresa principal. Las afirmaciones en el sentido de que los principios

(43) A. SOBCZAK, “A proposito del libro di Bob Hepple: ‘Labour Laws and Global Trade’”, cit, p. 765.

(44) Cfr. la reciente Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, modificatoria de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de setiembre de 1994, que reguló originalmente la materia.

(45) En general sobre los distintos supuestos aludidos en el texto, vide S. NADALET, “Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto transnazionale del lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 2005, núm. 4, p. 685 y, con mayor amplitud, A. SOBCZAK, “Aspectos legales ...”, cit., pp. 151-154.

proclamados por estos acuerdos “son obligatorios para todas las empresas del grupo” o resultan “vinculantes a nivel mundial” para “todas las sociedades” que lo componen, que se leen en algunos de ellos⁽⁴⁶⁾, no son, en este sentido, sino la manifestación explícita de un planteamiento que, en realidad, subyace al conjunto. Es más, existen incluso acuerdos que, dando un paso más en esta dirección, mencionan directamente a los directivos o responsables de la gestión de sus filiales como los “encargados” o “responsables” de “garantizar” su implementación y cumplimiento⁽⁴⁷⁾.

¿Cómo han de ser interpretadas todas estas previsiones, ya que no pueden ser consideradas fuente directa de deberes u obligaciones en cabeza de los sujetos a los que se encuentran dirigidas?

No parece que sea forzado entender que dichas cláusulas son expresivas de la voluntad de la casa matriz de comprometerse ante las organizaciones sindicales firmantes a garantizar el respeto de lo dispuesto por el acuerdo marco al interior del grupo multinacional sometido a su dirección⁽⁴⁸⁾. Este es un resultado que, si bien no se encuentra su alcance por la vía de la creación de obligaciones en cabeza de sus filiales, como antes se vio, puede ser perfectamente alcanzado por esta sirviéndose de los resortes derivados de la propiedad y el control que ejerce sobre ellas a pesar de su autonomía formal y personalidad jurídica diferenciada. Es decir, haciendo uso de su “influencia dominante”, por citar los términos que aparecen en diversos pactos de este tipo.

Lo anterior supone que a través de la firma de un acuerdo marco internacional la empresa multinacional que ordena y dirige la actuación del grupo se obliga a imponer a cada una de sus filiales el respeto de su contenido, poniendo los medios necesarios para ello⁽⁴⁹⁾. Unos medios que vendrán dados aquí por la adopción de decisiones, no en el plano contractual, sino en el societario y de la gestión, al amparo de los poderes que le confiere su condición de sociedad dominante o titular de la propiedad de las restantes integrantes del grupo. Desde esta perspectiva, aunque la eficacia de estos pactos no se extiende formalmente más allá del plano de las relaciones entre los sujetos que lo suscriben, su cumplimiento genera la obligación de la empresa multinacional

(46) Vide, respectivamente, los AMI de Chrysler y Rheinmetall.

(47) Pueden verse, con cláusulas de este tipo, los AMI de Chrysler, Leoni, Rheinmetall, Eads y Veidekke.

(48) El AMI que recoge de manera más transparente esta idea es el de Arcelor, cuando introduce el compromiso de la compañía de “poner en marcha los procedimientos y principios definidos en el presente acuerdo, y a integrarlos en la política de las filiales en sus diferentes niveles”.

(49) En una dirección semejante, aunque sin hacer referencia a la instrumentalización en tal sentido de los poderes derivados de la propiedad o el control, I. DAUGAREILH, “La contrattazione collettiva internazionale”, cit., p. 625 alude a la existencia de “una obligación de hacer y en particular de activar los medios necesarios para tal fin”.

de proyectar sus disposiciones al grupo en su conjunto, con la consiguiente relativización práctica de la diferencia de personificaciones entre las sociedades que lo componen y el reconocimiento implícito de la unidad esencial del proyecto empresarial encarnado por todas ellas.

Por lo demás, con esta configuración, por atípica que pueda parecer, no es posible albergar dudas en torno a la potencial efectividad de las estipulaciones contenidas en los instrumentos analizados. Aunque privados de eficacia directa sobre sus destinatarios últimos, los acuerdos marco internacionales cuentan con el respaldo de una entidad, como es la empresa principal, que dispone de poderes reales y efectivos, no solo para exigir su acatamiento, sino para imponerlo a sus filiales, recurriendo de ser necesario a medidas coercitivas. Esto determina un peculiar reparto de las responsabilidades derivadas del cumplimiento de estos acuerdos, en la medida en que, aunque las sociedades integrantes del grupo son las llamadas a ejecutar sus mandatos, el deber que de tal modo asumen es uno frente a la empresa dominante, generado en atención a relaciones externas al propio acuerdo marco, y no ante las federaciones sindicales internacionales o las instancias representativas de sus trabajadores. Las acciones encaminadas a exigir su respeto, sobre todo si vienen precedidas de una conducta reticente de la filial, deben ser en principio planteadas, así pues, ante la casa matriz, con fin de que sea ella la que, en ejercicio de su influencia sobre la sociedad que controla, le imponga su cumplimiento. Siendo, por tanto, la responsabilidad por la falta de acatamiento del pacto una que se sustancia exclusivamente entre la empresa multinacional y las organizaciones firmantes⁽⁵⁰⁾.

III. LA DIFÍCIL PERO NECESARIA PROYECCIÓN DEL ACUERDO MARCO A LAS CADENAS MUNDIALES DE PRODUCCIÓN

Dada su naturaleza y los sujetos que los suscriben, cabría esperar que los acuerdos marco internacionales limiten su ámbito de aplicación al grupo multinacional. No son muchos, sin embargo, los pactos de este tipo que restringen su radio de actuación al espacio controlado de manera directa por la empresa multinacional. Antes bien, la gran mayoría se cuida de introducir alguna previsión dirigida a proyectar su influencia más allá, hacia la red externa

(50) Con todo, en opinión de S. NADALET, “La dimensione globale della responsabilità giuridica delle imprese”, cit., p. 173, la existencia del acuerdo “podría ser utilizada por un juez nacional para ir más allá de la distinta personalidad jurídica de las sociedades del grupo, considerando que la filial que ha distribuido el documento es al mismo tiempo responsable de su puesta en práctica”.

de colaboradores, contratistas y socios comerciales que integran las cadenas mundiales de producción o suministro de estas empresas⁽⁵¹⁾.

La explicación de esta tendencia a sobrepasar el “mercado de trabajo interno” de la multinacional para tratar de incidir sobre el “mercado de trabajo externo” que lo alimenta⁽⁵²⁾ hay que buscarla en la dinámica de los procesos de producción transnacional. La globalización económica ha traído consigo, como es de sobra conocido, una integración creciente del comercio a escala mundial. Esta integración ha venido acompañada, paradójicamente, de una cada vez más acentuada desintegración de los procesos de producción⁽⁵³⁾. En pocas décadas, las empresas multinacionales han perdido la “corporeidad fabril” que las caracterizaba para asumir el rol de “entidades articuladoras de prestaciones” desarrolladas por diversos sujetos, todos ellos dotados de personalidad jurídica independiente aunque conectados con ellas a través de vínculos societarios, como ocurre en el caso de los grupos de sociedades, o contractuales, como sucede con las redes de subcontratación⁽⁵⁴⁾. En estas condiciones, la sola aplicación del acuerdo marco a las filiales de la multinacional, que integran apenas la primera de las dos formas de vinculación antes aludidas, con ser importante, no está en condiciones de cubrir la totalidad de las actividades que se articulan a su alrededor, ya que excluye a todos aquellos colaboradores que mantienen con ella relaciones de naturaleza contractual en vez de societaria. Y, por tanto, ni asegura a las organizaciones sindicales firmantes la aplicación de los derechos reconocidos por el pacto a todos los trabajadores que intervienen en los procesos de producción vinculados a la multinacional, ni ofrece a esta última la garantía de que en tales procesos no se producirán vulneraciones de esos derechos capaces de dañar su imagen institucional y comercial.

La satisfacción plena de los propósitos que impulsan a las federaciones sindicales mundiales y las casas matrices a suscribir acuerdos marco internacionales pasa, así pues, por el diseño de fórmulas que permitan extender su radio de influencia más allá de los grupos stricto sensu, hacia los siguientes eslabones de sus cadenas mundiales de producción. Es más, puede afirmarse que ese objetivo depende en realidad bastante más de que se produzca dicha extensión que de la aplicación de lo pactado al interior del grupo multinacional.

(51) El porcentaje de AMI que incluyen cláusulas dirigidas a la red externa de colaboradores de las multinacionales es de aproximadamente el 80 %, como apuntan I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct ...*, cit., p. 28.

(52) Por utilizar nuevamente la terminología de S. NADALET, op. cit., p. 168.

(53) Vide N. HAMMER, “Acuerdos marco internacionales en el contexto de la producción mundial”. En: K. PAPADAKIS (editor), *Diálogo social y acuerdos transfronterizos. ¿Un marco global emergente de relaciones industriales*, cit., p. 124, con cita de los trabajos de G. GEREFFI.

(54) Para un desarrollo mayor del tema puede consultarse el trabajo referido en *supra* nota 1, pp. 447-451 y la bibliografía allí citada.

Esto es así, antes nada, porque existen numerosos sectores en los que las cadenas de producción están compuestas casi de manera exclusiva por empresas subcontratistas, que son las que se encargan de la realización completa de los procesos de elaboración de los bienes que llevan las marcas de las compañías multinacionales, encargándose la casa matriz, en solitario o con la colaboración de unas pocas filiales, exclusivamente del diseño, la planificación, el márketing y la comercialización. Este es el caso de los sectores textil y de la confección, en los que las compañías titulares de las marcas se encuentran totalmente apartadas de la fabricación de los productos que comercializan, pero también de muchos otros, como los del calzado, la equipación deportiva, la fabricación de juguetes, etc. Es obvio que en estos sectores, en los que las cadenas de producción se encuentran dirigidas por los compradores en vez de por los fabricantes⁽⁵⁵⁾, un acuerdo marco restringido al grupo tendría una eficacia puramente simbólica, ya que no se aplicaría en ninguno de los establecimientos en los que se lleva a cabo de manera real y efectiva la producción de los productos comercializados por la multinacional⁽⁵⁶⁾. Pero es que incluso en los sectores industriales, extractivos y de servicios donde las filiales tienen un peso importante y los grupos multinacionales mantienen el control directo de los procesos de producción por jugar un papel esencial el capital y la tecnología, es decir en las cadenas de producción lideradas por los fabricantes, la colaboración de los proveedores y las redes de subcontratistas está asumiendo una importancia cada vez mayor, llegando en muchos casos a superar su volumen de producción al del entorno de las casas matrices⁽⁵⁷⁾. Limitar el ámbito del acuerdo marco a dicho entorno supondría, por ello, incluso en estos casos, dejar sin cobertura a un segmento importantísimo la actividad productiva vinculada a la cadena de valor controlada por la multinacional.

Por lo demás, tampoco debe perderse de vista que donde el “riesgo reputacional” que las empresas multinacionales buscan conjurar mediante el recurso a los instrumentos que vienen siendo estudiados resulta especialmente patente es en el ámbito de las redes de subcontratación internacional más que en el entorno de los grupos, sujetos al fin y al cabo a su vigilancia y control inmediatos. En este sentido, que empresas de dimensión mundial como Chrisler, Volkswagen, Bosh o Telefónica se comprometan a no recurrir, ellas

(55) El empleo de esta distinción en N. HAMMER, “Acuerdos marco internacionales en el contexto de la producción mundial”, cit., pp. 124-125.

(56) Es por esta razón que, tanto el Código de Conducta como el AMI de Inditex, una de las empresas líderes del sector textil a nivel internacional, están diseñados para ser aplicados a sus redes de talleres y colaboradores externos y no a la propia compañía.

(57) Vide, destacando la relevancia de este dato para valorar la efectividad de los instrumentos que se viene estudiando, I. BOIX, “Los derechos del trabajo en las cadenas de producción de las empresas multinacionales”. En: <http://www.lainsignia.org/2007/agosto/econ_007.htm> (consulta del 19/10/2007).

o sus filiales, al trabajo forzoso, la explotación infantil o las prácticas antisindicales o discriminatorias puede parecer más una estrategia publicitaria que otra cosa, dado su inmenso potencial económico y su enorme visibilidad, que las sitúa permanentemente bajo el foco de atención de la opinión pública y los consumidores. No lo es, en cambio, que estas empresas asuman el compromiso de exigir ese comportamiento a todas las sociedades que con ellas contraten, toda vez que es en el ámbito de las empresas proveedoras y subcontratistas, más pequeñas, menos visibles y más expuestas a la competencia, donde existe verdaderamente el peligro de que dichas violaciones se produzcan. Como se ha afirmado, es a lo largo de las cadenas de valor donde en realidad “se quiebra la cadena de los derechos”⁽⁵⁸⁾.

La problemática que suscita la aplicación de los acuerdos marco internacionales a los colaboradores externos de las empresas multinacionales es en parte similar y en parte diferente a la que conlleva su exigencia al interior de los grupos liderados por estas. La principal similitud tiene su origen en la circunstancia de tratarse en ambos casos de sujetos dotados de personalidad jurídica diferenciada de la casa matriz. Esto determina que esta clase de instrumentos no sean capaces de dar lugar a obligaciones directamente exigibles a las sociedades auxiliares y contratistas, de la misma manera que tampoco generan deberes en cabeza de las filiales de la multinacional, como antes se vio⁽⁵⁹⁾. En ambos casos, pues, es la casa matriz que ejerce el liderazgo, tanto sobre el grupo como sobre la cadena de suministro, la que ha de asumir en todo caso ante las federaciones sindicales internacionales de rama y los demás sujetos firmantes de estos acuerdos el compromiso de aplicarlos a tales sujetos, que ostentan frente a ellos la condición formal de terceros, debiendo recurrir para ello necesariamente a herramientas que se sitúan al “exterior” de esta.

La diferencia radica en el tipo de relación que la matriz mantiene con sus filiales y con las compañías que, sin ostentar esa condición, se integran en sus cadenas de valor. En el primer caso se trata de una relación permanente de carácter orgánico, marcada por el control que la primera ejerce sobre la propiedad o los órganos de gobierno de las segundas. Aquí es claro que, pese a situarse extramuros del espacio del acuerdo marco, el vínculo existente entre las sociedades es uno de la suficiente consistencia e intensidad como para permitir a la empresa líder garantizar la aplicación por sus filiales de los

(58) W. CERFEDA. “El sindicalismo ante la responsabilidad social empresarial”. En: *Cuadernos de Información Sindical*. 2005, núm. 63, p. 14.

(59) Como apunta S. NDALET, “La contrattazione collettiva ...”, cit., p. 623, “en ausencia de firma conjunta por cada uno de los elementos constitutivos del grupo o de la red (...) resulta actualmente poco probable (...) superar la independencia jurídica entre las sociedades y el principio general del efecto relativo de los acuerdos”. Vide también I. DAUGAREILH, “La dimensione globale ...”, cit., p. 173.

estándares convenidos. Para ello cuenta con la posibilidad de incidir sobre la dinámica “interna” de estas últimas mediante decisiones relacionadas con la esfera de su gestión. La situación es diferente tratándose de los contratistas, fabricantes y proveedores externos, ya que la relación que mantienen con la multinacional no es permanente ni orgánica, sino que tiene alcance temporal y naturaleza contractual, al basarse en la atención de encargos o pedidos concretos de la matriz o sus filiales, bien que con una asiduidad superior a la que se produciría de tratarse de sociedades no articuladas desde el punto de vista económico. Así, aunque los lazos entre los miembros de estas redes tengan por lo general una vigencia mayor que los de mercado por tratarse de empresas con un importante grado de integración económica, son bastante menos intensos e incisivos que los nexos de carácter jerárquico que existen entre una matriz y sus filiales⁽⁶⁰⁾. Y, desde luego, no permiten a la multinacional condicionar “desde dentro”, es decir incidiendo sobre su gestión, el funcionamiento de sus colaboradores.

Esto no significa, naturalmente, que las empresas multinacionales no puedan condicionar la conducta de sus socios comerciales, reconduciéndola de ser necesario a cauces respetuosos del acuerdo marco que han suscrito. Las relaciones al interior de las redes de colaboradores de las multinacionales conforman, como se ha apuntado, un universo de culturas contractuales semiautónomas, basado en la articulación de relaciones orgánicas, cooperativas y de solidaridad a las cuales subyace “una invasiva y omnipresente dominación jerárquica”⁽⁶¹⁾. Lo que ocurre es que ese control, que puede presentar una intensidad mayor o menor según los casos debe existir siempre para poder hablar con propiedad de la pertenencia del sujeto a la red, no se instrumentaliza en términos jurídicos a través de cauces societarios sino más bien contractuales. Es decir, mediante la suscripción de una sucesión de contratos que dan lugar a la inserción de la empresa auxiliar o el contratista dentro del proceso global de producción gobernado por la multinacional. El resultado es un control más *de facto* que *de jure*, vale decir más económico que jurídico, aunque igualmente capaz de permitir a quien ejerce el liderazgo dentro de la red influir sobre la manera de actuar de sus demás integrantes. Para ello solo es preciso que la multinacional se decida a instrumentalizar en un sentido favorable al respeto de las previsiones del acuerdo marco los vínculos contractuales que mantiene con sus colaboradores, convirtiendo su respeto en un factor determinante, condicionante o, en todo caso, favorecedor del establecimiento o la permanencia de la relación comercial con ellos. Entonces el contrato mercantil se convertirá en un instrumento de garantía del cumplimiento

(60) Conforme destaca A. SOBCZAK, “Codes of conduct ...”, cit., p. 226.

(61) Vide nuevamente A. SOBCZAK, loc. cit. Con cita de R. GORDON.

del acuerdo marco, estando en condiciones de ejercer una presión consistente en tal dirección⁽⁶²⁾.

La posibilidad de imponer el respeto del acuerdo marco a los colaboradores externos es, de tal modo, real. No obstante, se encuentra rodeada de dificultades muy superiores a las que se presentan cuando de lo que se trata es de garantizar su aplicación por las empresas del propio grupo. Para empezar porque, como se ha destacado, la presión que la multinacional está en condiciones de ejercer sobre dichos socios comerciales es siempre una presión “externa”, dirigida a condicionar la conducta de un tercero sobre cuyas decisiones no se ejerce ninguna influencia directa. A ello hay que añadir que los centros de producción en los que deberá ejecutarse lo pactado, además de estar situados por lo general en regiones o lugares muy distantes de la sede central de la compañía, tampoco se encuentran sometidos a su vigilancia inmediata. Y, sobre todo, el hecho de que las cadenas de producción no necesariamente se detienen en los colaboradores directos de las empresas multinacionales o sus filiales, que suelen ser empresas de dimensión mediana o grande que trabajan para una o unas pocas marcas, sino que pueden comprender varios niveles más de contratistas o suministradores, que no tienen ya relación contractual directa con la multinacional o sus filiales, sino solamente con el que ocupa el nivel superior⁽⁶³⁾.

Garantizar la “trazabilidad social” de los productos de las multinacionales a lo largo de sus cadenas de suministro⁽⁶⁴⁾ requiere, de este modo, no solo exigir la aplicación de los acuerdos marco a organizaciones sobre cuyas decisiones no ejercen una influencia directa y cuyos centros de actividad suelen estar muy alejados de la sede central, sino extenderla a una gama indeterminada de sujetos⁽⁶⁵⁾, compuesto por todos aquellos que se integren en alguno de los sucesivos eslabones de estas. Ello es posible, naturalmente, si los mecanismos que garantizan la aplicación de acuerdo marco a la primera línea de suministro se extienden a las siguientes, convirtiendo el respeto de las condiciones laborales garantizadas por este en un requisito que los socios comerciales de la multinacional han de exigir, a su vez, a quienes colaboren con ellos, dando lugar así a una suerte de un juego “en cadena” responsabilidades

(62) En la misma dirección vide I. DAUGAREILH, “La contrattazione collettiva ...”, cit., p. 625 para quien de lo que se trata es de introducir en los acuerdos comerciales cláusulas que retomen las obligaciones contenidas en los acuerdos marco.

(63) Véase, sobre este particular, las observaciones de I. BOIX, “Los derechos del trabajo ...”, cit., p. 2.

(64) Por decirlo con palabras de W. CERFEDA, “El sindicalismo europeo ...”, cit., p. 14.

(65) Conforme observa S. NADALET, “La dimensione globale ...”, cit., p. 169.

contractuales.⁽⁶⁶⁾ No obstante, esto plantea, como salta a la vista, dificultades muy superiores a las ya apuntadas con carácter general.

Son seguramente estas dificultades las que conducen a las empresas multinacionales a adoptar una actitud bastante más cautelosa frente a sus colaboradores externos que la que mantienen cuando se trata de imponer el respeto de los acuerdos marco a sus filiales. Esta se refleja en la gran diversidad de cláusulas que sobre la vinculación de proveedores y contratistas se registran en estos instrumentos, así como en la heterogeneidad de los niveles de compromiso que estas traslucen.

El nivel más bajo de empeño, descontando aquellos acuerdos marco que no se refieren a la cuestión, viene dado por la introducción de una obligación de mera información sobre la existencia del pacto, no acompañada de ninguna exigencia adicional, que se registra de manera aislada en algún instrumento de este tipo⁽⁶⁷⁾. Más frecuente es, en cambio, que las multinacionales asuman un “deber de influencia” sobre sus socios comerciales, encaminado, no tanto a exigirles su cumplimiento como a fomentar que se ajusten de forma voluntaria a sus reglas o se guíen por políticas empresariales basadas en “principios similares”⁽⁶⁸⁾.

Las fórmulas elegidas para ello son variadas y portadoras además de diversos matices en cuanto al grado de compromiso que conllevan. Desde las más laxas, que se conforman con afirmar que la multinacional “apoya y anima”, “estimula”, “favorece”, “promueve” o “valora” que sus socios comerciales “tengan en cuenta” en sus actividades los contenidos del acuerdo marco⁽⁶⁹⁾; hasta otras, algo más exigentes, que señalan que esta “pide” o “espera” que sus colaboradores lo “apliquen”⁽⁷⁰⁾, “tratará de convencerlos” de que lo

(66) Como apunta I. DAUGAREILH, “La contrattazione collettiva ...”, cit., p. 625, en estos casos el acuerdo marco estará en condiciones de ser aplicado “por efecto de los mecanismos contractuales en cadena”.

(67) Es el caso, únicamente, del AMI de Skanska, donde simplemente se afirma que “los proveedores también deben ser informados de este acuerdo”.

(68) La caracterización de estas cláusulas como generadoras de una “obligación de influencia” es propuesta por A. BAYLOS GRAU, “Los acuerdos-marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”. En: *Revista de Derecho Social*. núm. 28, 2004, p. 208, y A. MERINO SEGOVIA, “Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas”. En: M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *La negociación colectiva europea*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 390.

(69) Cláusulas de este tenor se pueden encontrar en los AMI de Chrisler, Volkswagen, Rheinmetall, Leoni, Prim y Rochling (apoyar y animar), Gea (estimular), Lukoil, Statoil y Norske (favorecer), Italcementi (promover) y Merloni (valorar).

(70) Según se lee en los AMI de Valourec, de un lado, y de Stabilo y Wilkhahan, del otro.

hagan⁽⁷¹⁾ o “ejercerá su influencia” y “los apoyará”⁽⁷²⁾ con tal propósito, bien que sin poner de manifiesto las consecuencias que tendría la no adhesión o la falta de respeto a los principios reconocidos por el acuerdo⁽⁷³⁾.

En todos estos casos nos encontramos, como se acaba de indicar, delante de cláusulas generadoras de deberes de mera influencia en cabeza de la empresa multinacional, que exigen de ella, no la garantía de la adhesión de sus suministradores y contratistas, sino el mantenimiento de una actitud diligente en cuanto a la promoción de su adhesión al acuerdo o el respeto de principios similares, a la que es en principio extraña la adopción de medidas coercitivas y la asunción de cualquier responsabilidad en caso de no obtenerse ese resultado. El espacio se abre más bien a medidas de acción positiva, que favorezcan el compromiso voluntario de los socios comerciales con el acuerdo marco.

Este es un paso que dan un buen número de acuerdos marco, en particular del sector del metal y la automoción, que complementan el citado deber de influencia con la expresa indicación de que el respeto de las previsiones del acuerdo marco constituirá el “fundamento” o una “base favorable” o “ventajosa” para el establecimiento de “una asociación” o “relaciones duraderas” o “provechosas en el futuro” con la multinacional⁽⁷⁴⁾. La presencia de este tipo de cláusulas presupone la existencia de la vocación de esta última de primar en sus relaciones comerciales aquellas sociedades auxiliares y contratistas que atiendan a las acciones de fomento antes indicadas, aunque sin asumir un deber jurídico en tal sentido. Nuevamente, el cumplimiento de la obligación se resuelve en el plano de la diligencia antes que en el del resultado, lo cual no quiere decir que este tipo de estipulaciones no puedan ser eficaces si la compañía asume de forma seria y decidida ese compromiso y obra en consecuencia, favoreciendo relaciones estables con los socios que demuestran una actitud consecuente hacia el acuerdo y restringiendo el contacto con los que no actúen de igual manera.

El salto hacia un auténtico deber jurídico de exigir el respeto de su contenido lo da otro importante grupo de acuerdos marco que convierte su acatamiento en una condición o requisito para el establecimiento o la permanencia de la relación comercial con los proveedores y contratistas. El pacto se

(71) En palabras del AMI de OTE.

(72) De acuerdo con la redacción de los AMI de Aker e Ikea.

(73) Como apuntan críticamente I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct and internacional...*, cit., p. 29.

(74) Puede verse, recurriendo a formulaciones del tenor de las citadas, los siguientes AMI, todos ellos del sector del metal y la automoción: Chrysler, Volkswagen, Rheinmetall, Leoni, Prim, Renault, Rochling, BMW y Arcelor. Más allá, recogen este planteamiento los AMI de Stabilo, Wilkhahan, Umicore y France Telecom.

incrusta o inserta, de este modo, en las relaciones contractuales entre la multinacional y sus socios⁽⁷⁵⁾, con el propósito de servirse de estas como “palanca” para proyectar su aplicación a la cadena de valor, en la línea de la posibilidad apuntada páginas atrás.

Esta es una previsión que en los últimos años se encuentra presente en cada vez más instrumentos de este tipo, bien con un alcance general o bien de manera singularizada para un núcleo especialmente cualificado de sus disposiciones, vinculado por lo general con la garantía de condiciones básicas en materia de seguridad y salud en el trabajo o con el respeto de los derechos laborales fundamentales proclamados por la Declaración de la OIT de 1998.

La consideración del respeto del acuerdo marco como condición para el establecimiento de relaciones comerciales con la multinacional aparece recogida de diversas maneras. Hay algunos que indican que el “cumplimiento” de la totalidad de sus disposiciones o el “respeto” o el “compromiso” con una parte singularmente relevante de ellas constituye “criterio de selección” o incluso “criterio determinante de selección” de los proveedores⁽⁷⁶⁾. En otros casos, lo que se hace es establecer específicos deberes en tal sentido en cabeza de la multinacional, sean estos de naturaleza positiva o negativa. Lo primero ocurre cuanto se señala que la compañía “contratará solo a los contratistas, subcontratistas y proveedores que respeten” el contenido del acuerdo marco⁽⁷⁷⁾, o que se propone “solo colaborar” con aquellos que lo “reconocen y aplican”⁽⁷⁸⁾; mientras que lo segundo sucede cuando se afirma que esta “no contratará” empresas “que deliberadamente violen” los principios estipulados en el acuerdo marco⁽⁷⁹⁾, “se abstendrá de utilizar los servicios” de aquellos que no los “respeten”⁽⁸⁰⁾ o “no utilizará a sabiendas” a aquellos que “conscientemente” los “violan”⁽⁸¹⁾.

(75) Como apunta S. Nadalet, “La dimensione globale ...”, cit., p. 177.

(76) Vide los AMI de Eads, Renault y PSA Peugeot Citroën, el primero con alcance general y los dos restantes en relación con lo pactado en materia de prevención de riesgos profesionales y prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil y en materia de “derechos humanos”, respectivamente.

(77) Conforme se lee en el AMI de Impregilo. En el mismo sentido puede verse también el AMI de VolkerWessels.

(78) De acuerdo con la redacción del AMI de Staedtler. Más ambiguo es el AMI de Lafargue, que se conforma con señalar que la empresa “procurará” utilizar los servicios de aquellos colaboradores que cumplen con dichos criterios. Como puede apreciarse, en todos los casos citados en esta nota y la precedente los AMI afectan a empresas del sector de la construcción y la madera.

(79) Esta previsión aparece en el AMI de Elanders, bien que precedida de la indicación, que contribuye a morigerar su pretendido carácter vinculante, de que ello ocurrirá “en tanto sea posible”.

(80) La fórmula se recoge en el AMI de Royal Bam.

(81) En la redacción del AMI de Quebecor.

En otro grupo de acuerdos marco, menos numeroso, la atención se desplaza del inicio de la relación contractual a su desenvolvimiento, mediante la previsión de una obligación de vigilancia o control de la multinacional sobre sus colaboradores. Así ocurre cuando se afirma que esta “requerirá” a estos para “que aporten pruebas razonables” de que “respetan” los derechos laborales básicos consagrados por el acuerdo marco⁽⁸²⁾ o se señala que “las empresas del grupo “se cerciorarán sistemáticamente de que los contratistas a los que recurren” se ajustan a dicha exigencia⁽⁸³⁾. El corolario de este tipo de estipulaciones no puede ser otro, como es evidente, que la adopción de medidas correctoras por parte de la multinacional cada vez que son incumplidas. E incluso la ruptura de la relación comercial en caso de que estas no sean eficaces y se revele una voluntad deliberada de los socios de no respetar los derechos que son objeto de garantía. No obstante, esta es una previsión que no aparece recogida, al menos de forma expresa, en los pactos que las incluyen.

Más frecuente es, con todo, que el acento venga puesto, antes que en el deber de la multinacional de seleccionar a sus colaboradores, en la obligación de estos de respetar el contenido de los acuerdos, asumirlo o adherirse a ellos. Nuevamente, las fórmulas utilizadas aquí son variadas, aunque todas expresivas de la misma idea: para integrarse en las cadenas mundiales de producción lideradas por la sociedad titular de la marca, los contratistas y suministradores deberán asumir ante ella el compromiso de acatar lo dispuesto por el acuerdo marco. Así, puede afirmarse que la multinacional “planteará a las empresas que pretendan la adjudicación de contratos de obras o servicios” por sociedades integrantes del grupo “la necesidad de atenerse” a los principios recogidos por el acuerdo marco⁽⁸⁴⁾ o que esta “requiere” a sus “socios contractuales” que lo “apoyen”⁽⁸⁵⁾. E incluso señalarse, de manera más explícita, que “al inicio de las relaciones comerciales” y “en la adjudicación de contratos” se planteará “la condición de aceptación” del acuerdo⁽⁸⁶⁾, que la empresa incluirá en los contratos con los suministradores “cláusulas apropiadas” y los requerirá “llenar un cuestionario relacionado con su conformidad con las cláusulas del

(82) Este es el caso del AMI de Chiquita, donde se añade, de todas formas, que “las partes convienen en que la efectiva aplicación de esta disposición depende de diversas condiciones, por ejemplo, el relativo grado de influencia de Chiquita sobre sus proveedores y la disponibilidad de suministros apropiados que sean comercialmente viables”.

(83) El texto pertenece al AMI de Electricité de France, que lo refiere, de manera más general, a la comprobación de que los contratistas “realizan un trabajo de buena calidad, acatando la legislación local y la normativa internacional vigente (por ejemplo, en lo referente a la prohibición de trabajo infantil)”.

(84) En la fórmula utilizada por el AMI de Telefónica.

(85) Conforme hacen el AMI de Ballast Nedam.

(86) Según la precisa fórmula empleada por el AMI de Wilkhahan.

acuerdo”⁽⁸⁷⁾ o que esta “aseguraré” que el acuerdo sea objeto de adhesión por cualquiera de los socios contractuales que se encuentren de cualquier modo en relación con su actividad económica⁽⁸⁸⁾.

Todas las cláusulas de este segundo gran bloque, y muy en particular las dos últimas, ponen el acento en la “contractualización” del acuerdo marco, derivada de la aceptación de su contenido por los contratistas o el condicionamiento de su pertenencia a la cadena de producción a su respeto, y el empleo de esta como garantía de su exigibilidad. Efecto de esta proyección al plano de la relación mercantil es la generación de un deber jurídico de cumplimiento de su contenido, que habilita a la multinacional a reaccionar frente a los comportamientos que no ajusten a él en el ámbito de dicha relación, exigiendo a los socios comerciales la adopción de medidas correctoras e incluso optando por la suspensión o resolución de esta en supuestos especialmente graves. Todo incumplimiento del acuerdo marco es susceptible de ser considerado, en este sentido, un incumplimiento del contrato mercantil al que pueden anudarse las consecuencias propias de este⁽⁸⁹⁾.

Este plano de las sanciones, finalmente, es el elegido por algunos acuerdos marco para situar su cumplimiento por los contratistas y colaboradores externos en el terreno de la obligatoriedad o reforzar la efectividad de su aplicación. En estos casos se suele hacer referencia a la posibilidad de que la multinacional penalice a estos con la “rescisión” o “resolución” de sus contratos⁽⁹⁰⁾, la “retirada del panel” o la “interrupción” o el “cese” de sus relaciones comerciales⁽⁹¹⁾, bien que no ante cualquier incumplimiento, sino solo frente a aquellos que, además de ser especialmente graves y no haber sido corregidos luego de una advertencia o la adopción de medidas correctoras de menor entidad, afecten a determinadas disposiciones, a las que las partes conceden una relevancia singular. Mención especial merecen aquí, dependiendo de los casos, las violaciones de “los derechos humanos” en general, de “las normas básicas internacionales adoptadas por la OIT”, de los convenios de esta organización sobre trabajo forzoso y trabajo infantil, de

(87) Esta doble exigencia aparece en el AMI de Staedtler.

(88) De acuerdo con la formulación empleada por el AMI de Hochtief.

(89) Apuntan también en esa dirección, aunque sin configurar la asunción del pacto como una condición para el establecimiento de relaciones contractuales, el AMI de Renault, en el que se indica que la empresa “informa a sus proveedores” de su contenido, “invitándolos a adherirse al mismo”, y el de ENI, donde se afirma que, “por lo que concierne a las actividades asignadas a terceros”, esta sociedad “intentará encontrar, en el ámbito de las relaciones contractuales existentes, oportunas fórmulas a garantía de eventuales violaciones”. Con todo, debe advertirse que, una vez producida la adhesión, su funcionamiento no difiere del descrito.

(90) En la terminología utilizada, respectivamente, por los AMI de Merloni y Arcelor.

(91) Conforme indican, sucesivamente, los AMI de PSA Peugeot Citroën, Rhodia y Electricité de France.

“las exigencias sobre seguridad y salud de los trabajadores”, la “protección medioambiental” o incluso de cualquiera de todas ellas⁽⁹²⁾.

Debe advertirse, con todo, que este tipo de cláusulas conllevan la introducción de una verdadera condición resolutoria en los contratos de las empresas colaboradoras únicamente cuando hayan sido incorporadas a estos o el acuerdo marco cuente con la adhesión de estas⁽⁹³⁾. En caso contrario, serán expresivas solo de un compromiso de proceder a la adopción de las medidas descritas, asumido por la multinacional ante las organizaciones firmantes, no vinculante en principio para sus socios comerciales. La suspensión o ruptura de la relación comercial puede así venir exigida y ser legítima desde la perspectiva del acuerdo marco, pero no de los contratos mercantiles suscritos por esta, pudiendo por tanto generar responsabilidades en este ámbito. Esta es una consecuencia que solo puede ser evitada, según se ha dicho, mediante la incorporación del deber de respeto de los principios y derechos consagrados por el acuerdo marco a la relación contractual con los colaboradores externos, bien recabando su aceptación o bien incluyendo en sus contratos cláusulas que prevean dicha obligación y anuden a su incumplimiento las consecuencias previstas por este.

El amplio y variado abanico de cláusulas de “proyección” del contenido de los acuerdos marco internacionales hacia las cadenas mundiales de producción que hasta aquí ha sido reseñado se encuentra lastrado, no obstante, por una importante limitación. Esta se relaciona con su ámbito potencial de aplicación, que se restringe por lo general al primer eslabón de dichas cadenas, es decir a los colaboradores o contratistas directos de las empresas multinacionales y sus filiales. Quienes ocupan los restantes niveles quedan, de tal modo, fuera de su espacio de influencia, pese a desarrollar igualmente actividades integradas en el proceso productivo global de la principal. Y a que respecto de ellos el riesgo de violaciones de los derechos que se busca proteger resulta tanto o más patente que en los superiores, como se dejó dicho.

Lo anterior es algo que las multinacionales han tratado de dejar claro desde un inicio un buen número de acuerdos marco que se cuidan de señalar que los concernidos por estas cláusulas son “sus” proveedores, contratistas, suministradores o socios comerciales⁽⁹⁴⁾. No obstante, el mismo planteamien-

(92) Véase, sucesivamente, los AMI de PSA Peugeot Citroën, Bosh, Merloni y Electricité de France. La referencia conjunta a todos los bloques de materias aludidos por los anteriores se hace en el AMI de Rhodia.

(93) Como apunta R. TASCÓN LÓPEZ. *Aspectos jurídico-laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*. Ediciones CEF, Madrid, 2008, p. 106.

(94) Puede verse, como ejemplos de AMI de diversos sectores que incluyen esta referencia, los de CHIQUITA, Rhodia, Stabilo, Arcelor, Volkswagen, Rheinmetall, GEA, BMW y Prim, entre otros muchos. Más explícito es el caso de DANONE, que se cuida de aclarar que su compromiso de

to se encuentra implícito en los demás, en la medida en que solo quienes hayan contratado directamente con la matriz o alguna de sus filiales pueden ser considerados, con propiedad, socios comerciales de estas.

De todas formas, a despecho de la mayor dificultad que supone esta exigencia, hay algunos acuerdos marco que se cuidan de incluirla de forma expresa. Esta proyección hacia los “suministradores de los suministradores”, como se los ha denominado⁽⁹⁵⁾, se instrumentaliza por lo general a través de la indicación de que los contratistas y colaboradores externos que se sitúen en la primera línea de la cadena de suministro deberán comprometer, a su vez, a quienes colaboren con ellos a respetar o adherirse al pacto, dando lugar a través del “encadenamiento” de contratos que de tal modo se produce a una aplicación “en cascada” de este. En algún caso esta previsión es incluida con carácter puramente recomendatorio, al señalarse que la multinacional “pide a sus proveedores un compromiso similar” al asumido por ellos “respecto a sus propios proveedores y subcontratistas”⁽⁹⁶⁾. En otros, sin embargo, se la dota de obligatoriedad. Así, cuando se señala que “el contratista debe aplicar a su vez a todo contratista que pudiera eventualmente contratar para la misión del caso, las exigencias” que el grupo “le impuso a él mismo”⁽⁹⁷⁾ o que la multinacional requiere de sus colaboradores directos que “garanticen que cualquiera de sus socios contractuales que se encuentren de alguna forma activos en las actividades de negocio” vinculadas a ella “se adhieran” al acuerdo⁽⁹⁸⁾. Existe incluso un acuerdo marco que incluye el compromiso directo de la multinacional respecto del “cumplimiento de los derechos humanos y laborales fundamentales” por él consagrados “en su cadena de producción para todos los trabajadores, ya sean directamente contratados” por ella o “por sus fabricantes y/o talleres externos”⁽⁹⁹⁾. El mecanismo jurídico a través del cual se instrumenta esta garantía esta representado, de todos modos, también por la adhesión de dichos colaboradores a los compromisos asumidos por la multinacional y la exigencia de que “promuevan su responsabilidad”, asegurando que “tanto ellos mismos como sus subcontratistas cumplan con los estándares” proclamados⁽¹⁰⁰⁾.

cumplir el acuerdo sobre “principios sociales fundamentales” suscrito con UITA abarca solo a “sus proveedores y contratistas principales”.

(95) Por I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct...*, cit, p. 30.

(96) El texto pertenece al AMI de PSA PEUGEOT CITROËN.

(97) Según se lee en el AMI de ELECTRICITÉ DE FRANCE.

(98) Vide, con redacción muy similar, los AMI de HOCHTIEF y BALLAST NEDAM.

(99) Se trata del AMI de INDITEX, único suscrito de momento en el sector textil y de la confección, en el que predominan los códigos de conducta de carácter unilateral.

(100) Este compromiso se articula a través de la exigencia de adhesión al Código de Conducta de Fabricantes y Talleres Externos de INDITEX, que es el instrumento en el que se enumeran los principios y derechos que estos deberán respetar en relación con su personal, siendo el AMI más bien una herramienta de garantía de la aplicación del primero basado en la colaboración de las organizaciones sindicales.

IV. LOS DESAFÍOS DE FUTURO DE UNA HERRAMIENTA TODAVÍA EN FASE DE CONSTRUCCIÓN

Luego del análisis desarrollado en los apartados precedentes no es difícil concluir que los acuerdos marco internacionales representan en la actualidad bastante más que meras declaraciones de intención favorables al respeto un núcleo básico de derechos laborales por parte de las empresas multinacionales. En realidad, como se ha puesto de manifiesto, estos pactos constituyen ahora mismo el único instrumento capaz de superar la barrera representada por la soberanía de los Estados⁽¹⁰¹⁾, garantizando la aplicación de las normas internacionales del trabajo en las que suelen estar basados, si no a todos los trabajadores del mundo, al menos al conjunto de los que participan en los mismos procesos productivos globales, sin importar su ubicación geográfica o la personificación del sujeto para el que desarrollan su labor.

El mecanismo utilizado para conseguir esta inusual proyección no forma parte, como se habrá podido constatar también, del arsenal de soluciones a través de las cuales los ordenamientos nacionales han optado por reforzar la efectividad de los productos de autonomía colectiva, haciéndolos vinculantes para los trabajadores y empresarios individualmente considerados. Antes bien, en ausencia de cualquier disposición de derecho internacional, comunitario o interno que les reconozca poder para obligar, estos instrumentos se han inclinado por introducir soluciones pragmáticas, aunque susceptibles igualmente de ofrecer resultados positivos, basadas en la instrumentalización de la relación orgánica o comercial que las multinacionales mantienen con las sociedades que intervienen en la fabricación de sus productos. Esto supone, como es obvio, una “mercantilización” de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, que conecta con la función de medios de control del *dumping* social y la competencia desleal que puede asignarse a estos pactos. No obstante, tampoco debe perderse de vista que estos promueven una paralela “laboralización” de las relaciones comerciales internacionales, que favorece la consideración del respeto de dichas normas como elemento condicionante de su desenvolvimiento. Estos instrumentos “recuperan” así, aunque proyectado a un plano distinto, su papel esencial de medios de garantía de unas condiciones laborales básicas para todos los trabajadores a nivel global.

Otro rasgo que trasciende del examen del conjunto de acuerdo marco internacionales negociados hasta la fecha es la emergencia de una clara tendencia a proyectar sus previsiones más allá del ámbito sujeto al control directo de las multinacionales, hacia sus redes de socios y colaboradores externos,

(101) Como apunta A. PERULLI, “Corporate social responsibility e diritto del lavoro”, en A. PERULLI (Director), *L'impresa responsabile. Diritti sociali e corporate social responsibility*, Matelica, Halley Editrice, 2007, p. 107.

incluyendo además cláusulas que buscan garantizar su acatamiento y no solo promoverlo. La presencia cada vez más frecuente de este tipo de estipulaciones es un claro indicador de la creciente necesidad de regular de una manera más efectiva las condiciones de trabajo aplicables en las cadenas de producción gobernadas por estos conglomerados de dimensión global.⁽¹⁰²⁾ Pero también expresión de que esa regulación se encuentra ya en proceso de construcción y cuenta además con puntos de referencia dignos de ser tomados en cuenta.

Con todo, a pesar de estos avances, el gran desafío de futuro de los acuerdos marco internacionales, en el que estos se juegan su credibilidad, sigue estando representado por la garantía de su aplicación a lo largo de las cadenas globales de valor. Y en particular de aquellas que se articulan en torno a compradores, que son las que se basan, como se dejó dicho, en la disociación entre el control y la producción, de forma que la multinacional se encuentra apartada de los lugares en los que elaboran los bienes que llevan sus marcas⁽¹⁰³⁾. Es cierto que la presencia misma de cláusulas de impacto sobre toda la red es capaz de favorecer un peculiar proceso de “osmosis”, por el cual la cultura empresarial que a ellas subyace es capaz de ir impregnando poco a poco a sus colaboradores hasta “cristalizar” en el compromiso de estos con los valores que representan⁽¹⁰⁴⁾. Aún así, las cadenas de producción son demasiado largas y complejas en estos casos como para que esa benéfica influencia, de existir efectivamente, pueda llegar a todos sus eslabones. E incluso para poder ser controladas con facilidad⁽¹⁰⁵⁾. De allí que, al lado de la necesidad de extender cada vez más el radio de acción de las cláusulas que actualmente hacen exigibles los contenidos garantizados por los acuerdos marco, con el fin de llegar a abarcar en toda su extensión las redes mundiales de suministro, sea preciso desarrollar herramientas o mecanismos novedosos de verificación de su respeto. Una tarea que, al menos de momento, no ha merecido el mismo esmero por parte de los sujetos que negocian estos pactos, que han optado por centrar sus esfuerzos, seguramente con buen criterio, en la tarea primaria y esencial de proyectar su exigibilidad más allá de los confines del grupo multinacional. La necesidad social existe, y la tendencia a prestarle atención también, por lo que es razonable esperar que en el futuro puedan darse pasos en esa dirección que complementen lo avanzado hasta el momento.

(102) Conforme destacan I. SCHÖMANN, A. SOBCZAK, E. VOSS y P. WILKE, *Codes of conduct...*, cit, p. 31.

(103) Véase, en esta dirección, las atinadas observaciones de N. HAMMER, “Acuerdos marco internacionales...”, cit., pp. 120, 125 y 136-139.

(104) Como destaca R. TASCÓN LÓPEZ. *Aspectos jurídico-laborales de la Responsabilidad Social Corporativa*, cit., p. 106, citando a M. WALSH y S. SAGER.

(105) Vide, poniendo de manifiesto estas dificultades, A. MERINO SEGOVIA, “Mecanismos de regulación de la responsabilidad social de las empresas europeas”, cit., p. 375.

**COMENTARIOS A
LA REGULACIÓN DEL TRABAJO
ADOLESCENTE EN EL PERÚ**

SERGIO QUIÑONES INFANTE

COMENTARIOS A LA REGULACIÓN DEL TRABAJO ADOLESCENTE EN EL PERÚ

SERGIO QUIÑONES INFANTE⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con cifras oficiales⁽²⁾, en el Perú trabajan 1,65 millones de niños, niñas y adolescentes (NNA) entre 6 y 17 años, que representan el 23,4% del total de la población en ese rango etario. De ellos, alrededor de 832 mil (18.4% del rango etario) son NNA que tienen entre 6 y 13 años (trabajo por debajo de la edad mínima legal de admisión al empleo); mientras que 826 mil (32,0% del rango etario) son adolescentes de 14 a 17 años, que cuentan con la edad permitida para trabajar; no obstante, de estos últimos, un 33,9% realiza trabajos considerados como peligrosos. Cabe agregar que el 58,7% del total de NNA que trabaja reside en el área rural y el 87,0% de ellos tiene como tarea principal ayudar en la chacra o en el pastoreo de animales.

En atención a la grave incidencia que tiene el trabajo infantil en el país, el pasado 5 de septiembre del año en curso se publicó el Decreto Supremo N° 015-2012-TR, a través del cual se aprobó la “Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021” (ENPETI), que tiene por objetivo erradicar las peores formas de trabajo infantil y eliminar progresivamente el trabajo infantil por debajo de la edad mínima de admisión

(1) Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho del Trabajo en la PUCP y Asesor de la Dirección General de Derechos Fundamentales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(2) INEI. Encuesta Nacional de Hogares-ENAHO 2011.

al empleo (14 años), a través de un conjunto de intervenciones articuladas e intersectoriales.

La ENPETI contempla seis ejes centrales de actuación: (i) incrementar de modo sostenible los ingresos de las familias pobres con NNA que trabajan o en riesgo de hacerlo; (ii) incrementar la conclusión oportuna de la educación básica y el uso creativo del tiempo libre de los NNA; (iii) reducir la tolerancia al trabajo infantil; (iv) mejorar las condiciones laborales del trabajo adolescente permitido; (v) incrementar los servicios que protejan a los menores víctimas de las peores formas de trabajo infantil; e, (vi) identificar el trabajo infantil y generar información y conocimiento.

En el marco de la implementación de la ENPETI, se ha previsto que durante el período 2012-2014 se diseñe, ejecute y evalúe tres (3) experiencias piloto que tienen como objetivo generar evidencias sobre la efectividad de las intervenciones previstas en la Estrategia: (i) el “Proyecto Semilla”, que comprende las regiones de Huancavelica, Pasco y Junín; (ii) el “Proyecto Carabayllo”, que intervendrá en dicho distrito con el propósito de erradicar el trabajo infantil en la recolección y selección de basura, residuos y similares en zona urbana; y, (iii) el “Proyecto Huánuco”, que beneficiará a la población de 12 distritos de esa región. Estos lugares han sido elegidos porque en ellos se concentran las modalidades de trabajo infantil más extendidas y peligrosas.

Como queda en evidencia en los párrafos anteriores, la problemática del trabajo infantil es un fenómeno cuyo estudio y tratamiento excede ampliamente la perspectiva jurídica, pues supone introducirse en diversos ámbitos de análisis e intervención, como el económico, el cultural y el sociológico. Más aun en un país de matices tan complejos como es el Perú.

No obstante, y sin desconocer la amplitud de la problemática en cuestión, el objeto del presente artículo es formular algunos comentarios –a modo de aporte– a las principales normas que regulan el trabajo infantil en el Perú, enfocándonos principalmente en el Código de los Niños y Adolescentes. Para ello, empezaremos con una breve aproximación a la doctrina de la protección integral –como marco teórico que debería inspirar la regulación en la materia–, para luego repasar las normas internacionales que nos vinculan y finalmente abocarnos a nuestro principal cometido.

II. BREVE APROXIMACIÓN A LAS DOCTRINAS SOBRE LA INFANCIA⁽³⁾

En términos generales podemos hablar de un período inicial de instauración de leyes que regularon a los menores de edad en América Latina que va desde el año 1919, con la promulgación de la Ley de Patronato de Menores en Argentina, hasta el año 1939, en que se promulgan las primeras normas sobre la materia en Venezuela.

Sobre el particular, consideramos relevante efectuar algunas precisiones adicionales acerca de la Ley de Patronato de Menores o “Ley Agote” (Ley 10.903 de 1919) en tanto fue la primera regulación de menores en América Latina que consolidó la intervención del Estado en la vida de los niños y adolescentes desfavorecidos.

En efecto, la “Ley Agote” daba facultades al juez para disponer de cualquier menor que hubiera cometido o sido víctima de un delito, o se encontrara “material o moralmente abandonado”. De este modo, el Estado se asignó la tarea de educar a los niños considerados “en peligro” para evitar que se convirtieran en “peligrosos”, alejándolos de sus familias y creando instituciones que se proponían reemplazar las funciones de crianza.

Como puede apreciarse, la idea base que soportaba la regulación bajo comentario fue que la infancia abandonada, que (supuestamente) podía devenir en delincuente, debía ser protegida y reconducida. Esta intervención estatal era ilimitada y permitía disponer de los menores, al punto de tener dicha acción una connotación casi patrimonial.

Lo anterior originó una grave diferencia al interior del universo de la “infancia”, pues se distinguió a dos grupos: (i) los incluidos en las políticas sociales básicas en educación y salud, a quienes se les denominó “niños y adolescentes”; y, (ii) los excluidos de dichas políticas estatales, a quienes se les denominó genéricamente como “menores”. Naturalmente, fue a este segundo grupo al que se dirigieron las regulaciones iniciales sobre la infancia.

Precisamente, estas normas del período inicial respondieron a lo que se denomina la Doctrina de la Situación Irregular, que, cabe agregar, fue la doctrina hegemónica en América Latina hasta fines de la década del ochenta.

(3) Los alcances de este apartado han tomado íntegramente como fuente a: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fé de Bogotá: Forum Pacis, 1994.

La doctrina en cuestión puede caracterizarse como una doctrina de la “compasión-represión” hacia el menor. En esencia, se trataba de autorizar que los jueces declarasen en “situación irregular” a un niño o adolescente que enfrentara dificultades socio-económicas o familiares (un “menor”), con el objeto de legitimar una potencial acción judicial sobre ellos.

Para los menores, toda ley basada en la Doctrina de la Situación Irregular poseía la capacidad –potencial y real– de decidir concretamente cada uno de los aspectos de su vida cotidiana, al involucrarlos en circuitos de asistencia social, declaraciones judiciales de estado de abandono, entre otras acciones estatales.

En suma, las características de las leyes para menores basadas en la Doctrina de la Situación Irregular fueron las siguientes: (i) el juez de menores era la figura central; (ii) se judicializaban los problemas ante la inexistencia de recursos económicos para revertir la situación de exclusión en la que se encontraban los menores; (iii) se criminalizaba la pobreza a través de internamientos; y, (iv) se negaba sistemáticamente los derechos básicos de los niños y adolescentes en tanto personas.

Por el contrario, la denominada Doctrina de la Protección Integral, que cobró vigencia hacia fines de la década del ochenta, alude al conjunto de instrumentos internacionales que generaron un cambio cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia y que permitieron superar la visión impuesta por la Doctrina de la Situación Irregular.

El núcleo de normas internacionales que recoge la Doctrina de la Protección Integral está conformado por: (i) la Convención sobre los Derechos del Niño; (ii) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores –Reglas de Beijing–⁽⁴⁾; (iii) las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil –Directrices de Riad–⁽⁵⁾; y, (iv) las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad⁽⁶⁾.

De ellas, tuvo un rol preponderante la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en la medida que significó un cambio radical en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y con la comunidad.

(4) Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985.

(5) Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990.

(6) Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

Así, el principio del interés superior del niño (recogido en el artículo 3 de la CDN) obliga a las autoridades a repensar el concepto de políticas públicas para la infancia, buscando con ello una verdadera articulación entre el Estado y la sociedad civil y, sobre todo, concibiendo a la infancia como una categoría en su conjunto y no solo conformada por aquellos “menores” en circunstancias difíciles.

En definitiva, sobre la base de la Doctrina de la Protección Integral, el niño y el adolescente son reconocidos como sujetos plenos de derechos, lo que constituye (o debería constituir) el punto neurálgico de las nuevas regulaciones sobre la infancia.

III. LAS NORMAS INTERNACIONALES

Como ha sido adelantado en el acápite anterior, la piedra angular en lo que a derechos de menores se refiere es la CDN, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano el 4 de septiembre de 1990.

A los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (artículo 1).

Por su parte, los Estados Parte se obligan a respetar los derechos enunciados en la CDN, a asegurar su aplicación a cada niño sin discriminación alguna, y a que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas se atienda primordialmente el interés superior del niño (artículo 3).

Asimismo, se señala que los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (artículo 32).

Con ese propósito, y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte se comprometen en particular: (i) a fijar una edad o edades mínimas para trabajar; (ii) disponer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y, (iii) estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de las reglas antes mencionadas (artículo 32).

Podemos apreciar, pues, que la CDN no reconoce en estricto el derecho al trabajo de los menores de edad, sino el derecho a que éstos sean protegidos

contra toda forma de explotación económica o actividad peligrosa, situación que es considerablemente diferente en términos legales. No obstante, al desarrollar las obligaciones específicas de los Estados, se alude al establecimiento de edades mínimas de admisión al empleo y reglamentación de condiciones laborales, admitiéndose, pues, una realidad social y económica que la norma sola no puede modificar.

Del lado de la OIT⁽⁷⁾, el trabajo infantil, entendido como la producción de bienes o prestación de servicios efectuada por personas menores de 18 años, pasó rápidamente de tener un carácter formativo a uno claramente perjudicial para el desarrollo del niño. Ciertamente, en la visión de la OIT prima la convicción de que “(...) la niñez es un período de la vida que no debería estar consagrada al trabajo sino a su desarrollo físico y mental, a su educación, a sus juegos y a otras actividades recreativas”⁽⁸⁾.

De este modo, con la creación de la OIT en 1919 comienza en el plano internacional la lucha contra la explotación económica de los niños, lo que se verifica en el propio preámbulo de la Constitución de este organismo internacional, donde se declara que la protección de los niños es una de las condiciones indispensables para garantizar la paz y la justicia social. Esta lucha ha ido de la mano con la evolución de los distintos instrumentos normativos que han sido adoptados para abordar el problema⁽⁹⁾.

Así, el Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (Convenio 5) constituye el punto de partida de la actividad normativa de la OIT en la tarea de combatir el trabajo infantil, a partir del cual, y hasta el año 1973, se adoptaron un conjunto de instrumentos que regularon la edad mínima de admisión al empleo sólo en ciertos sectores de la economía: trabajo marítimo, trabajo no industrial y trabajo subterráneo (además de la industria).

En el año 1973 se inicia una segunda etapa en la evolución de los instrumentos normativos de la OIT, con la aprobación del Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Convenio 138), a través del cual se dieron por superados los convenios previos⁽¹⁰⁾ y se buscó regular la edad mínima de admisión al empleo en la totalidad de las actividades económicas, a fin de conseguir un mayor número de ratificaciones por parte de los Estados Miembros de la OIT.

(7) CARON, T. Protección de los niños y los adolescentes. En: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2002. p. 193.

(8) *Ibíd.* p. 198.

(9) *Ibíd.* pp. 193-196.

(10) La categoría de instrumentos actualizados (superados) agrupa los convenios que los Estados Miembros ya no están invitados a ratificar y las recomendaciones cuya puesta en práctica ya no se recomienda.

Finalmente, una tercera y última etapa la identificamos entre los años 1998 y 1999, en los que se adoptaron, respectivamente, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento⁽¹¹⁾ y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Convenio 182).

Habiendo efectuado esta mención genérica a la evolución de los convenios internacionales del trabajo en materia de abolición del trabajo infantil⁽¹²⁾, corresponde ahora identificar la tipología de trabajo infantil que se desprende de ellos, a fin de determinar claramente qué tipo de trabajo efectuado por menores de edad es el que debe ser combatido y cuál puede ser aceptado.

El tratado internacional aplicable en esta materia es el Convenio 138, adoptado en la 58va reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT y ratificado por el Estado Peruano el 30 de mayo de 2001.

Esta norma revisa 10 convenios internacionales del trabajo sobre la materia y sintetiza los principios contenidos en ellos. Asimismo, tiene como objetivo el establecimiento de una política nacional que busque la erradicación progresiva del trabajo infantil, para lo cual desarrolla diversos tipos de edades “pisos”.

Sobre el particular, el Convenio 138 establece tres categorías de edades mínimas y, en consecuencia, tres tipos de trabajo de menores: (i) una edad mínima general de admisión al empleo; (ii) una edad mínima más elevada para la admisión a un trabajo peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad; y, (iii) una edad inferior a la mínima general para la admisión a “trabajos ligeros”.

Con relación al primer tipo de trabajo, al artículo 2.3 del Convenio 138 señala que la edad mínima de admisión al empleo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a 15 años. No obstante, en el artículo 2.4 admite que el Estado Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existiesen, especificar inicialmente una edad mínima de 14 años.

(11) A través de ella, todos los Estados Miembros – aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales correspondientes – tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de dichos convenios, entre ellos, la abolición efectiva del trabajo infantil.

(12) La relación que existe entre estas normas internacionales y nuestra legislación interna ha sido ampliamente analizada y evaluada por el profesor Javier Neves. Sobre el particular, recomendamos consultar: NEVES MUJICA, Javier. El trabajo infantil en las acciones de interés público. En: *Ius et Veritas*. Año XII. N° 23. pp. 224-236.

En este punto, consideramos importante destacar que para la OIT el criterio de escolaridad obligatoria es sumamente eficaz para luchar contra el trabajo infantil, toda vez que si las edades de una y otra actividad difieren se generarían dos graves problemas: un período de ociosidad forzoso que podría conducir a la delincuencia (cuando la de escolaridad es inferior a la de admisión al empleo), o un incentivo para que los padres inciten a los menores a abandonar los estudios e incorporarse al empleo (en la situación inversa)⁽¹³⁾.

En lo relativo al segundo tipo de trabajo, el artículo 3.1 del Convenio 138 establece que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a 18 años. Sin embargo, en el artículo 3.3 se admite que un Estado Miembro pueda autorizar la admisión a este tipo de actividades a partir de la edad de 16 años, siempre que: (i) se efectúe una consulta previa a las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existiesen; (ii) se garantice plenamente la salud, seguridad y moralidad de los adolescentes; y, (iii) éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la actividad correspondiente.

Sobre este segundo tipo de trabajo, cabe precisar que el Convenio 138 no contiene una definición de “trabajos peligrosos”, los cuales, según lo dispuesto en el artículo 3.2, deben ser determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existiesen.

Por último, en relación con el tercer tipo de trabajo, el artículo 7.1 del Convenio 138 dispone que la legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de 13 a 15 años de edad en trabajos ligeros, a condición de que éstos no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo y no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela. Al igual que en el primer tipo de trabajo, el artículo 7.4 prevé una excepción para el Estado Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados, permitiéndole que sustituya las edades de 13 a 15 años por las de 12 a 14 años.

Es importante señalar que el Convenio 138 no define la categoría de “trabajos ligeros” (salvo por los requisitos que se indican el citado artículo 7.1), y traslada a las autoridades competentes de cada Estado Miembro la responsabilidad de determinar dichas actividades. A tal efecto, como señala Caron, debemos tener en consideración que este tipo de trabajo “(...) remite directamente

(13) CARON, T. Op. cit. p. 202.

a las condiciones de ejercicio del trabajo (horas de trabajo, carácter penoso del trabajo, condiciones adecuadas a la edad del menor, protección de la salud y la seguridad, etc.) y tiene la finalidad de permitir la asistencia a la escuela de los menores (asistencia y asiduidad)”⁽¹⁴⁾.

Ahora bien, las tres categorías de edades mínimas o tipos de trabajo de menores que establece el Convenio 138 deben complementarse con las disposiciones del Convenio 182. En efecto, este instrumento internacional tiene por objeto que los Estados Miembros adopten medidas inmediatas y eficaces para eliminar y prohibir las denominadas “peores formas de trabajo infantil”, por lo que válidamente podríamos hablar de un cuarto tipo de trabajo de menores, naturalmente proscrito.

Efectivamente, el Convenio 182, adoptado en la 87ma reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT y ratificado por el Estado Peruano en el mes de enero del año 2002, busca complementar el Convenio 138 estableciendo un principio: que ciertas formas de trabajo infantil no pueden ser toleradas, por tanto, no pueden ser objeto de una eliminación progresiva sino inmediata.

Así, el artículo 1 del Convenio 182 obliga a los Estados Miembros a adoptar medidas inmediatas y eficaces para la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil. Es decir, no debe haber demoras ni esperar resultados progresivos, y no solo se trata de prohibir, sino de eliminar.

Ahora bien, a los efectos de dicho Convenio, el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años, y la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca: (i) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (ii) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (iii) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y, (iv) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Sobre este último punto, cabe precisar la diferencia que existe entre los “trabajos peligrosos” del Convenio 138 (artículo 3.1) y los que prevé el

(14) *Ibíd.* pp. 206.

Convenio 182. Al respecto, Caron indica que la diferencia principal radica en que el primero comprende todo tipo de actividad que “pueda” resultar peligrosa para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, mientras que el segundo se refiere a las “peores formas” de dicho trabajos peligrosos⁽¹⁵⁾. En definitiva, nos encontraríamos ante una relación de género (Convenio 138) a especie (Convenio 182).

Por último, en tanto el Convenio 182 no introduce una definición específica para cada una de las categorías de actividades antes indicadas, éstas deben complementarse con los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas que resulten aplicables.

A manera de resumen, podemos determinar qué trabajo infantil es aceptado según las normas internacionales, en un “país en vías de desarrollo” como el Perú, en función al tipo de actividad y rango de edad, tal como se muestra en el siguiente cuadro⁽¹⁶⁾:

TIPO DE TRABAJO / RANGO DE EDAD	TRABAJO “LIGERO”	TRABAJO SOBRE “EDAD MÍNIMA GENERAL”	TRABAJO “PELIGROSO”	“PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL”
14 – 17	SI	SI	NO	NO
12 – 13	SI	NO	NO	NO
0 – 11	NO	NO	NO	NO

Finalmente, resta señalar las situaciones que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del Convenio 138.

De un lado, el artículo 6 excluye el trabajo efectuado por los niños o los menores en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación, y el trabajo efectuado por personas de por lo menos 14 años de edad en empresas, siempre que dicho trabajo se lleve a cabo según las condiciones prescritas por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando tales organizaciones existan, y sea parte integrante de: (i) un curso de enseñanza o formación del que sea primordialmente responsable una escuela o institución de formación; (ii) un programa de formación que se desarrolle entera o fundamentalmente en una empresa y que haya sido aprobado por la

(15) *Ibíd.* pp. 219.

(16) Una versión preliminar de este cuadro fue elaborada en un documento de trabajo del Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CPETI).

autoridad competente; o (iii) un programa de orientación, destinado a facilitar la elección de una ocupación o de un tipo de formación.

De otro lado, el artículo 8 señala que la autoridad competente de cada Estado Miembro podrá conceder, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, por medio de permisos individuales, excepciones a las edades mínimas para el trabajo de menores en representaciones artísticas (permisos para casos individuales).

IV. LA NORMATIVA NACIONAL

El artículo 23 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

Por su parte, el artículo I del Código de los Niños y Adolescentes (CNA), aprobado por la Ley 27337, define al niño como todo ser humano desde su concepción hasta cumplir 12 años de edad, y al adolescente desde los 12 hasta cumplir 18 años.

El artículo 22 del CNA reconoce el derecho a trabajar del adolescente. En efecto, esta norma dispone que el adolescente que trabaja sea protegido en forma especial por el Estado. Agrega que el Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone el Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

En esa línea, el artículo 48 del CNA señala que los adolescentes que trabajan en forma dependiente o por cuenta ajena están amparados por el Código, incluyendo a los que realizan trabajo a domicilio, a los que trabajan por cuenta propia o en forma independiente, a los que realizan trabajo doméstico y trabajo familiar no remunerado. Por el contrario, se excluye del ámbito de aplicación del CNA a los aprendices y practicantes.

Ahora bien, las restricciones o medidas de protección a que alude el artículo 22 antes citado se materializan a través de las “edades mínimas” para trabajar establecidas en el artículo 51 del CNA.

Así, las edades mínimas para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia son: (i) 15 años para labores agrícolas no industriales; (ii) 16 años para labores industriales, comerciales o mineras;

y, (iii) 17 años para labores de pesca industrial. Para el caso de las demás modalidades de trabajo, la edad mínima es de 14 años.

Finalmente, por excepción se concederá autorización para trabajar a partir de los 12 años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional.

En suma, las edades mínimas de admisión al empleo previstas en nuestro ordenamiento vigente pueden resumirse en el siguiente cuadro:

MODALIDAD	ACTIVIDAD ECONÓMICA	EDAD MÍNIMA
TRABAJOS LIGEROS	-----	12 AÑOS
OTRAS MODALIDADES	-----	14 AÑOS
CUENTA AJENA O DEPENDIENTE	AGRÍCOLA NO INDUSTRIAL	15 AÑOS
CUENTA AJENA O DEPENDIENTE	INDUSTRIAL, COMERCIAL O MINERA	16 AÑOS
CUENTA AJENA O DEPENDIENTE	PESCA INDUSTRIAL	17 AÑOS

Otros aspectos que regula el CNA con relación al régimen laboral del adolescente, además de las edades mínimas, están referidos a las autorizaciones para trabajar (artículos 50, 53 y 54) y a las condiciones de empleo (artículos 55 a 68). En este último caso, el artículo 58 establece que los sectores Mujer y Desarrollo Social y Trabajo, en consulta con los gremios laborales y empresariales, establecerán periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para los adolescentes en las que no deberá ocupárseles.

Precisamente, el 20 de abril de 2010 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Supremo N° 003-2010-MIMDES, que aprobó la “Relación de Trabajos Peligrosos y Actividades Peligrosas o Nocivas para la Salud Integral y la Moral de las y los Adolescentes” (RTAP), en la que se incluyen trabajos peligrosos por su naturaleza y trabajos peligrosos por sus condiciones. Dentro de los primeros encontramos, por ejemplo, el trabajo en la extracción y procesamiento de minerales metálicos y no metálicos, en la fabricación artesanal de ladrillos, en sistemas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, entre otros. En el caso de los segundos, se ubican los trabajos en jornadas extensas, por encima de las establecidas en el CNA, o el que se realice en medios de transporte público, interurbano

o interprovincial, tales como cobradores, terramozas y otros similares, por mencionar algunos.

Finalmente, debemos destacar que el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, califica como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo de menores.

V. ALGUNOS COMENTARIOS (A MODO DE APORTE) A LA REGULACIÓN PERUANA⁽¹⁷⁾

1. ¿Derecho del adolescente a trabajar o derecho del adolescente trabajador a ser protegido?

En este punto debemos comenzar precisando que suscribimos plenamente la tesis planteada por el profesor Javier Neves⁽¹⁸⁾ en el sentido de entender que nuestra Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado Peruano forman un “bloque de constitucionalidad” para fines hermenéuticos, ello en virtud a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

Así, siempre que un derecho fundamental sea doblemente regulado –de manera compatible– por la Constitución y un Tratado sobre Derechos Humanos, deberá interpretarse el sentido del primero a la luz del segundo.

De este modo, el trabajo de los menores –que claramente es una materia que aborda derechos humanos fundamentales– regulado en el artículo 23 de la Constitución debería analizarse y entenderse, en nuestra opinión, en concordancia con lo dispuesto por la CDN.

Sobre el particular, habíamos mencionado en el acápite III precedente que la CDN no reconoce en estricto el derecho al trabajo de los menores de edad, sino el derecho a que éstos sean protegidos contra toda forma de explotación económica o actividad peligrosa.

Así las cosas, y siguiendo la teoría del bloque de constitucionalidad, deberíamos entender que el artículo 23 de la Constitución no proclama, ni reconoce,

(17) Muchos de los comentarios vertidos en el presente apartado fueron objeto de debate y enriquecimiento en las clases – presenciales y virtuales – que estuvieron a nuestro cargo en la Diplomatura de Estudios en Derechos Fundamentales en el Trabajo dictada en la PUCP para los Inspectores de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de las diversas Direcciones Regionales de Trabajo del país.

(18) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009. pp. 76-78

ni – mucho menos – promueve el derecho a trabajar de los menores de edad; sino, el derecho de éstos a ser protegidos de las consecuencias negativas que su condición de trabajadores les pueda generar en su desarrollo personal.

Naturalmente, la interpretación antes aludida de la Constitución debería vincular –por el principio de jerarquía normativa– la lectura que tengamos del aparente reconocimiento del derecho a trabajar del adolescente que efectúa el artículo 22 del CNA, y conducirnos, más bien, a priorizar la lógica de brindar amparo y protección a los adolescente que trabajan en una realidad social y económica como la peruana que ninguna norma sola puede modificar.

2. Ámbito de aplicación: ¿quién es adolescente trabajador?

Con relación a este tema, resulta pertinente llamar la atención sobre tres aspectos problemáticos que podemos identificar en el CNA: (i) los conceptos de “cuenta ajena/cuenta propia” y “dependencia/independencia” que utiliza; (ii) el tipo de trabajo doméstico que ampara; y, (iii) la sola mención de los aprendices y practicantes como excluidos de su ámbito de aplicación.

Sobre el primer punto, el profesor Javier Neves ya había identificado que no quedaba claro si el CNA utilizaba los conceptos de cuenta ajena y dependencia erróneamente como sinónimos o si se refería a conceptos distintos⁽¹⁹⁾, observación que se hace naturalmente extensiva a los conceptos de cuenta propia e independencia.

Nos parece que la redacción del artículo 48 del CNA nos conduce a afirmar que este cuerpo normativo utiliza los conceptos antes aludidos como sinónimos, lo que ciertamente constituye un error, pues mientras las nociones de “cuenta ajena/cuenta propia” buscan identificar en quién recae el encargo de la actividad y la titularidad originaria de los bienes producidos con ella, los términos “dependencia/independencia” aluden a la naturaleza del vínculo jurídico existente entre quien ejecuta una labor y quien la recibe. De este modo, solo en la cuenta ajena (donde un tercero encarga la actividad) se puede hablar de vínculos dependientes o autónomos.

En conclusión, el artículo 48 del CNA debería ser modificado a fin de utilizar de manera adecuada los conceptos jurídicos antes explicados, eliminando con ello toda referencia a un hipotético trabajo adolescente por cuenta propia –en el que el adolescente mismo es el titular originario de los bienes o servicios que produce– pues en esa situación no cabría –técnicamente hablando– un régimen de protección frente a un tercero inexistente.

(19) NEVES MUJICA, Javier. El trabajo infantil...Op. cit. p. 228.

De otro lado, con relación al segundo punto, vemos una contradicción entre el citado artículo 48 del CNA, que incluye dentro su ámbito de aplicación al trabajo doméstico, y la RTAP, que califica como un trabajo peligroso por sus condiciones al trabajo doméstico que se realiza en casa de terceros, familiares o no (B6).

De la lectura conjunta de ambas normas, deberíamos entender que solo el trabajo doméstico efectuado en el propio domicilio del adolescente –y no en casa de un tercero– es el que estaría amparado por el CNA; aunque esta interpretación entraría en abierta oposición con el artículo 63 del CNA, que regula las condiciones del trabajo doméstico que se realiza en domicilios de terceros.

En nuestra opinión, el trabajo doméstico por cuenta ajena es efectivamente un tipo de trabajo que, por las condiciones en las que se ejecuta y la dificultad que conlleva su real fiscalización, debe ser calificado como peligroso y, en consecuencia, el CNA debería omitir referirse a él.

Finalmente, en cuanto el tercer punto, creemos que siguiendo la línea del Convenio 138, correspondería que el artículo 48 del CNA excluya de su ámbito de aplicación a los adolescentes contratados bajo cualquiera de las modalidades formativas laborales reguladas por la Ley 28518 (y no solo a los aprendices y practicantes), así como a los menores de edad artistas intérpretes y ejecutantes comprendidos en los alcances de la Ley 28131.

3. Edades mínimas: varios aspectos por mejorar

En el acápite anterior hemos aludido a la confusión de conceptos en la que incurre el CNA cuando utiliza erróneamente como sinónimos los conceptos de “cuenta ajena” y “dependencia”. Esta situación, más allá de evidenciar una falta de técnica laboral al legislar, nos conduce a un problema de mayor gravedad y que consideramos el primer aspecto a mejorar en lo relativo a las edades mínimas.

En efecto, al no quedar del todo claro a qué modalidad se refiere el artículo 51.1 del CNA cuando alude a “trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia” –¿a cuenta ajena o solo a labores subordinadas?–, queda igualmente poco claro a que “demás modalidades de trabajo” alude el artículo 51.2.

Entendemos que las alternativas de solución que se pueden plantear serían las siguientes: (i) que el 51.1 se refiera a labores subordinadas, en cuyo caso el 51.2 aludiría a labores independientes; (ii) que el 51.1 se refiera efectivamente a labores por cuenta ajena –subordinadas y autónomas–, en cuyo caso el 51.2 aludiría a labores por cuenta propia; y, (iii) que el 51.1 se refiera

efectivamente a labores por cuenta ajena –subordinadas y autónomas–, y el 51.2 aluda ya no a modalidades de trabajo sino a actividades económicas.

En nuestra opinión, la alternativa (iii) es la interpretación que garantizaría mejor la coherencia interna de la norma bajo análisis.

Ciertamente, la alternativa (i) nos conduciría a afirmar que en el Perú los adolescentes que prestan labores por cuenta ajena de manera autónoma o independiente tienen una edad de admisión inferior que aquellos que lo hacen de manera subordinada o dependiente. Es decir, el CNA estaría realizando una distinción por tipo de vínculo que las normas internacionales no prevén.

De otro lado, consideramos que la alternativa (ii) tampoco es viable pues –como hemos señalado en párrafos anteriores– creemos que ante un hipotético trabajo adolescente por cuenta propia no cabría –técnicamente hablando– un régimen de protección frente a un tercero (inexistente).

En cambio, en el caso de la alternativa (iii) sí podemos garantizar la coherencia con las normas internacionales, al considerar que en todas las edades mínimas reguladas en el CNA se alude a un trabajo por cuenta ajena –dependiente o autónomo– siendo que la diferencia entre el artículo 51.1 y el 51.2 radica en la actividad económica, de modo tal que las “demás modalidades de trabajo” para las que la edad mínima es 14 años son aquellas actividades económicas no mencionadas expresamente en el artículo 51.1; es decir, labores distintas a las agrícolas no industriales, las industriales, comerciales o mineras y la pesca industrial, que tienen sus propias edades mínimas específicas y más elevadas.

Precisamente, el segundo aspecto a mejorar se refiere a las actividades económicas enumeradas en el artículo 51.1, y va en la misma línea de lo señalado en el acápite anterior en cuanto al trabajo doméstico de los adolescentes, pues consideramos que existe una contradicción entre el artículo en cuestión y la RTAP.

Así, mientras el artículo 51.1 del CNA se refiere a labores industriales, mineras y pesca industrial, la RTAP califica como trabajos peligrosos por su naturaleza las labores en: (i) la extracción y procesamiento de minerales en la minería formal o informal (A1); (ii) los que haya contacto o exposición con diversos productos utilizados en la industria química, automotriz, plástica, entre otras (A3); y, (iii) alta mar o bajo el agua vinculados a la explotación y transporte de pesca industrial (A5).

Como puede apreciarse, el espacio que quedaría para que los menores efectúen labores en dichas actividades económicas sin que califiquen como

peligrosas es bastante reducido, por no decir inexistente – en el caso de la minería, claramente-.

Por ello, consideramos que, dándole prioridad al principio del interés superior del menor sobre el de jerarquía normativa, debería ser el CNA el que se adecúe a la lista actualizada de trabajos peligrosos y prohibidos contenida en la RTAP.

Por último, el tercer aspecto que debe ser objeto de mejora se refiere al ya comentado artículo 51.2 del CNA, y se vincula a los denominados “trabajos ligeros” en los que –por excepción– se admite el trabajo a partir de los 12 años.

Como fue precisado en el acápite III precedente, el artículo 7.1 del Convenio 138 dispone que la legislación nacional de países en vías de desarrollo podrá permitir el empleo o el trabajo de personas desde los 12 años de edad en “trabajos ligeros”, a condición de que éstos no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo y no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela.

Si bien es cierto que el Convenio 138 no define la categoría de “trabajos ligeros” (aunque menciona ciertos requisitos), traslada a las autoridades competentes de cada Estado Miembro la responsabilidad de determinar dichas actividades.

Sin embargo, en el Perú no existe una lista o relación de “trabajos ligeros” que pueden ser realizados por los adolescentes desde los 12 años en virtud del artículo 51.2 del CNA, situación que claramente constituye un incumplimiento del instrumento internacional antes aludido.

4. Autorizaciones y ciertas condiciones

En este punto cabe efectuar un par de comentarios puntuales al CNA. Para empezar, el registro del adolescente trabajador (artículos 53 y 62) debería consignar los datos completos del empleador, como un mecanismo de información necesario para una adecuada fiscalización posterior.

Asimismo, la autorización para el trabajo adolescente (artículo 54) señala como un requisito el que el trabajo no perturbe la asistencia regular a la escuela. Sin embargo, no se precisa cómo verificar dicha situación ni tampoco se le da a la autorización un carácter dinámico, pues claramente no interesa solo que en la autorización no se perturbe la asistencia a la escuela, sino con más razón durante la ejecución de las labores.

**LA CONDENA PENAL POR DELITO
DOLOSO COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO
EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO**

MAURO UGAZ OLIVARES

ALFONSO HIGA GARCÍA

LA CONDENA PENAL POR DELITO DOLOSO COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

MAURO UGAZ OLIVARES⁽¹⁾

ALFONSO HIGA GARCÍA⁽²⁾

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 24, inciso b), del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) ha establecido que “es una causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador la condena penal por delito doloso”. Por su parte, el artículo 27 de la norma en cuestión ha determinado lo siguiente: “El despido por la comisión de delito doloso a que se refiere el inciso b) del artículo 24 se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.” De tal forma, y toda vez que el Reglamento de la norma en cuestión no establece mayor regulación al respecto, es comúnmente entendido que la regulación peruana permite que el empleador extinga el vínculo laboral por la sola imposición de una condena penal por delito doloso en contra del trabajador, siempre que esta hubiera quedado firme.

(1) Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú

(2) Asistente de docencia del curso de Derecho Laboral y Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Por otro lado, nuestra jurisprudencia admite la validez del despido aun cuando la condena impuesta no implique la privación de la libertad del trabajador e, incluso, cuando el delito sea cometido en contra de un tercero ajeno a la relación laboral. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia y, en especial, a través del Expediente N° 01807-2007-PA/TC en el cual se analizó, entre otras cuestiones, si correspondía “declarar inaplicable, por inconstitucional, el inciso b) del artículo 24° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 (...)”, siendo declarado el artículo –en el caso concreto– constitucional.

Lo contemplado en la Sentencia referida al Expediente N° 01807-2007-PA/TC, podría ser materia de algunos cuestionamientos, que se podrían resumir en los siguientes: i) la regulación anterior a la contenida en la LPCL exigía la privación de la libertad del trabajador, con lo cual, podría pensarse que ello también debería exigirse en la aplicación de la presente causal; ii) se suele exigir, en defecto de una condena privativa de la libertad, que el delito sea cometido en perjuicio del empleador u otra persona vinculada a la relación laboral; y iii) el análisis de constitucionalidad que ha realizado el Tribunal no resulta suficiente.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, resulta válido despedir a un trabajador en aplicación del artículo 24, inciso b) de la LPCL. En ese sentido, en el presente artículo analizaremos el fallo del Tribunal Constitucional y evidenciaremos los principales problemas que se derivan de aplicar esta causa justa de despido.

II. CUESTIONAMIENTOS A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDENA PENAL POR DELITO DOLOSO COMO CAUSAL DE DESPIDO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Tal y como hemos señalado líneas arriba, la legislación peruana actual permite que el empleador extinga el vínculo laboral por la sola imposición de una condena penal por delito doloso en contra del trabajador, con la única condición de que dicha condena hubiera quedado firme.

No obstante, tal regulación podría ser cuestionada por dos razones: i) se admite la validez del despido incluso cuando la condena impuesta no sea privativa de la libertad y ii) se suele proponer que, en aquellos supuestos en los que no exista condena privativa de la libertad, el empleador solo estaría facultado a extinguir el vínculo laboral si el delito fue cometido contra él u otra persona vinculada a la relación laboral. Como es obvio, ninguno de estos requisitos se presenta en la LPCL.

De esta forma, resulta necesario analizar dichos cuestionamientos para determinar su validez.

1. La imposibilidad de prestar servicios: La posición de la Ley N° 24514.

La causal de despido materia del presente artículo, previamente a la vigencia de la LPCL, se encontraba regulada por el artículo 4, inciso d), de la Ley N° 24514, Ley de Estabilidad en el Trabajo. Dicha norma señalaba que “son causas justas de despido: La inasistencia al centro de trabajo por privación de la libertad proveniente de sentencia judicial por delito doloso”.

De tal forma, y tomando en consideración que resultaba irrelevante quién es el sujeto pasivo del delito, es posible apreciar que **la razón de ser de la causal en cuestión descansaba en la imposibilidad por parte del trabajador de asistir al centro de labores.** En consecuencia, no bastaba con que el trabajador hubiera sido condenado por la comisión de un delito doloso sino que, en caso el empleador optara por despedir bajo la presente causal, la condena debía importar una privación efectiva de la libertad.

Lo mencionado es importante en tanto que, aun cuando la sentencia penal demostraba indubitablemente la comisión de un delito doloso por parte del trabajador, en aquellos casos en los que no se imponía una condena privativa de la libertad, el trabajador se encontraba en todo su derecho de mantener su puesto de trabajo. Es más, incluso cuando existiendo una condena privativa de la libertad se suspendía condicionalmente su ejecución, tampoco hubiera sido válido extinguir la relación laboral.

Nótese también que ni siquiera la comisión de un delito doloso en agravio del empleador o de personas vinculadas a la relación laboral, serviría como excepción al presente supuesto en caso no exista una privación efectiva de la libertad. En efecto, en estos casos se hubiera tenido que reconducir la conducta del trabajador a las causales de falta grave contempladas en el ordenamiento laboral, no siendo posible aplicar la causal de delito doloso para cesar al trabajador.

La justificación para exigir la privación de libertad efectiva a fin de validar el despido del trabajador, tendrían sustento en buscar su rehabilitación, la cual podría reforzarse manteniendo su relación laboral.

Sin embargo, esta regulación no consideraba que podrían existir delitos culposos que implican la imposición de una pena privativa de la libertad así como omite la posibilidad de mantener en la empresa a una persona condenada por un delito doloso sin pena privativa de la libertad (días-multa, penas suspendidas, etc.).

2. La comisión de un delito en agravio del empleador

Como hemos adelantado, una lectura posible de la causal prevista en la LPCL es que solo sería viable despedir al trabajador a causa de la comisión

de un delito doloso en aquellos casos en los que el agraviado sea el empleador o alguna otra persona vinculada a la relación laboral. Así pues, se suele argumentar que la comisión de un delito doloso en perjuicio de un tercero ajeno a la relación laboral no debería tener impacto alguno en el contrato de trabajo.

Sin embargo, queda claro que las faltas laborales no tienen por qué coincidir o requerir de la configuración de un delito penal. En ese sentido, en caso un trabajador haya cometido un delito contra su empleador, este último podrá sancionarlo laboralmente sin perjuicio de las implicancias penales que conlleve la conducta del trabajador.

De ese modo, si la causal de despido prevista en el artículo 24, inciso b) de la LCPL únicamente se refiere a delitos en agravio del empleador o de su personal, tendríamos el inconveniente de que su utilización sería residual ya que lo más probable es que estas conductas sean asumidas como faltas graves y ellas permitan el cese justificado del trabajador, con prescindencia de las acciones penales que pudieran llevarse a cabo en el futuro. Debido a ello, parece poco probable que esta interpretación pudiera ser la correcta en este escenario ya que dejaría un espacio de acción reducido y casi inexistente –en la práctica– para este causal.

3. El Tribunal Constitucional: su respuesta a los cuestionamientos.

En reiterada jurisprudencia⁽³⁾ el Tribunal Constitucional ha señalado que resulta válido despedir a un trabajador bajo la causal prevista en el artículo 24, inciso b) de la LPCL. Así las cosas, podría entenderse que el Tribunal Constitucional habría cumplido con resolver los cuestionamientos antes descritos.

Más aún si consideramos que en el Expediente N° 01807-2007-PA/TC el Tribunal ha ratificado expresamente la constitucionalidad de la causal de despido en cuestión. Pues bien, en dicho expediente, la demandante alegó, entre otras cosas, que “el inciso b) del artículo 24 del Decreto Supremo N° 003-97-TR resulta inconstitucional, toda vez que los hechos imputados en el proceso penal son ajenos a su conducta laboral, debiéndose entender que dicha condena será aquella vinculada con la conducta laboral del trabajador.” Por tal motivo, el Tribunal consideró necesario analizar si convenía “declarar inaplicable, por inconstitucional, el inciso b) del artículo 24 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 (...)”.

(3) Exps. N°s 0318-2001-AA/TC, 05412-2005-AA/TC, 01807-2007-PA/TC, 04088-2008-PA/TC, etc.

Así pues, en el considerando 11 de la sentencia, el Tribunal determinó la constitucionalidad del artículo 24, inciso b) de la LPCL argumentando lo siguiente:

“Conviene señalar que en el presente caso, si bien es cierto que la Universidad de San Martín de Porres ha sido excluida como agraviada en el proceso penal seguido contra doña Ana Lao Mayora, conforme se observa de la resolución de fojas 71 a 79, también es cierto que **el uso de la facultad sancionadora contenida en el inciso b) del artículo 24 del Decreto Supremo N° 003-97-TR no resulta inconstitucional, toda vez que: (...) la condena por delito doloso supone el quebrantamiento de varios principios fundamentales de una relación laboral, entre ellos, la buena fe contractual, honradez, lealtad, diligencia, etc.;** es decir, frente al incumplimiento de una de las obligaciones asumidas por las partes, la ley prevé la conclusión del vínculo laboral por causa justa relacionada con la conducta del trabajador (la condena penal por delito doloso); por ende, mal puede afirmarse que la norma cuestionada se trata de una sanción no tipificada por la ley; en consecuencia, no es posible afirmar que para el presente caso en concreto la aplicación de la norma resulte inconstitucional”. El resaltado es nuestro.

Al respecto, debemos señalar que si bien el Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad del artículo materia de análisis, no ha explicado cómo la realización de un acto ajeno a la relación laboral podría importar el quebrantamiento de los principios fundamentales dentro de una relación laboral. Así, su pronunciamiento no esclarece los cuestionamientos que se señalan en la misma sentencia: ¿Por qué si el trabajador no es privado de su libertad y/o no se encuentra imposibilitado de asistir a laborar el empleador se encuentra facultado a extinguir el vínculo laboral? ¿Por qué si el empleador no ha sido el sujeto pasivo del delito puede despedir al trabajador?

Como se aprecia, los cuestionamientos descritos en los puntos anteriores siguen vigentes incluso cuando la constitucionalidad del artículo en cuestión ha sido ratificada expresamente por el máximo intérprete de la Constitución.

Por tal motivo, a continuación expondremos los argumentos por los cuales consideramos que la presente causal de despido resulta constitucional y sus cuestionamientos no tendrían suficiente sustento en concordancia con la posición final adoptada por el Tribunal Constitucional.

III. COMISIÓN DE DELITOS DOLOSOS Y SU INFLUENCIA EN LA RELACIÓN LABORAL

La regulación vigente prevé que “la causa de despido se configura por la condena del trabajador por la comisión de delito doloso, aunque no se produzca la privación efectiva de su libertad en el supuesto de suspensión de la ejecución de la pena”⁽⁴⁾. En ese sentido, la norma prescinde del requisito que el trabajador se encuentre imposibilitado de asistir a su centro de labores a consecuencia de una sentencia privativa de la libertad y, más bien, “lo relevante es que haya quedado firme la sentencia condenatoria”⁽⁵⁾.

Sin embargo, como ya se dijo, ante ello surgen dos cuestionamientos importantes: ¿Por qué resultaría válido extinguir la relación laboral cuando el trabajador se encuentre en la posibilidad de asistir a laborar?, y ¿cómo se vería afectado el vínculo laboral frente a un delito cometido por el trabajador en contra de un tercero? Pues bien, desde la perspectiva del rol que debe cumplir el Derecho Penal en un Estado de derecho, en las siguientes líneas intentaremos dar respuesta a dichas interrogantes.

1. El rol del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho

El Estado está obligado, para poder desarrollarse, a mantener el orden social y para ello recurre al Derecho Penal que se encarga de dictar normas que eviten comportamientos que sean lesivos para el correcto funcionamiento de la sociedad. De tal forma, “la misión del Derecho Penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas”⁽⁶⁾ o, lo que es lo mismo, “la intervención del Derecho Penal es promovida por una elevada necesidad de protección de la colectividad (...)”⁽⁷⁾.

Ahora bien, debido a que el Derecho Penal se desenvuelve dentro de un Estado Democrático de Derecho, su función de protección debe sujetarse a ciertos límites ya que para proteger libertades, el Derecho Penal admite la restricción de estas. Se trata, como bien afirma Maurach, de “(...) un medio extremo destinado a proteger los valores comunitarios más elementales e importantes”⁽⁸⁾.

(4) BLANCAS, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. ARA, Lima, 2002, p. 219.

(5) ARCE, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2008, p. 522.

(6) JESCHECK Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Comares, Granada, 2002, p. 2.

(7) *Ibidem*, p. 55.

(8) MAURACH Reinhart. *Derecho Penal Parte General*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genz y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 213.

Así las cosas, “como la Constitución quiere garantizar la libertad de acción de las personas, el Derecho Penal únicamente puede disponer limitaciones [a dicha libertad] cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad”⁽⁹⁾. El agregado y el resaltado es nuestro.

Lo expresado implica que el Derecho Penal se ve obligado a actuar como última ratio; es decir, solo se debe recurrir al Derecho Penal si no existe otro mecanismo de control más idóneo y, a su vez, éste solo puede ocuparse de los conflictos más graves. Por ello se suele afirmar que “(...) cuando el Estado se limita a ser guardián del orden, el Derecho va reduciéndose paulatinamente hasta transformarse en Derecho Penal (...)”⁽¹⁰⁾ y, por ende, “solo puede oponerse a las conductas consistentes en las modalidades más graves de ataque a bienes sociales imprescindibles”⁽¹¹⁾.

Sin embargo, ¿cuáles son esos bienes sociales imprescindibles que legitiman la actuación del Derecho Penal?, ¿qué condiciones deben cumplir para considerarlos aptos de protección penal? Queda claro que el Derecho Penal se encuentra legitimado para intervenir allí cuando otras regulaciones –tales como la administrativa, civil, laboral, etc.– no han sido capaces de mantener el orden social; no obstante, la determinación de aquellos bienes que por su naturaleza ameritan protección penal necesita de un mayor análisis, el cual será realizado a continuación.

2. Bienes jurídicos penales

El concepto de bienes jurídicos resulta de gran utilidad a fin de determinar el ámbito de actuación del Derecho Penal. Siendo así, los bienes jurídicos, son “aquellos intereses necesarios para el mantenimiento de un determinado sistema social”⁽¹²⁾. Sin embargo, el Derecho Penal no protege cualquier condición de vida social, sino solo aquellas:

“condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes

(9) *Ibídem*, p. 3.

(10) TERRADILLOS BASOCO, Juan. “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Facultad de la Universidad Complutense de Madrid*. 63, 1981, p. 127.

(11) *Ibídem*, p. 125.

(12) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio \ ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de Derecho Penal*, p. 8.

jurídico-penales, será preciso que tengan una importancia fundamental”⁽¹³⁾. El resaltado es nuestro.

Por su parte, Terradillos propone una definición bastante útil que nos puede ayudar a comprender más claramente lo anteriormente afirmado. Así, el profesor español propone la definición de necesidades existenciales del ser humano las cuales constituyen “necesidades constantes y universales que marcan el mínimo vital; **sin su satisfacción el hombre no puede conservarse como ser natural**”⁽¹⁴⁾, con lo que podemos afirmar que “compete al Derecho Penal la **defensa, frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales**”⁽¹⁵⁾.

En conclusión, quien comete un delito no solo daña los mínimos indispensables que fija la sociedad a fin de posibilitar su funcionamiento (bienes jurídicos penales) sino que, además, realiza el daño de la forma más perjudicial. Así las cosas, podemos afirmar que todo comportamiento señalado como delito debe ser considerado como **el acto más lesivo y despreciable** que puede realizar un sujeto dentro de la sociedad.

3. El Ministerio Público como titular de la acción penal

Nuestra Constitución ha reservado la titularidad de la acción penal al Ministerio Público⁽¹⁶⁾. En ese sentido, el artículo 159, numeral 4, de esta ha establecido que:

“Corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”⁽¹⁷⁾.

Asimismo, el numeral 3 del mismo artículo establece que “*corresponde al Ministerio Público representar en los procesos judiciales a la sociedad.*” De esta forma, si el Ministerio Público goza de la acción penal de forma exclusiva y tiene por mandato representar en los procesos judiciales a la sociedad, debemos concluir que la propia Constitución reconoce que la comisión de un delito afecta a la sociedad en su conjunto.

(13) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General, 6ª edición, Barcelona, 2002. p. 125.

(14) TERRADILLOS BASOCO Juan. Ob. cit., p. 137. Resaltado nuestro.

(15) *Ibidem*, p. 139. Resaltado nuestro.

(16) Con excepción de los delitos de acción privada los cuales se tramitan a instancia de parte y constituyen una lista cerrada (lesiones culposas, injuria, calumnia, difamación y violación de la intimidad).

(17) Similar regulación encontramos en el artículo IV del Código Procesal Penal el cual establece que el titular de la acción penal es el Estado a través del Ministerio Público.

De hecho, conforme hemos señalado en el punto precedente, la comisión de un delito constituye el acto más lesivo y despreciable que puede cometer un sujeto dentro de la sociedad. Pues bien, por la gravedad del acto resulta lógico que la afectación del delito no se agote en la víctima de este sino que repercute a la sociedad en su conjunto.

Lo anterior importa, más aún, si dicho acto implica una lesión a las condiciones mínimas e imprescindibles que posibilitan el funcionamiento de la sociedad. Por ello es que las únicas excepciones admitidas al carácter público de la acción penal se encuentran referidas para aquellos delitos que protegen una esfera íntima de los individuos razón por la cual se entiende que solo en aquellos casos la sociedad no se vería afectada⁽¹⁸⁾.

En consecuencia, debemos afirmar que todo comportamiento señalado como delito debe ser considerado, además del acto más lesivo que puede cometer un sujeto dentro de la sociedad, como el acto más lesivo que puede realizar un sujeto en contra de la sociedad en su conjunto.

4. La LPCL y la comisión de delitos culposos por parte del trabajador

Ahora bien, es pertinente mencionar que la causal en estudio no se pronuncia en ningún sentido respecto de la comisión de delitos culposos por parte del trabajador. Así, podemos afirmar que un trabajador no podrá ser despedido a consecuencia de un delito culposo en aplicación de la causal prevista en artículo 24, inciso b) de la LPCL, incluso cuando haya sido condenado a una pena privativa de la libertad.

Sería incorrecto aplicar analogía en el presente caso dado que, tal y como menciona Marcial Rubio, “no procede utilizar la analogía a partir de normas prohibitivas, excepcionales, especiales, o de las que restringen derechos, pues son normas cuya ratio legis implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva”⁽¹⁹⁾. De ese modo, siendo el despido una acción que restringe un derecho –el derecho al trabajo–, las normas que habilitan el despido deberán ser interpretadas restrictivamente. Claro está, ello no impide que un acto culposo del trabajador pueda ser reconducido a una falta grave de conformidad con las causales previstas en el artículo 25 de la LPCL, sobre todo cuando estamos ante actos de negligencia grave (por ejemplo, no tomar en cuenta las normas de seguridad y salud en el empleo).

(18) Por ello se ha cuestionado la “naturaleza íntima” de algunos delitos en los que se ha previsto la titularidad privada de la acción penal debido a la incidencia de estos en la sociedad proponiéndose una acción penal mixta. Ver: MEINI MÉNDEZ, Iván. *La tutela penal del honor*. En: *Imputación y Responsabilidad Penal*. Ensayos de Derecho Penal, ARA, 1ª edición, Lima, 2009, p.

(19) RUBIO, Marcial. *El sistema jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 252.

Siendo así, ya es posible descartar aquella postura que propone que la razón que justifica el despido a consecuencia de la comisión de un delito por parte del trabajador es la imposibilidad física de prestar servicios. En efecto, si así fuera, no habría razón alguna para distinguir entre delitos dolosos y culposos debido a que bastaría una sentencia privativa de la libertad en cualquiera de los casos para poder extinguir el vínculo válidamente.

Más bien, consideramos que dicha omisión no se ha debido a un error del legislador sino, más bien, a la naturaleza de los delitos culposos. A diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos en los que se conoce “los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido”⁽²⁰⁾, en el comportamiento que da lugar a un delito culposo, se “ignora la creación de este peligro concreto de realización del tipo objetivo o [se] tiene un error sobre el mismo (...)”⁽²¹⁾ (agregado nuestro).

De este modo, encontramos que quien actúa con dolo “sabe lo que hace”⁽²²⁾, mientras que, por su parte, quien actúa con culpa desconoce el riesgo que importa su comportamiento estando obligado a conocerlo.

En consecuencia, los delitos culposos no revisten la misma gravedad que los delitos dolosos, lo cual se ve reflejado en el hecho que la pena –que refleja el reproche social que recae sobre el acto– para un delito culposo será menor a la de un mismo delito en su modalidad dolosa (sin que ello implique que no se pueda aplicar una pena privativa de la libertad en ambos casos). Obviamente, amerita un mayor reproche por parte del ordenamiento jurídico aquel delito realizado con conocimiento del daño causado.

En conclusión, el artículo 24, inciso b) de la LPCL no se ha pronunciado respecto a la comisión de delitos culposos debido a que, por importar un menor reproche social, no sería suficiente para argumentar algún tipo de influencia negativa dentro de la relación laboral y, por ende, no se podría extinguir la relación laboral alegando únicamente la comisión del delito culposo. Y es que, aunque la comisión de un delito –tanto doloso como culposo– importa el acto más lesivo que puede cometer un sujeto en sociedad, la norma acertadamente ha reservado la presente causal de despido solo para los comportamientos *más lesivos dentro de los lesivos*. De ese modo, si se comete un delito culposo, la posibilidad de despido válido del trabajador tendrá

(20) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Lima, 2004, p. 307.

(21) Loc. cit.

(22) Loc. cit.

que sujetarse a las causales previstas en el artículo 25 de la LPCL, teniendo el empleador afectado que sustentar la causal laboral aplicable a tal caso.

5. La condena penal por delito doloso como causa justa de despido: La gravedad del comportamiento

Por todo lo expuesto, consideramos que **la razón por la que una condena penal, a consecuencia de la comisión de un delito doloso por parte del trabajador, habilita al empleador a extinguir válidamente el contrato de trabajo, está vinculada con la gravedad del acto cometido.** En efecto, la comisión de un delito doloso influye de manera negativa en la relación laboral en la medida que, dicho comportamiento, supone la realización del acto más lesivo que puede realizar un sujeto dentro de la sociedad y, por tanto, no debería ser válido exigir al empleador mantener vínculo alguno con el autor de dicho acto.

Es preciso resaltar que la influencia negativa del delito no solo tiene un matiz formal sino también material. De hecho, además de todas las consideraciones expresadas de lo que jurídicamente se debe entender por *delito*, materialmente también es posible apreciar que, razonablemente, una persona pueda sentir un alto grado de desconfianza por quien ha sido condenado por un delito doloso plenamente comprobado mediante sentencia firme y que aún no ha podido ser rehabilitado.

Tal y como hemos demostrado antes, la razón de ser de la presente causal de despido no puede ser la imposibilidad de asistir al centro de labores. De lo contrario, resultaría innecesaria la distinción realizada por la norma entre delitos dolosos y culposos en la medida que sobre ambos puede recaer una condena privativa de libertad.

De igual modo, se debe considerar que el artículo 69 del Código Penal establece que “el que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite”; es decir, mientras exista una condena por cumplir, el ordenamiento no garantiza la rehabilitación del individuo. Así las cosas, consideramos que obligar al empleador a tomar parte del proceso de resocialización del individuo (manteniendo su puesto de trabajo) resulta desmesurado puesto que la sensación razonable de desconfianza, frente a quien habiendo cometido un delito aún no se ha rehabilitado, es más que evidente. Por lo menos, esa es la opción por la cual ha optado nuestro ordenamiento en el presente caso.

Más bien, creemos que con acierto la norma ha reservado la presente causal solo para la comisión de aquellos actos socialmente intolerables y que, razonablemente, importan una repercusión negativa al interior de la relación laboral de forma incuestionable; no por nada se trata de los comportamientos

más lesivos dentro de los lesivos. Asimismo, y en el supuesto de que existan dudas respecto de la influencia de un acto tan grave al interior de la relación laboral, debemos considerar el carácter público de la acción penal, lo cual es un claro ejemplo que los afectados del delito no se agotan en las víctimas sino que trasciende a toda la sociedad.

Se podría pensar que esta desconfianza generada por la gravedad de la sentencia firme y condenatoria de un delito doloso podría ser subjetiva o que sustentaría un prejuicio contra los trabajadores, pero la norma ha preferido acentuar esta circunstancia al hecho de que la condena deberá ser definitiva y siempre que se acredite la intencionalidad de esta. De otro lado, no debemos dejar de mencionar que al tratarse de una potestad de la empresa, su decisión también deberá enmarcarse dentro de los principios y razonabilidad y proporcionalidad que analizaremos más adelante.

De igual manera, sobre la supuesta necesidad de que el empleador –o alguna otra persona vinculada a la relación laboral– sea el sujeto pasivo del delito, debemos afirmar que lo señalado constituiría una falta grave y, por ende, no existiría la necesidad de que exista una regulación ad hoc. Ello, sumado al hecho de que, conforme se ha demostrado, la comisión de un delito doloso trasciende al sujeto pasivo de este, termina por desechar tal circunstancia como un presupuesto de validez de la causal materia de análisis.

Por ello, en este punto coincidimos con la sentencia contenida en el Expediente N° 01807-2007-PA/TC cuando afirma que “la condena por delito doloso supone el quebrantamiento de varios principios fundamentales de una relación laboral, entre ellos, la buena fe contractual, honradez, lealtad, diligencia, etc.”. Siendo así, no resultará necesaria la privación efectiva de la libertad del trabajador condenado ni tampoco que el sujeto pasivo del delito sea el empleador u otra persona vinculada a la relación laboral para extinguir el vínculo válidamente.

Tan es así, que es pertinente señalar que resulta por demás válido orientar determinadas decisiones –tales como la contratación de personal, entre otras– en función de la verificación de los antecedentes penales⁽²³⁾ siempre que ello no implique en los hechos un impacto adverso a un grupo históricamente menos favorecido⁽²⁴⁾. De tal forma, coincidimos con Pasco cuando afirma que:

(23) Revisar, por ejemplo, la Ley N° 29607, “Ley de simplificación de la certificación de los antecedentes en beneficio de los postulantes a un empleo”.

(24) Para entender el impacto válido de medidas nuestras aplicadas a los trabajadores, recomendamos revisar a BALTA VARILLAS, José. “El impacto adverso”. En: *Revista de Derecho Themis*. Segunda Época, 1996, N° 34.

“la Ley N° 24514 equívocamente parecía sancionar la privación física de la libertad motivada por la reclusión penal, mientras que el Decreto Legislativo N° 728 sanciona el hecho mismo de la condena ‘por delito doloso’, ya que la índole de la infracción hace que quien la cometa sea un delincuente cuya permanencia en la empresa es obviamente insostenible”⁽²⁵⁾.

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ

Conforme se ha fundamentado en el punto anterior, resulta válido el despido basado en la condena penal del trabajador por la comisión de un delito doloso. Así pues, es momento de señalar los requisitos que debe observar el empleador a fin de aplicar válidamente la causal señalada.

1. Necesidad de condena como garantía de la presunción de inocencia

Como ya se ha señalado antes, la comisión de un delito doloso por parte del trabajador habilita la presente causal de despido. Por tal razón, y en concordancia con el derecho de presunción de inocencia reconocido en la Constitución según el cual “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, de manera acertada el artículo 27 de la LPCL exige la existencia de una sentencia condenatoria firme; es decir, que el trabajador haya agotado todas las instancias judiciales en las que pueda demostrar su inocencia.

Así se ha pronunciado acertadamente el Tribunal Constitucional cuando en el Expediente N° 5104-2008-AA señala que la presunción de inocencia garantiza:

“en el ámbito de un proceso la ausencia de toda sanción si no se ha probado fehacientemente la comisión de la infracción imputada. La potestad disciplinaria que detenta [el empleador] no se puede aplicar sobre una presunción de culpabilidad, sino por el contrario, cuando se ha demostrado con pruebas idóneas la responsabilidad del imputado en la infracción atribuida”.

2. Necesidad de despido

La condena penal por delito doloso no extingue de manera automática el vínculo laboral. De tal forma, coincidimos con Arce cuando afirma lo siguiente:

(25) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “La estabilidad laboral en la Ley de Fomento del Empleo”. En: *Análisis Laboral*. N° 180, Lima, 1992, p. 34.

“la sentencia condenatoria final no extingue por sí misma el vínculo, pues debe sumarse a ella la decisión de despedir del empleador. De ahí que, la fecha en que se configura el despido no es el día en que se expidió la sentencia ni el día en que el empleador toma conocimiento de la misma, sino la fecha de despido será la que consta en la carta que comunica la extinción al trabajador”⁽²⁶⁾.

De igual forma, lo expuesto importa debido a que, tal y como sucede en todo procedimiento de despido, es necesario observar el principio de inmediación. En ese sentido, coincidimos con lo expresado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 05412-2005-AA cuando menciona que:

“La causal de despido sustentada en una sentencia condenatoria por delito doloso que ha quedado firme, no puede ser imputada por el empleador en cualquier momento; razón por la cual debe realizarse el control en mérito del principio de inmediatez. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en este caso, la inmediatez supone un nexo de causalidad entre la conducta que ha sido sancionada penalmente y la decisión del empleador de despedir al trabajador condenado, de modo, que si el empleador, pese a haber tomado conocimiento de que su trabajador fue condenado, permanece indiferente, debe entenderse que ha desestimado la opción de despedirlo”.

En conclusión, la condena penal por delito doloso no extingue en todos los casos y de forma automática la relación laboral, ya que el empleador se encuentra en todo el derecho de optar por la continuación del vínculo cuando decida formar parte del proceso de resocialización del trabajador por considerar que no se ha visto afectado y, a su vez, que no ha existido una ruptura de los deberes de confianza propios de una relación laboral. Por tal razón:

“el trabajador mantendrá su puesto de trabajo en dos situaciones: de un lado, cuando el empleador a pesar de conocer de la condena penal decida no aplicar la causal de despido (...) y, de otro, cuando el empleador haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador (artículo 27 LPCL)”⁽²⁷⁾.

3. Sobre el procedimiento de despido

Al respecto, en el Expediente N° 05412-2005-AA/TC el Tribunal Constitucional resolvió como sigue:

(26) ARCE, Elmer. Ob. cit., p. 523.

(27) Loc. cit.

“Tratándose de la causal de delito doloso como causa justa para el despido, no resulta aplicable el artículo 31 del referido decreto, toda vez que el derecho de defensa y la posibilidad de presentar sus descargos ya han sido ejercidos por el trabajador en el respectivo proceso penal donde se ha establecido su responsabilidad penal. En consecuencia, para este Colegiado, la instauración de un nuevo procedimiento de despido sería, en este caso, una formalidad sin ninguna utilidad práctica puesto que, como resulta obvio, mediante su instauración ya no sería posible desvirtuar lo que ha quedado firme mediante sentencia penal”.

Así, encontramos que para el Tribunal resulta innecesario que el trabajador se pueda defender frente a la causal de despido imputada en la medida que el trabajador ya ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa al interior del proceso penal seguido en su contra. En resumen, la ausencia del procedimiento de despido señalado por el artículo 31 de la LPCL no invalida el despido.

Sin embargo, consideramos que dicho razonamiento es incorrecto. Ello ocurre debido a que, en el caso que nos importa, la defensa del trabajador no girará en torno a los hechos imputados en el proceso penal –los cuales ya se encuentran probados– sino en torno, entre otras cosas, a la existencia de la condena penal imputada o al cumplimiento de la condena que implica la rehabilitación automática del trabajador⁽²⁸⁾.

De ese modo, a nuestro entender, en la aplicación de la causal sí debería existir una carta donde se impute al trabajador la condena firme del delito doloso y otorgarle a este la posibilidad de expresar su desacuerdo con el cese. Así el trabajador podrá acreditar que la condena no existe o, existiendo, que esta se ha cumplido. Incluso, tendría la oportunidad de demostrar que la condena fue conocida por el empleador antes de su contratación o, conociéndola, que este decidió mantener la relación laboral vigente durante un buen tiempo (habiéndose vencido con ello la inmediatez para activar el cese).

4. Sobre la suspensión del trabajador

Finalmente, consideramos necesario pronunciarnos sobre la posibilidad de suspender al trabajador. En ese sentido, el artículo 12, inciso i), de la LPCL autoriza al empleador de suspender al trabajador solamente en aquellos casos

(28) Así lo establece el artículo 69 del Código Penal según el cual: “El que ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite”.

en los que el trabajador resulte detenido a consecuencia de las investigaciones acerca de la presunta comisión de un delito.

En conclusión, el empleador solo podrá suspender válidamente al trabajador en el supuesto de que el último se encuentre detenido y, por tal razón, imposibilitado de asistir a laborar. Así, el mero seguimiento de un proceso penal que no conlleve la detención del trabajador no será considerado como razón válida de suspensión de la relación laboral.

V. APUNTES SOBRE LA CONDENA PENAL POR DELITO DOLOSO EN EL RÉGIMEN PÚBLICO

El presente artículo se ha centrado en la condena penal por delito doloso como causa justa de despido en el régimen privado. No obstante, consideramos conveniente realizar un breve análisis respecto al tratamiento otorgado a la condena penal por delito doloso en el régimen público.

Al respecto, encontramos que el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público (en adelante, el D. Leg. N° 276), establece que “la condena penal privativa de la libertad por delito doloso cometido por un servidor público lleva consigo la destitución automática”.

Siendo así, encontramos que existiría una única diferencia con relación a la regulación referida al régimen privado en tanto que, en el Sector Público, la existencia de una condena penal no permitiría la continuación del vínculo en ningún caso.

No obstante, el Reglamento del 276, Decreto Supremo N° 005-90-PCM matiza la diferencia regulando en su artículo 161 lo siguiente:

“La condena penal consentida y ejecutoriada privativa de la libertad por delito doloso, acarrea destitución automática. En el caso de condena condicional, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evalúa si el servidor puede seguir prestando servicios, siempre y cuando el delito no esté relacionado con las funciones asignadas, ni afecte a la Administración Pública”.

Al respecto, debemos mencionar que consideramos que la regulación aplicable al Sector Público referida a las consecuencias de la existencia condena penal por un delito doloso resulta defectuosa. En efecto, no estamos de acuerdo con i) que la condena penal por delito doloso tenga que ser privativa de la libertad, ii) que la destitución del funcionario público sea automática

y iii) que se otorgue importancia a la relación delito cometido-funciones asignadas/afectación de la Administración Pública.

En el presente supuesto, no existe ninguna diferencia que justifique apartarnos de las consideraciones aplicables al régimen privado y que ya han sido expuestas, con relación a la imposición de una condena penal por delito doloso al trabajador. No obstante, al parecer el Tribunal Constitucional no lo ha entendido así ya que en numerosa jurisprudencia⁽²⁹⁾ ha aplicado la regulación contenida en el D. Leg. N° 276 referida a la destitución por condena penal por delito doloso y, a su vez, ha determinado la constitucionalidad de dicha causal de cese contenida en la LPCL, incluso cuando ambas parten de fundamentos diametralmente distintos y hasta contrapuestos.

Tal contradicción quizás puede ser explicada por los fundamentos que propuso el Tribunal al declarar la constitucionalidad del artículo 24, inciso b), de la LPCL los cuales, como hemos visto, resultan totalmente insuficientes.

Pues bien, sin perjuicio de ello y en tanto que resultaría ocioso reiterar las razones por las cuales la mera imposición de una condena penal por delito doloso posibilitaría la destitución de un funcionario público, realizaremos un análisis muy puntual de las razones por las cuales consideramos defectuosa la actual regulación.

Con relación a la necesidad de que la condena privativa de la libertad importe una privación efectiva de la libertad reiteramos los argumentos esgrimidos con relación al régimen privado. Por su parte, debemos señalar que consideramos que la causal de destitución aquí analizada no debería operar de modo automático sino que debería ser facultativa (de modo similar, y por las mismas razones, al despido en el régimen privado).

Es más, sobre esto último, el Reglamento parece coincidir con nosotros en tanto que habilita una posibilidad de continuidad del vínculo. No obstante, y en la medida que un error no se soluciona con otro error, lo señalado en el Reglamento tampoco resulta correcto ya que habilita la continuidad del vínculo solo cuando la condena es condicional –lo cual nuevamente otorga relevancia a la privación efectiva de la libertad– y si el delito no ha guardado relación con las funciones ejercidas ni ha afectado a la Administración Pública.

Así las cosas, es preciso señalar que, si la gravedad y la afectación social del delito incide en las relaciones laborales del régimen privado, con

(29) Exps. N°s 0773-2001-AA/TC, 1488-2002-AA/TC, 1151-2002-AA/TC, 3094-2004-AA/TC, 3113-2004-AA/TC.

mayor razón lo debe hacer en el Sector Público. Nos explicamos, el concepto de Administración Pública se encuentra íntimamente relacionado con el concepto de Estado; por tanto, dado que el delito se dirige en contra de la sociedad en general y es el Estado el encargado de reprimirlo, resulta evidente que la Administración Pública también se puede considerar afectada por el delito cometido.

De tal forma, siempre que un funcionario público cometa un delito, la Administración podrá considerarse afectada de forma tal que se considere que el vínculo laboral resulta insostenible.

Por ello, consideramos que la única interpretación coherente con lo que implica la comisión de un delito al interior del Estado, es entender que cuando el Reglamento exige que “el delito no esté relacionado con las funciones asignadas, ni afecte a la Administración Pública” se entienda que estamos ante una facultad de la Administración a ponderar en cada caso concreto y determinar si el delito cometido hace o no insostenible la relación laboral.

Esta lectura nos parece la más coherente pese a que el Tribunal Constitucional no la comparte conforme se puede apreciar en los fundamentos contemplados en el Expediente N° 0773-2001-AA/TC:

“Lo mismo establece el artículo 161 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, reglamento del Decreto Legislativo N° 276, cuando dispone que, en caso de aplicarse una condena de carácter condicional a un servidor público, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios deberá evaluar si el servidor puede seguir prestando servicios siempre y cuando el delito no esté relacionado con las funciones asignadas ni afecte a la Administración Pública; por el contrario, dicha evaluación no será necesaria cuando el delito se encuentre efectivamente relacionado con las funciones asignadas y afecte, además, a la Administración Pública, debiendo, en consecuencia procederse a aplicar la sanción penal, esto es, la destitución del sentenciado en el cargo que desempeñaba, tal como ha ocurrido en el caso de autos, tanto por la naturaleza del delito cometido –falsificación de documentos– como por la calidad del agraviado –la propia municipalidad emplazada”. El subrayado es nuestro.

Como se aprecia, el Tribunal considera que podrían haber supuestos en los que la Administración no se vea afectada por los delitos cometidos. No obstante, creemos que tal afirmación no resiste ningún análisis en tanto que obvia lo que se debe entender jurídicamente por *delito*.

Por todo lo expuesto, consideramos que debe haber un cambio en la regulación de la causal de destitución referida a la imposición de una condena

penal por delito doloso. En ese sentido, dado que la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, ha delegado dicha regulación a las normas especiales que sean promulgadas, aquella puede ser una buena oportunidad de lograr coherencia jurídica entre lo que debe entenderse jurídicamente por *delito* y las causales de destitución de los funcionarios públicos.

VI. CONCLUSIONES

La condena firme a un trabajador por la comisión de un delito doloso, permite que el empleador pueda concluir válidamente la relación laboral.

Sin embargo, pese a que la norma y la jurisprudencia han sido muy concisas en la regulación de este supuesto, consideramos que existen conductas y hechos que deben cumplirse para la aplicación válida de esta causal de extinción de la relación laboral.

Así, nos encontramos ante la comisión de un delito doloso; con lo cual, la comisión de ilícitos de manera negligente o culposos no habilitan al empleador a cesar la relación laboral salvo que la conducta del trabajador sea asimilada a un supuesto de falta grave laboral de conformidad con nuestro ordenamiento.

Por otro lado, la condena no debe involucrar necesariamente el impedimento del trabajador de asistir al centro de trabajo. Se castiga una conducta ilícita y dolosa con prescindencia de que exista o no prisión efectiva.

Sin perjuicio de lo anterior, es vital recordar que el empleador se encuentra sometido a cumplir con un procedimiento para imputar o dar a conocer al trabajador la existencia de una condena firme en su contra por un delito doloso. De ese modo, el cese no opera de manera inmediata ni de pleno derecho sino que requiere de una acción del empleador quien de manera indubitable debe ejercer la potestad que la Ley le brinda de cesar a un trabajador por esta causal. Ante tal circunstancia, el trabajador podrá objetar que se encuentra dentro de la causal que el empleador le imputa o, estándolo, podrá demostrar que el principio de inmediatez no se ha cumplido en su particular caso.

Otro tema importante es que las repercusiones del delito no deben concentrarse únicamente en el centro de trabajo o en el personal del empleador: la causal se activa incluso cuando los perjudicados con la inconducta del trabajador no tengan ningún punto de conexión con la actividad laboral que este realiza.

Finalmente, llama la atención cómo en el régimen público se mantiene una regulación distinta sobre un mismo supuesto, lo que no tiene ningún tipo de sustento o respaldo.

**LA HUELGA:
¿UN DERECHO FUNDAMENTAL
EN CRISIS?**

HUGO FERNÁNDEZ BRIGNONI

LA HUELGA: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL EN CRISIS?

HUGO FERNÁNDEZ BRIGNONI⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

No estamos infiriendo de la interrogante que incluye el título de este tema, que exista una duda sobre el valor del derecho de huelga en la dogmática del derecho del trabajo.

Como ha manifestado Bobbio vivimos en un “tiempo de derechos”⁽²⁾. Por lo tanto, hay que descartar cualquier hipótesis apocalíptica y todas aquellas tesis, que con razonamientos total o parcialmente erróneos, pudieran llegar a conclusiones que nieguen la vigencia del derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores.

Cuando se pensó en preguntar sobre una eventual crisis de este derecho fundamental, se tuvo en cuenta algunas posibles líneas de análisis, inspiradas en lo que ocurre circunstancialmente en algunos países con legislaciones *bloqueantes* del derecho o por la inestabilidad que generan algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que presentan interpretaciones disfuncionales de derecho del derecho de huelga, que restringen o eliminan haciéndole decir a la norma que reconoce y garantiza el derecho, lo que la norma no dice.

La propuesta de este trabajo es llamar la atención sobre las vicisitudes o dificultades que enfrentan el ejercicio del derecho de huelga y su titular principal, el sindicato⁽³⁾.

(1) Uruguayo. Profesor en la Universidad de la República.

(2) BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 57.

(3) Si bien el derecho de huelga no es un derecho exclusivo del sindicato, ello no impide que con libertad

Sin que esto puede ser entendido como una contradicción o un cambio conceptual en el razonamiento, en lugar de crisis nos gustaría utilizar un vocablo (un concepto) distinto y utilizado por el Profesor Ermida en una de sus últimas publicaciones. Nos referimos a la acción de criticar, a la crítica, entendiéndolo por ello, la tarea de acudir al examen o evaluación del derecho de huelga en un espacio y en un tiempo determinado. Es decir, revisar y criticar, ver cómo es que el derecho de huelga está desarrollando la función que dogmáticamente el Derecho del Trabajo le asigna en el sistema de relaciones laborales.

Como dice Ermida refiriéndose a la libertad sindical, pero con palabras que son perfectamente aplicables al enfoque que estamos presentando, la crítica "...no supone una postura negativa ante este derecho fundamental, sino la necesidad de revisarlo analíticamente para detectar sus fortalezas y debilidades en determinados contextos. Crítica desde la valoración positiva, crítica para mejorar, para determinar qué es lo que no funciona y así poder corregirlo, para definir en qué y cómo este instituto podría ser más eficaz"⁽⁴⁾.

El derecho de huelga se desarrolla en un estado de evolución dinámica permanente, lo que justifica, cada tanto, volver a analizar los aspectos centrales del derecho. Esto es, la forma en que se presenta, perspectiva que está vinculada al concepto de huelga y a su alcance objetivo, el marco de promoción y fomento de la acción sindical y con ello, cuál es el grado de autonomía que posee su ejercicio y cuál es el nivel o grado de eficacia del ejercicio del derecho de huelga respecto de otros derechos constitucionalmente protegidos.

Siguiendo este esquema dividiremos el resto de la exposición en tres partes: a) las formas en que se manifiesta el derecho de huelga, b) el marco de promoción y fomento del derecho de huelga y su grado de autonomía y c) la eficacia del ejercicio del derecho.

II. LAS FORMAS DE EXPRESIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

Los sujetos titulares del derecho de huelga han adaptado su ejercicio asumiendo novedosas modalidades para mejorar la relación costo-beneficio y para ajustar el conflicto al nuevo sistema productivo. La huelga típica o clásica, originalmente descrita como la interrupción o suspensión continua del trabajo⁽⁵⁾ terminó de ser aceptada como derecho fundamental en aquellos procesos de

sindical, exista cierta preferencia para este sujeto colectivo.

(4) ERMIDA URIARTE, Oscar. "Crítica a la libertad sindical". En: rev. *Derecho Laboral*. T. LIV, N° 242 p. 225-226.

(5) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Apuntes sobre la huelga*. 2da. ed. FCU, 2006, p. 36.

constitucionalización del siglo XX, pero al mismo tiempo, prácticamente sin pausa, y a pesar de su elevación a derecho fundamental el derecho de huelga siguió siendo cuestionado, negado y en algunos casos prohibido. Paradójicamente, al mismo tiempo que se reconocía y aceptaba el derecho de huelga en su modalidad clásica o típica, se desplegó una oposición frontal contra otras formas de huelga, las posteriormente llamadas por defecto, formas “atípicas” de huelga.

Así las cosas, una frondosa y riquísima variedad de medios de autodefensa utilizados por los trabajadores, diferentes del tipo clásico de huelga, como consecuencia del cuestionamiento sin solución de continuidad, comenzaron a recibir la calificación de modalidades de huelga ilícitas o abusivas.

Esto ocurrió por ejemplo, con la *huelga intermitente* que consiste en trabajar un breve lapso y parar la misma cantidad de tiempo trabajado, provocando una distorsión evidente, con la *huelga de brazos caídos*, también conocida como *trabajo a reglamento* o *desgano* o *huelga blanca*, modalidad que provoca una alteración en la forma normal del trabajo sin omitir la prestación y con la *huelga simbólica*, también llamada *virtual*, que dura solo un brevísimo tiempo, y que se utiliza como advertencia que en el futuro se podrán tomar medidas más graves o para medir fuerzas de cara a establecer estrategias de conflicto en el futuro.

El mismo cuestionamiento de abusiva o ilícita recibió la *huelga rotativa, turnante* o *articulada*, que se realiza con paralizaciones parciales que afectan uno o dos sectores de la empresa a la vez, o la *huelga trombosis* o *neurálgica* que afecta un sector sensible o estratégico de la empresa y que genera como consecuencia directa la paralización total de la empresa, o la *ocupación de los lugares de trabajo* que implica desplazar al empleador del control de la unidad productiva en situaciones de alta conflictividad.

A pesar de los cuestionamientos y prohibiciones, las acciones de conflicto encaradas con la misma finalidad y por los mismos sujetos que la huelga clásica han proliferado de manera casi indescriptible. Seguro que en este mismo momento se estará produciendo una huelga en algún lugar del mundo, que se ejecuta de un manera hasta este momento desconocida y que a la postre podrá constituirse en otra modalidad atípica de huelga. Como ejemplo, de la actividad y creatividad estratégica del titular del derecho de huelga pueden mencionarse otras formas que si bien tienen un grado de impacto menor que las anteriormente mencionadas, también deben ser consideradas formas atípicas de huelga. Nos referimos a las *huelgas de pensamiento*, por la cual los trabajadores anuncian que dejarán de esforzarse en mejorar para el método de producción, hasta que sean satisfechas sus demandas o a la situación generada

en una famosa compañía de ópera cuyos artistas canta a “media voz” a fin de presionar por sus reivindicaciones laborales⁽⁶⁾.

Evidentemente, todas estas formas “atípicas”, no se amoldan a las viejas definiciones de huelga, básicamente porque se expresan sin recurrir a la abstención de trabajar y porque no se produce el desplazamiento de los huelguistas fuera del local de trabajo por un tiempo indeterminado⁽⁷⁾. Sin embargo, conservan todos los demás rasgos o características de la huelga, esto es, la decisión colectiva y concertada, de carácter transitorio y llevada a cabo con la finalidad de protesta o reclamo. Lo que cambia es la presentación buscando más efectividad o recuperando la que eventualmente pudo haber perdido la forma clásica o típica.

Las huelgas típicas parecen haber disminuido y en su lugar, aparece una amplia gama de huelgas atípicas a través de las cuales se ha materializado el conflicto en tanto los sindicatos adaptan sus estrategias para lograr los objetivo de presionar y equilibrar el poder del empleador.

A propósito de la adaptación de las acciones sindicales de autoprotección, se han expresado varias razones para el surgimiento de las formas atípicas de huelga. Algunas de ellas se relacionan con circunstancias excepcionales, como las vividas en épocas de gobiernos de facto, donde los trabajadores no podía realizar huelgas abiertas y entonces recurrían a otros medios de acción⁽⁸⁾. Otras razones, vinculadas al concepto de la huelga y a sus efectos, refieren a que las formas atípicas generan un menor costo económico para el trabajador, operan en estos casos, más que como maximizadores de ganancias como minimizadores de pérdidas⁽⁹⁾. Se logra con las medidas atípicas de huelga, mejorar la ecuación entre el objetivo de presionar y el costo económico que asume el trabajador por el tiempo que dura la medida. Por otra parte, en las estrategias sindicales estas modalidades, son utilizadas como advertencias de que se está en condiciones de poder adoptar otras medidas acumulativas o sustitutivas pero siempre con mayor grado de impacto y distorsión en la empresa o en el servicio⁽¹⁰⁾.

Ermida destaca que el escenario derivado de la transformación en la organización de trabajo es también otra motivo que explica la aparición de las

(6) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*. LexisNeris Chile, Santiago, 2002, p. 417.

(7) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Ocupación y solución de conflictos colectivos” XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. FCU, 2006, p. 259.

(8) Las relaciones laborales en Uruguay, Informe RELASUR, FCU/ MTSS España, 1995, p. 200.

(9) *Ibidem*. p. 185.

(10) *Ídem*.

formas atípicas de huelga. Indica este autor, que la posmodernización, los avances científicos y tecnológicos y las nuevas formas de producción, determinan una renovación de las modalidades de ejercicio de la huelga, de manera que este derecho pueda seguir cumpliendo la función equilibradora que le compete⁽¹¹⁾.

Así como la cuestión social generó la resistencia colectiva de los trabajadores organizados manifestada en las primeras épocas de la acción colectiva con la llamada forma típica de huelga, en la actualidad, las formas atípicas de huelga son el resultado de la adaptación de la acción sindical a los cambios o transformaciones en la organización del trabajo productivo de las empresas, del empresario y empleador. En este mismo sentido, si por razones de competencia se considera legítima la adaptación de los empresarios a nuevas formas productivas y de gestión empresarial, en una visión sistémica de las relaciones laborales, no podemos pensar que los sindicatos no puedan cambiar las estrategias para hacer eficaces las medidas de huelga que implementen.

De alguna manera lo atípico se ha vuelto típico y viceversa⁽¹²⁾, ya que proliferan formas muy ricas y variadas del derecho de huelga que por otra parte, como hemos dicho, soportan similares cuestionamiento desde el sector empresarial que los que soportó la huelga típica en las primeras épocas de la evolución del derecho del trabajo. Desde la perspectiva del conflicto de intereses que caracteriza las relaciones laborales, no parece posible que pueda generarse otro panorama distinto. La historia es repetida, los contenidos pueden ser distintos pero eso no cambia el alcance objetivo y subjetivo que el bloque de constitucionalidad le ha reconocido al derecho de huelga.

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina laboralista a partir de las nuevas formas de huelga implementada por el actor sindical, generó nuevos contenidos teóricos sobre la huelga, para concluir que hoy por hoy, son huelga tanto las formas típicas como las atípicas.

Esta tendencia puede sintetizarse en la definición que aporta Ermida indicando que el concepto de huelga alcanza a *“todas aquellas medidas de conflicto que omitan, reduzcan o alteren colectiva y transitoriamente el trabajo”*⁽¹³⁾ o la proporcionada por Baylos cuando identifica a la huelga con *“aquellas acciones que introducen una excepcionalidad temporal o transitoria en la*

(11) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización de la huelga*. FCU, 1999, p. 32 y BABACE, Héctor “Reflexiones sobre la legitimidad o ilegitimidad de las nuevas formas de huelga (en el derecho positivo uruguayo)” X Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social, FCU, 1998, p. 25 y ss.

(12) RASO DELGUE, Juan. “Modalidades de conflictos colectivos de trabajo” X Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, 1998, p. 8.

(13) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Ocupación y solución de conflictos”, Ob. cit., p. 42.

normalidad productiva”⁽¹⁴⁾ o la que define a la huelga como “*todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción*”⁽¹⁵⁾. Esta ha sido también la postura del Comité de Libertad Sindical de la OIT que inequívocamente considera huelga una amplísima gama de las denominadas formas atípicas de huelga⁽¹⁶⁾.

Como puede apreciarse el derecho del trabajo continúa planteando la necesidad de hacer sustentables los mecanismos de autotutela en el sistema de relaciones laborales. La autotutela es un concepto básico y principal del principio protector, desarrollado para cumplir con la función tendiente a la equiparación de fuerzas y de poder en la relación de trabajo, creando derecho y controlando su cumplimiento.

Si la naturaleza jurídica de la huelga evolucionó de delito a derecho fundamental, el concepto de huelga también ha tenido importantes cambios generando formas de expresión del derecho que proliferan más allá de un marco legal determinado o de algunas decisiones judiciales o incluso frente a políticas públicas que puedan implantarse en esta materia con preferencia por la huelga clásica.

Puede apreciarse un cierto paralelismo entre lo que ocurrió con la huelga típica o clásica en los primeros tiempos de su evolución y lo que puede estar ocurriendo, en algunos sistemas de relaciones laborales, con las formas atípicas de huelga. La resistencia de los trabajadores que adquiere carta de ciudadanía jurídica con el derecho de huelga, se adapta y se manifiesta en nuevas medidas de conflicto pero al mismo tiempo, como en un circuito sin fin, el mismo derecho en metamorfosis, se vuelve a enfrentar al rechazo, a la censura y la exclusión por la vía de la calificación de ilícita o abusivo.

Evidentemente los actores del sistema tienen distintas posiciones frente al mismo hecho y al derecho (huelga). En general los gobiernos prefieren las huelgas típicas o clásicas marginando las formas atípicas de huelga. Por su parte, los empleadores, resignadamente, frente al reconocimiento del derecho de huelga en las constituciones liberales de nuestra época, tienen la misma preferencia que los gobiernos a la hora de tener que enfrentar una huelga, y al mismo tiempo, igual que lo hicieran con la huelga clásica, desarrollan estrategias en contra de las formas atípicas de huelga que inexorablemente se presentan.

(14) BAYLOS GRAU, Antonio. *Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social*, p. 82 según cita de ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., p. 41.

(15) ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y SALA FRANCO, Tomás. *Derecho Sindical*. Valencia, 1996, p. 457, según cita de GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ob. cit., p. 415.

(16) OIT. *La libertad sindical*. 4ª ed. Ginebra, 1996, p. 115 y 5ª ed. revisada 2006, p. 119.

Muchas veces, las formas atípicas de huelga son excluidas del concepto de huelga por la legislación o por decisiones del Poder Judicial u opiniones de la doctrina, que en algunos casos, no interpreta el derecho y la realidad bajo el designio de la dogmática tuitiva del derecho del trabajo.

La limitación del concepto de huelga genera un funcionamiento deficiente del derecho fundamental. Para evitar esta situación se han propuesto dos soluciones: a) prescindir de una definición “a priori” de la huelga y entonces será huelga lo que por el uso o práctica habitual de los trabajadores organizados se vaya consolidando como una modalidad de este derecho, o b) generar un concepto amplio de huelga que siempre será tentativo y provisional, porque siempre correrá el riesgo de quedar desactualizada dado el dinamismo que se da en esta materia⁽¹⁷⁾.

Es imprescindible marcar que la función protectora que despliega el derecho del trabajo, en muy buena parte, se realiza a través de ejercicio de los derechos de la autonomía sindical (sindicación, huelga y negociación colectiva) y por esa razón es necesario energizar al derecho de huelga o al menos no ponerle obstáculos por la vía de su restricción conceptual.

Como dice Plá Rodríguez la vida no corre en vano y la experiencia indica que en esta materia hay una dinámica natural derivada de la búsqueda de eficacia tanto en la función compensadora de poder, como en la función que refiere al derecho de participación en los temas de interés general (políticos, económicos o sociales). Por esta razón, habilitar el ejercicio del derecho de huelga sin restricciones conceptuales, admitiendo todas las medidas implementadas por los trabajadores organizados, es una postura correcta desde la perspectiva del derecho laboral⁽¹⁸⁾.

En síntesis, para entrar en un esquema acorde con la funcionalidad del derecho de huelga es necesario dejar atrás esta discusión y liberar las modalidades de la huelga a la acción (utilización de mecanismos de autotutela) de los trabajadores organizados colectivamente⁽¹⁹⁾ y en este sentido, los únicos límites admisibles serían aquellos que surgen de la relación o influencia del ejercicio del derecho de huelga con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, seguridad y salud de las personas, los llamados límites

(17) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización*. Ob. cit., p. 47.

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo, 1975, p. 290. Luego en las ediciones posteriores de esta obra (1978) p. 317 y (1998) p. 402, el autor vuelve a repetir que: “(...) hay un dinamismo natural derivado de la búsqueda de la eficacia de los instrumentos de lucha que se crean, se modifican, se transforman siempre en procura de mayor eficacia” y más adelante agrega: “Salvo el sabotaje (...) cualquier otra forma de lucha puede ser mirada como una manera de huelga”.

(19) MANTERO ALVAREZ, Ricardo. *Límites al derecho de huelga*. FCU, Montevideo, p. 53 a 66.

externos al derecho de huelga que pacíficamente han sido admitido cuando a consecuencia de la huelga se interrumpen servicios o prestaciones consideradas esenciales.

En estos casos el derecho del trabajo acude a mecanismos que equilibran los intereses de los habitantes con los de los trabajadores en conflicto⁽²⁰⁾, generando para estos últimos garantías compensatorias ante la disminución o eliminación de los efectos de la huelga sobre el empleador, el estado y los usuarios. Claro que estas restricciones serán aceptadas siempre que se presenten como excepción a la regla general de la autonomía de la acción sindical (autotutela).

En este sentido, la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical establece que ante la declaración de servicios esenciales se les debe proporcionar a los trabajadores en huelga una protección adecuada en salvaguarda de sus intereses, y conjuntamente habilitar mecanismos paritarios de conciliación arbitraje adecuados, imparciales y rápidos⁽²¹⁾. Por otra parte, dado su carácter excepcional, resulta prudente que el acto de restricción del derecho de huelga sea justificado y razonable y que se atenga a los principios de: a) proporcionalidad de la restricción, b) sustituibilidad del servicio afectado por la huelga por otros servicios distintos y c) de neutralidad de actuación del poder público.

Todo esto sin descartar que puedan funcionar conductas autoregulatorias del conflicto. En efecto, los sindicatos pueden establecer qué servicios mínimos quedarán funcionando durante la huelga en un sector de servicios esenciales. Salvo que existan protocolos de los sindicatos creados con la intención de aplicación permanente, en general las conductas autoregulatorias se agota en el caso concreto, es decir, que no sobrevive ante posteriores convocatorias de huelga. Nada impide que estas regulaciones puedan formalizarse en un convenio colectivo de trabajo, sin embargo, esto no es una práctica habitual.

III. LA PROMOCIÓN, EL FOMENTO Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE HUELGA

En casi todos los países de América Latina, existen legislaciones muy rígidas en materia de relaciones colectivas de trabajo. Estas legislaciones se caracterizan por ser muy reglamentarista, interventora, rígida, limitativa y a veces opresora en materia de libertad sindical, negociación colectiva y derecho de huelga⁽²²⁾.

(20) *Ibidem*, p. 179.

(21) OIT. *La libertad sindical*. Ob. cit., p. 124.

(22) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización de la huelga*. FCU, 1999, p. 17.

En muchos de nuestros países a la legislación interventora y limitativa de la huelga se suma la judicialización del conflicto colectivo, tendencia que viene determinada, en las intenciones más plausibles, por una visión que solo maneja como objetivo la solución de la controversia, sin reparar que esa es una visión incompleta del fenómeno del conflicto colectivo de trabajo.

Como dice Barbagelata, el conflicto que informa el derecho del trabajo no se presta sino en una mínima parte, a su resolución por vía jurisdiccional. Esta característica es propia del particularismo del derecho del trabajo y no una insuficiencia o imperfección del sistema como en algún momento se pensó⁽²³⁾.

Así las cosas, tanto por la vía de la legislación restrictiva o de la judicialización inapropiada, es evidente que el derecho de huelga está colocado en una situación no funcional, dado que sufre la peor de las intervenciones, la que socava su ejercicio.

En lugar de contar con un marco jurídico que facilite el ejercicio del derecho fundamental, eliminando los obstáculos y proscribiendo las prácticas antisindicales desarrolladas en su contra, buena parte de la legislación latinoamericana hace todo lo contrario.

Esta situación es efectivamente una situación crítica que se deriva de una acción estatal desviada, indebida, contraria a derecho y en muchos casos inconstitucionales⁽²⁴⁾.

Desde la teoría general del derecho del trabajo se plantea la búsqueda de la igualdad sustancial, lo que determina que sea implementada una legislación promocional del hecho huelguístico⁽²⁵⁾. El reconocimiento del derecho de huelga importa su tutela y promoción y por eso, el estado social de derecho asume con ropaje constitucional la protección jurídica de la huelga.

(23) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El particularismo del Derecho del Trabajo*. FCU, 2009, p. 40.

(24) Por ejemplo, sobre el alcance del artículo 21 de la ley 18.566 Barbagelata ha sostenido que atribuirle "(...) a la justicia laboral competencia para entender en una posible fuente de conflictos colectivos de trabajo, además de constituir una alternativa inconveniente, es inconstitucional". En: rev. *Derecho Laboral* T. LIV N° 241. p. 38. Por su parte, la doctrina chilena ha criticado con énfasis distintas disposiciones normativas del Código de Trabajo como por ejemplo, la que permiten el reemplazo de huelguistas si el empleador cumple con el requisito de la última oferta y un bono de reemplazo (art. 381), o la prohibición de la huelga a través de una lista de empresas que prestan servicios considerados esenciales como por ejemplo, las empresas eléctricas (art. 384). Ver. UGARTE CATALDO, José Luis. *La Corte Suprema y derecho de huelga: Aquí no, por favor*. Estudios Laborales, Ed. Especial, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo/Legal Publishing, Viña del Mar, 2010, p. 90 y ss. y del mismo autor: *Huelga y servicios esenciales: el estrangulamiento institucional de un derecho fundamental*, misma publicación p. 92 y ss. y GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "La huelga en Chile: Perspectivas y problemas". En: rev. *Derecho Laboral*. T. LIV, N° 242, p. 293 y ss.

(25) BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Ed. Trotta, Madrid, 1991, p. 135.

Esto no quiere decir que todos los ordenamientos jurídicos deban regular uniformemente, las distintas variables técnicas que integra su régimen jurídico (titularidad, sujeto pasivo, objeto, etc.), sin embargo, todos los ordenamientos jurídicos que se precien de estar integrados a una sociedad democrática y participativa, basada en derechos fundamentales, debe afiliarse a un modelo de huelga-derecho interpretado conforme con la Constitución.

Existen tres modelos normativos de la huelga-derecho: a) el modelo contractual, donde el derecho de huelga se reduce a las relaciones de negociación colectiva, y por esta razón la huelga queda funcionalmente reducida a ser solo un instrumento de la negociación colectiva. Si no hay negociación colectiva la huelga es ilícita. En este modelo quedan excluidas todas las demás acciones que los trabajadores puedan emprender en defensa de sus intereses y que no estén referidas a la negociación de un convenio colectivo. La huelga en este caso queda limitada a ser un apéndice funcional de la negociación colectiva⁽²⁶⁾, b) el modelo profesional, en el que se considera que la huelga es un medio de autotutela colectiva en todos los aspectos de la relación laboral, siendo este el ámbito en el que esta puede desarrollar su acción y determinando de esta manera el titular del derecho, el sujeto receptor y el objeto de la huelga. En este modelo quedan excluidas las huelgas políticas, de solidaridad, etc., y c) el modelo universal del derecho, en el que se concibe a la huelga como un mecanismo de autotutela de los trabajadores en todos los ámbitos de la vida social. Este modelo le da a la huelga una gran importancia como medida de conflicto en la sociedad y legitima la defensa de cualquier interés económico y social que los trabajadores consideren como propio⁽²⁷⁾. Un modelo normativo abierto que energiza y promociona el derecho de huelga.

En efecto, partir de la premisa que la huelga debe ser garantizada como un derecho fundamental, deja automáticamente al descubierto que a nivel jurídico en latinoamérica existe un doble discurso, que por un lado muestra el reconocimiento constitucional del derecho y, por otro, ese mismo derecho es socavado o eliminado por la autoridad legislativa, la administrativa o la judicial. No nos estamos refiriendo a la brecha entre el derecho y la realidad que lamentablemente caracteriza a los sistemas latinoamericanos, nos referimos a que el propio orden jurídico a nivel infra-constitucional, interviene sobre el hecho de la huelga pero alejándose de la norma constitucional y colocando al derecho fundamental más lejos de ser utilizado en la práctica a través de una reglamentación que disminuye sus posibilidades como cuando le impone requisitos formales para su legalidad o rechaza algunas de sus modalidades a través

(26) MANTERO ALVAREZ, Ricardo. Límites... Ob, cit., p. 49.

(27) PALOMEQUE, Carlos. *Derecho del Trabajo*. 6ª ed. Ed. Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 541.

de una definición restringida del concepto de huelga o lo que es teóricamente inadmisibles, dejando la libertad sindical reducida a su faceta individual⁽²⁸⁾.

Aunque podamos decir lo obvio, es necesario recalcar que el estado de derecho tiene el deber ineludible de promover y dar eficacia a los derechos fundamentales, dotándolos de adecuada protección y materializando, de ser necesario, las modificaciones legales que sean necesarias para poner fin a las restricciones que los limiten, haciendo posible la realidad de su ejercicio pleno.

Si el papel de la legislación es determinante del ejercicio del derecho fundamental, la jurisprudencia también tiene un rol muy destacado.

En muchos ordenamientos, de una forma u otra, la jurisprudencia ha tenido un papel importante en la creación de los márgenes de actuación del derecho de huelga. Aún en aquellos países donde los conflictos colectivos no son competencia material de los tribunales de trabajo y más allá de lo inconveniente que esto resulte para algunos, igual se producen actuaciones judiciales donde se ventila varios aspectos del derecho de huelga. Las resoluciones judiciales terminan incidiendo en el ejercicio de este derecho. Tal es el caso en Uruguay de las sentencias judiciales dictadas en procesos de amparo iniciados contra las ocupaciones de los lugares de trabajo.

Como en todos los temas, la intervención de la jurisprudencia puede ser evolutiva o regresiva. En el caso del derecho de huelga, por tratarse de un derecho fundamental de carácter progresivo e irreversible⁽²⁹⁾, solo podría aceptarse que la jurisprudencia participe de la evolución del derecho fundamental, generando fallos que promulguen interpretaciones acordes con la naturaleza, finalidad y efectividad del derecho en juego.

Sin embargo, no parece ser esta la participación que la doctrina chilena describe de los dictámenes de los tribunales de justicia de ese país⁽³⁰⁾, ni tampoco lo que se desprende de los comentarios a las sentencias que resuelven las acciones de amparo en los casos de la ocupación de los lugares de trabajo en Uruguay⁽³¹⁾.

(28) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La protección de las garantías constitucionales laborales en Chile”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. XLVI, N° 209, p. 80.

(29) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. FCU, Montevideo, 2009, p. 243 y 245.

(30) Véase UGARTE CATALDO, José Luis y GAMONAL C. Sergio *supra*, cita N° 23.

(31) Puede verse sobre este punto los comentarios de GIUZIO, Graciela. “Ocupación de los lugares de trabajo, Comentarios sobre los fallos del caso ‘Coltirey’”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. XLIX, N° 224 p. 883 y ss., MOREIRA. “Tres temas vinculados a la ocupación de lugares de trabajo”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. L, N° 228, p. 905.

En la jurisprudencia de los órganos de contralor de la OIT también existen señales de una tendencia negativa (regresiva) respecto del ejercicio del derecho de huelga. Históricamente la actividad del Comité de Libertad Sindical (CLS) y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEANR) de la OIT, desarrollaron una actividad de control de cumplimiento de las normas internacionales del trabajo con un marcado signo protector de los trabajadores, de sus organizaciones y de las actividades sindicales que estos desarrollan. Se generó así, una jurisprudencia de mucha influencia en la doctrina laboral, que fue utilizada como referencia para la doctrina del derecho colectivo del trabajo y que contribuyó notablemente a la evolución del derecho de huelga.

Sin embargo, en los últimos tiempos en los repertorios de decisiones de estos órganos de contralor y especialmente del Comité de Libertad Sindical, se aprecia una tendencia interpretativa de los derechos fundamentales que se aparta de finalidad tuitiva de las normas internacionales⁽³²⁾.

Esto ocurre concretamente con el derecho de huelga, cuando el CLS amplía el concepto de servicios esenciales⁽³³⁾ y cuando establece posiciones que generan la ineficacia de la ocupación de lugares de trabajo⁽³⁴⁾.

En el primer caso, el CLS opera un cambio que incluye en el concepto estricto de servicio esencial los “servicios públicos de importancia trascendental”⁽³⁵⁾ y cuando afirma que es necesario un servicio mínimo “para garantizar que se satisfagan las necesidades esenciales de los consumidores”⁽³⁶⁾. Estas referencias evidentemente limitan el ejercicio del derecho de huelga y contradicen una jurisprudencia que por años fue bien aceptada. Conjuntamente con este cambio conceptual, el CLS ha ampliado la lista de las actividades que para ese órgano, reciben la calificación de servicios esenciales, incluyendo actividades que en pronunciamientos anteriores no las consideraba como tal⁽³⁷⁾.

En el caso de las ocupaciones de los lugares de trabajo el CLS también cambia de rumbo y aporta conceptos regresivos sobre el derecho de huelga.. En el informe 356 producido en el caso 2699 a raíz de una queja presentada

(32) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...” Ob. cit., nota 18, p. 236.

(33) *Ibidem*. Ob. cit., p. 237.

(34) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. LIII, N° 238, p. 234 y ss. y Editorial de la rev. *Derecho Laboral*. T. LIV, N° 241.

(35) OIT. *Libertad sindical*. Recopilación de decisiones del CLS, 5ª ed. Ginebra, 2006. p. 134 (621).

(36) *Ibidem*. p. 134 (624).

(37) OIT. *Libertad sindical*. Recopilación de decisiones del CLS. 4ª ed. Ginebra, 1996 y 5ª ed. revisada, 2006 p. 126.

por organizaciones de empleadores⁽³⁸⁾, el CLS confirma que la ocupación de los lugares de trabajo es una forma del ejercicio del derecho de huelga pero al mismo tiempo indica que la medida debe “(...) respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas, así como el derecho de la dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma”⁽³⁹⁾.

Comentando esta decisión Barbagelata expresa que el informe es incongruente porque es totalmente incompatible que exista la ocupación de los lugares de trabajo con la posibilidad de que ingresen al establecimiento ocupado trabajadores que no participan de la medida con el propósito de trabajar, cuando la sustancia misma de la ocupación del lugar de trabajo, en todas partes del mundo, es asegurar la interrupción absoluta de la actividad laboral de todo el personal involucrado⁽⁴⁰⁾.

Ermida destaca que la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical sufre un cierto proceso de “conservadurización”⁽⁴¹⁾ que opera en contra de la plena expresión del derecho de huelga lo que es al menos impropio de un órgano, que como recuerda Barbagelata, fue creado para el control del cumplimiento de los derechos de los trabajadores y de sus organizaciones.

Una tendencia diferente se aprecia en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o superiores actuando a nivel constitucional de varios países latinoamericanos⁽⁴²⁾. Se trata de una jurisprudencia que hace evolucionar el derecho laboral basada en que los derechos laborales son derechos humanos fundamentales.

Como dice Barretto aludiendo a esta realidad: “Lo nuevo del enfoque no se agota en la esfera de la materialidad del derecho tenido en cuenta para la adopción de la decisión. El fenómeno se vincula a cambios más profundos en la consideración y función del derecho, en tanto deja de ser concebido como un sistema formal de coherencia lógica apriorística para aceptarse la pluralidad

(38) Las organizaciones fueron: La Cámara de Industrias del Uruguay (CIU), la Cámara Nacional de Comercio y Servicios (CNCS) y la Organización Internacional de Empleadores (OIE).

(39) Informe N° 356 del Comité de Libertad Sindical, Caso núm. 2699, rev. *Derecho Laboral*. T. LIII, N° 238, p. 375.

(40) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “A propósito...” Ob. cit., p. 238.

(41) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica...” Ob. cit., p. 236.

(42) Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia de 1999 en rev. *Derecho Laboral*. T. XLII, N° 197, p. 145., Sent. del Tribunal Constitucional de Perú de 2002 en rev. *Derecho Laboral*. T. XLIX, N° 221, p. 169. y Sent. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2004) en rev. *Derecho Laboral*. T. XLVIII, N° 217 p. 156.

Aunque se trata de un dictamen de un tribunal de inferior jerarquía, por ser una de las primeras en esta línea jurisprudencial, merece la mención la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia de Trabajo N° 59 en rev. *Derecho Laboral*. T. XLI, N°191, p. 843 con comentada del profesor H.H. Barbagelata.

de fuentes, la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados y el ingreso de varios criterios de juzgamiento, que no desdeña cierta permeabilidad de las fronteras antes infranqueables entre ética y derecho”⁽⁴³⁾.

Quiere decir que al acierto de recurrir a fuentes del derecho laboral tanto nacionales como internacionales (Convenio Internacionales del Trabajo, Pactos, Declaraciones y Protocolos) y a fuentes de derecho como la costumbre, los principios y valores que emergen del plexo constitucional y que integran el llamado bloque de constitucionalidad⁽⁴⁴⁾ se agrega una adecuada tarea de interpretación del derecho con base en los criterios axiológicos que desemboca en la finalidad protectora de los derechos laborales fundamentales⁽⁴⁵⁾.

Es que esta jurisprudencia ha logrado generar un sistema de aplicación del derecho vigente que puede considerarse como una nueva manera de juzgar y que tiene por principal finalidad activar la protección que contiene la norma laboral. Esta nueva forma de aplicar el derecho vigente, parte de cuatro reglas principales: a) la aplicación obligatoria y directa de los convenios y tratados internacionales como norma mínima, b) la aplicación de la norma más favorable como criterio de interpretación esencial del derecho aplicable y de comparación entre la norma nacional y la internacional, c) la aplicación de los principios del derecho del trabajo y d) la aplicación de las ideas-fuerza que derivan del bloque de constitucionalidad, como el trabajo decente o la dignidad del trabajador, la justicia social y la igualdad material o sustantiva.

En síntesis, esta nueva jurisprudencia han operado una revalorización del papel de los derechos constitucionales entre los que se encuentra el derecho de huelga y por lo tanto, es en esta línea que la jurisprudencia laboral debe proyectar su actuación en el futuro.

IV. LA EFICACIA DEL DERECHO DE HUELGA

La eficacia es un concepto esencial a la dogmática del derecho de huelga. No se concibe una huelga que no sea eficaz presionando al empleador, distorsionando el normal funcionamiento de la empresa o haciendo una manifestando

(43) BARRETTO GHIONE, Hugo. “Aplicación de las normas internacionales sobre derecho humanos laborales en América Latina: reseña de diez casos jurisprudenciales. En: rev. *Derecho Laboral*. T. I, N° 228, p. 789.

(44) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. XLVII, N° 214, p. 213.

(45) BARBAGELATA, Héctor Hugo. “El camino hacia la integración del Derecho del Trabajo en el sistema de los derechos fundamentales y su aplicación efectiva por los tribunales de justicia”. En: rev. *Derecho Laboral*. T. LI, N° 232, p. 734 y ss.

elocuente de la posición de conflicto, en temas que involucran los intereses de los trabajadores y de sus organizaciones.

Inevitablemente la huelga es una expresión del derecho al conflicto que surge de: a) la composición plural de intereses integrante de una sociedad dada, b) la subordinación económica y jurídica que caracteriza la relación laboral y c) su reconocimiento y su articulación no autoritaria.

Todos estos son componentes básicos del derecho fundamental de huelga y sobre ello se desarrollan en sociedades que se organizan en sistemas democráticos avanzados. Por esta razón, desde el punto de vista político existe una articulación necesaria entre derecho y conflicto y por eso todo régimen autoritario rechaza este último.

Desde el punto de vista sociológico el conflicto es la principal categoría explicativa del cambio social y del progreso y de muchos otros hechos que se producen en el ámbito de las relaciones laborales⁽⁴⁶⁾.

Desde el punto de vista jurídico el conflicto es base de todo el derecho. Como dice Ferrajoli en la historia de la humanidad no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en el escritorio⁽⁴⁷⁾. Todos son fruto de conflictos.

En particular el conflicto laboral y más concretamente el conflicto colectivo, es el sustrato fáctico del derecho del trabajo tiene la potencialidad de generar derechos concretos.

La empresa que nace de la revolución industrial es una estructura de dominación y en ella los trabajadores son los subordinados. En este esquema el conflicto no es una patología del sistema de relaciones laborales, al contrario, es un fenómeno natural y normal de este tipo de relaciones jurídicas. El conflicto es inevitable por ser la materialidad de la relación laboral.

Es así que el conflicto colectivo de trabajo elevado al rango de derecho humano fundamental a través de su principal manifestación, la huelga, es la prueba irrefutable de la funcionalidad y de la importancia del conflicto laboral.

Pues bien, sentada la premisa de la naturalidad y funcionalidad del derecho de huelga como expresión del conflicto laboral, es necesario pensar en

(46) Son ejemplo de este tipo de situaciones la distinción que hace la sociología entre los “conflictos reales” derivados de la desigualdad de base ya referida y a la insatisfacción o contraposición de intereses y los “conflictos irreales o provocados” que tienen una finalidad distinta, a veces frecuentemente utilizados para presionar a un tercero, lo más habitual al Estado.

(47) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. p. 945.

que coordinadas este derecho tiene que desarrollarse para tener una eficacia suficiente para cumplir su función.

Desde esta perspectiva el derecho de huelga esta sometido a la presión de otros derechos que también están constitucionalmente protegidos. Es decir que el derecho de huelga si bien pudo haber superar algunos obstáculos al ser reconocido como derecho fundamental, igualmente se enfrenta al desafío que le impone la competencia de otros derechos que también están integrados al bloque de constitucionalidad.

Algunos criterios generales de la teoría del derecho laboral nos permitirán obtener algunas claves de una posible solución al conflicto entre derechos fundamentales fundada como corresponde en el derecho mismo.

La primera clave de solución o referencia es al propio origen del derecho del trabajo. Este nace con la finalidad de reducir, limitar o en todo caso encausar el poder del empleador en la organización de trabajo e impuesto a las personas que trabajan. Se trata de un derecho referido y focalizado sobre la persona física (humana) que trabaja, en este sentido, lo que define al derecho del trabajo es su carácter antropocéntrico, que ubica al hombre, persona física, en el centro de la cuestión en debate y del sistema jurídico imperante. Todos los derechos referidos a esta visión son prioritarios por ser destinado a la protección del hombre.

En segundo lugar, la caracterización de los derechos de quienes contratan o emplean al trabajador, se integran al sistema de relaciones laborales con la *pérdida de peso* que implica su aplicación a la actividad lucrativa. La simbiosis del capital con el trabajo humano genera una disminución del peso relativo de los derechos de los empleadores. El capital, la propiedad del capital, la propiedad de otros bienes, el derecho o la libertad a emprender o producir, comparten espacio con los derechos del trabajador –los derechos laborales, los derechos humanos– y por esta razón la actuación de estos derechos del empleador, se somete –voluntariamente– a lo que dispone el ordenamiento jurídico. Como dice Ermida: “cuando se contrata un ser humano para laborar para otro, no se contrata un ser despojado de derechos, sino a un trabajador que ‘ya viene’ con limitación de la jornada, negociación colectiva y derecho de huelga”⁽⁴⁸⁾.

(48) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Ocupación y solución...” Ob. cit., p. 260.

En tercer lugar, recurriendo a las más modernas doctrinas sobre derechos fundamentales se podrá ver como destaca Ermida en la obra citada anteriormente, que los derechos sociales priman sobre los patrimoniales.

La mezcla de categorías de derechos entre sí heterogéneos que fue realizada por el primer liberalismo, derivó en el equívoco de entender que el derecho de huelga está al mismo nivel de protección que el derecho de propiedad inmerso en la relación capital-trabajo.

Esta notable equivocación de décadas queda en evidencia cuando Ferrajoli, distingue entre derechos fundamentales (de libertad) y derechos patrimoniales (individuales). Los primeros son derechos universales, en el sentido de que son titulares de ellos todos los hombres, un derecho inclusivo; en cambio los patrimoniales son derechos singulares y excluyentes de todos los demás. Los derechos fundamentales están contruidos con base en la igualdad entre las personas que son titulares del derecho y en cambio, los derechos patrimoniales pertenecen a cada uno de sus titulares de manera diversa y excluyente, por lo que están en la base de la desigualdad jurídica⁽⁴⁹⁾. En la división y distinción de derechos constitucionalmente protegidos planteada por Ferrajoli, los derechos fundamentales a los que pertenece el derecho de huelga son universales, inclusivos e indisponibles, y estos son los derechos fundamentales en la terminología del autor italiano, en cambio, los derechos del empleador ya referidos que son de carácter patrimonial, son particulares, excluyentes y disponibles y que también son derechos constitucionalmente protegidos no son derechos fundamentales⁽⁵⁰⁾. Partiendo de esta diferenciación, la distinta base axiológica hace que los derechos fundamentales de libertad como es efectivamente el derecho de huelga, prevalezcan sobre los de contenido patrimonial⁽⁵¹⁾.

Estas argumentaciones de tan prestigiosa doctrina, podrían ser complementadas con otros tres argumentos. El primero es que en la estructura triangular de la libertad sindical, el derecho de huelga es un derecho generador de otros derechos, más derechos laborales, más derechos de ciudadanía universal. Esta virtud de derecho de huelga abona la tesis de su preferencia con respecto a los derechos constitucionalmente protegidos del empleador. El segundo, la huelga es un derecho que protege los derechos humanos fundamentales. Todos los derechos humanos fundamentales sin ninguna distinción. Como acertadamente afirma Mantero San Vicente, la huelga constituye un efectivo

(49) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 46 y ss.

(50) ERMIDA URIARTE, Oscar. "Ocupación y solución..." Ob. cit., p. 261.

(51) Ídem.

y poderoso instrumento de defensa de los derechos humanos, de los derechos fundamentales en la terminología de Ferrajoli⁽⁵²⁾. El derecho de huelga tienen la virtud de ser un derecho fundamental y al tiempo, un medio de protección de los derechos laborales específicos y no específicos pero aún más allá del ámbito estrictamente laboral, también la huelga tiene una expresión tuitiva incuestionable.

En tercer lugar, el derecho de huelga genera derecho y beneficios incluso para aquellos que no participan en este, los “no huelguistas” o trabajadores que ingresan a trabajar con posterioridad a la huelga que dio lugar a nuevos derechos o beneficios. Frente a esta realidad presente en nuestros sistemas, no puede entonces plantearse como una oposición real de derecho concretos, el derecho al libre acceso a la fábrica de los no huelguistas vs. derecho de huelga. Mientras todos los trabajadores reciban los derechos y beneficios conquistados por el ejercicio del derecho de huelga, esta oposición no tiene ningún fundamento. El mismo razonamiento es aplicable para las huelgas llevadas adelante en defensa de derechos adquiridos o para exigir el cumplimiento de acuerdos o convenios incumplidos.

Por todas estas razones, las reglas de convivencia entre derechos constitucionalmente protegidos debe permitir que el derecho de huelga exprese toda su funcionalidad (equilibrio, defensa, creación y protección de otros derechos laborales), desplazando a un plano de mayor relatividad comparativa, a los otros derechos protegidos constitucionalmente que pretenden competir con el derecho de huelga.

La relatividad del derecho de huelga está desarrollada por el derecho laboral en el concepto de los servicios esenciales, donde como vimos, en forma contraria al derecho mismo, también se fisura la eficacia del derecho de huelga injustificadamente, abarcando más actividades dentro del concepto de esencialidad de las que corresponde incluir.

Pero fuera del concepto de servicio esencial descrito en la forma tradicional (afectación de la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población), otro recorte significa una pérdida de eficacia de la huelga sin fundamento válido.

Deben entender que los valores incluidos en el estado social de derecho dependen de cómo se interprete el derecho constitucional (bloque de

(52) MANTERO SAN VICENTE, Osvaldo. “Derecho del trabajo y derechos humanos fundamentales”. En: rev. *Derecho laboral*. T. XLVI, N° 211, p. 449.

constitucionalidad). Desde el punto de vista jurídico la interpretación correcta es darle preeminencia al derecho de huelga sobre todos los individuales de contenido patrimonial y sobre aquellos derechos individuales de que son titulares personas físicas (trabajadores) que sean beneficiarios de los resultados de la huelga. De no hacerlo el derecho de huelga perderá eficacia y tendrá que ser objeto de la crítica para determinar lo que no funciona y así poder corregirlo, para determinar en qué y cómo este instituto podría ser más eficaz. Una enseñanza, entre tanta otras, del profesor Oscar Ermida Uriarte.

**CONCURSO
UNIVERSITARIO**

EL IMPACTO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

LUCIANA CAROLINA GUERRA RODRÍGUEZ⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha consolidado un complejo fenómeno denominado globalización, el cual trajo consigo consecuencias económico-sociales de importante magnitud, repercutiendo algunas de ellas de manera fundamental en las estructuras productivas, ya que, en aras de la ansiada eliminación de fronteras para la integración de mercados, diversas regulaciones estatales se han mantenido al margen, dando paso a que sean los privados quienes definan las nuevas formas de organización de la producción. Sobre el particular, es importante destacar que dado el incumplimiento estatal de la obligación de promoción y garantía de la libertad sindical, prevista por el artículo 28 de nuestra Constitución, las organizaciones gremiales han tenido poca o nula participación en el establecimiento de estos procesos.

En tal contexto, el presente artículo tiene por finalidad resaltar el impacto que viene teniendo la descentralización productiva en los derechos de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores, y hasta en la propia estructura del Estado Social Democrático de Derecho, a efectos de esbozar algunas soluciones. Al respecto, cabe precisar, por un lado, que nuestro análisis se centra en aquellas subcontrataciones que implican un destaque de personal y por otro, que no abarca aquellas empresas contratistas que brindan servicios especializados.

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primer puesto concurso universitario.

II. SUBCONTRATACIÓN: ALCANCES

A través de esta forma de organización del proceso de elaboración de bienes y/o de prestación de servicios, una empresa deja de concentrar sus trabajadores y su proceso productivo en una gran unidad, desvinculándose de ciertas fases de este para desplazarlas a otras personas jurídicas, con las que establece relaciones contractuales de naturaleza civil⁽²⁾. El modelo de organización de trabajo tradicional, que descansaba en tres pilares: el control de la integridad del ciclo productivo, la autonomía empresarial y una gestión funcional jerárquica; ha sido reemplazado por otro con rasgos estructurales de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo, dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional⁽³⁾.

Cabe precisar que, si bien la empresa tiende a difuminarse, en la medida que los procesos de subcontratación se caracterizan por la segmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas etapas de dicho ciclo a otras personas jurídicas, ejerce simultánea y necesariamente un poder de dirección cada vez más concentrado.⁽⁴⁾

III. IMPACTO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO: PRECARIZACIÓN Y FRAGMENTACIÓN

La subcontratación, al modificar la clásica organización productiva –mediante una fragmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fases de dicho ciclo a personas jurídicas distintas– repercute de manera significativa en los derechos de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores, pese a la existencia, respecto de estos últimos, de una obligación estatal de fomento y garantía impuesta por la Constitución.

En efecto, siendo que este mecanismo supone, por lo general, la adopción de modalidades de contratación temporal, mayor rotación de personal, entre otros, se considera que lleva a la precarización y segmentación del mercado de trabajo, llegando muchas veces a identificarse con la degradación de

(2) CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N° 13, 1994, pp.8.

(3) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”. En: PEDRADAS MORENO. *La externalización de actividades laborales*. Valladolid, 2002, pp. 28.

(4) TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009, p. 4.

las condiciones de empleo.⁽⁵⁾ En tal contexto, la precarización del empleo alcanza a las relaciones colectivas de trabajo, originando el debilitamiento de las organizaciones sindicales y la consiguiente instauración de la individualización de las relaciones laborales “que tiene la peculiaridad de construirse sobre la base de la libertad del individuo y de la desigualdad de intereses entre los propios trabajadores”⁽⁶⁾. Sobre el particular, si bien nuestra Constitución consagra el derecho a la libertad individual, se debe tomar en cuenta que, en el marco de una relación laboral, el desequilibrio de las partes es tal que solo en contados casos⁽⁷⁾ el trabajador –individualmente considerado– tendrá la posibilidad de negociar directamente con su empleador las condiciones de trabajo y empleo bajo las cuales prestará servicios.

1. Repercusiones sobre los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria

Si bien los trabajadores que enfrentan más dificultades para el ejercicio de sus derechos colectivos son los de la empresa contratista, aquellos que prestan servicios en la usuaria se ven también perjudicados. El profesor Oscar Ermida sostiene que se trata de potenciales damnificados por los efectos secundarios de la subcontratación⁽⁸⁾.

1.1. Impacto en la libertad de sindicación

La subcontratación no solo origina la fragmentación del ciclo productivo, sino también la del colectivo de trabajadores, toda vez que funciones y actividades que venían siendo desarrolladas en su integridad por la empresa principal son desplazadas a personas jurídicas distintas. Evidentemente, tal desplazamiento supone la disminución del número de trabajadores directamente contratados por la empresa usuaria, en ocasiones al extremo de tornar imposible la constitución de una organización sindical de empresa, en la medida que el TUO del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT) dispone que el número mínimo de afiliados requerido es de 20 trabajadores. La afectación a la libertad sindical en su manifestación positiva es a todas luces evidente⁽⁹⁾.

(5) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 41.

(6) BLASCO PELLICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. Consejo Económico Social, Madrid, 1995, p. 212.

(7) Es probable que los trabajadores de dirección y confianza estén en aptitud de negociar individualmente las condiciones en las que prestarán sus servicios.

(8) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización, Subcontratación*. OIT, Lima, Proyecto FSAL, 2009, p. 69.

(9) La libertad sindical, en su manifestación positiva, implica el derecho de los trabajadores “sin ninguna distinción y sin autorización previa, a constituir las organizaciones que estimen conveniente”, en los términos expresos del artículo 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho

La situación se agrava cuando son los miembros de la organización sindical los traspasados a las empresas contratistas, ya que podría conllevar a que esta pierda uno de sus requisitos constitutivos necesarios para subsistir (número mínimo de afiliados), produciéndose la cancelación del registro⁽¹⁰⁾ y el consecuente desamparo de los trabajadores, que tendrán que recurrir a la elección de dos delegados que los representen ante su empleador y ante la Autoridad de Trabajo, privándoseles de conformar una organización con personalidad gremial, y con capacidad de conformar organismos de carácter nacional e internacional⁽¹¹⁾. Lo expuesto ocurre en tanto la norma exige que los afiliados a un sindicato de empresa sean formalmente trabajadores de esta, de modo que el traspaso a la contratista acabaría con la condición de miembro de dicha organización sindical, pese a que en los hechos pueda continuar desempeñando las mismas actividades en el mismo centro de trabajo.

Bajo el supuesto que los trabajadores transferidos sean miembros de un sindicato de actividad, se presenta un problema distinto, y es que estos trabajadores serían expulsados del ámbito de la organización sindical en la medida que sean “transferidos” a prestar servicios a una empresa perteneciente a una rama distinta. Sobre este punto consideramos que, a efectos de determinar la pertenencia de un trabajador a determinada rama, se debe atender al beneficiario del servicio en última instancia, y no a lo que formalmente se desprenda de los respectivos registros constitutivos de las empresas.

Por otro lado, es importante poner de manifiesto que usualmente los que, pese a la subcontratación, continúan prestando servicios a favor de la principal son los trabajadores cualificados, quienes generalmente poseen el poder de negociar individualmente sus condiciones de trabajo y empleo, por lo que es probable que no estén interesados en organizarse colectivamente⁽¹²⁾. Tomando en consideración lo señalado, resulta claro que las posibilidades de tutela colectiva de la que disponen los trabajadores de la empresa usuaria que no cuentan con dicha capacidad se ve limitada por la subcontratación, produciéndose una individualización de las relaciones laborales, que no les resulta favorable.

de sindicación, en adelante Convenio 87.

- (10) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 14.- Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliarse por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.
- (11) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 18.- El registro de un sindicato le confiere personería gremial para los efectos previstos por la ley, así como para ser considerado en la conformación de organismos de carácter nacional e internacional.
- (12) Generalmente son los trabajadores calificados quienes mantienen sus puestos en la empresa principal, recibiendo condiciones de trabajo y empleo idóneas, que reducen la conflictividad en la empresa.

En este sentido, coincidimos con Castello y Mariezcurrena cuando señalan que “el adelgazamiento de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas pequeñas y medianas, han conspirado contra la posibilidad material de que los trabajadores se puedan sindicalizar”⁽¹³⁾.

1.2. Impacto en la negociación colectiva

La negociación colectiva tiene por función unitaria ser un mecanismo para la composición tendencialmente equilibrada del conflicto entre trabajadores y empleadores, componiéndose esta a su vez de tres funciones genéricas: de intercambio, gubernamental y organizacional⁽¹⁴⁾. La primera alude a la determinación conjunta de las condiciones que se pagarán por el trabajo prestado; la segunda se refiere al gobierno del sistema de relaciones laborales; y la tercera apunta a la empresa como sujeto económico para la producción. Conforme a esta última, los sindicatos podrían negociar con los empleadores las condiciones en las que operaría la subcontratación; lamentablemente esta función no es utilizada, dada la falta de promoción estatal de la negociación colectiva y la presencia de organizaciones sindicales endebles que ven restringida su capacidad real de negociación. Así, los convenios colectivos se limitan a cumplir una función de intercambio, llegando en ocasiones a la suscripción de acuerdos que rompen con la progresividad que se supone debe regir.

La situación empeora una vez efectuada la subcontratación, tornándose ilusoria tal función, en la medida que la empresa principal, al descentralizar fases de su ciclo productivo, será capaz de funcionar con un número reducido de trabajadores propios, perjudicando la acción sindical. Conforme sostiene el profesor Elmer Arce, “si la empresa principal queda vaciada de sus recursos humanos, la acción colectiva de sus trabajadores será muy débil”⁽¹⁵⁾.

Una organización carente de un poder sindical significativo no tendrá la suficiente fuerza para representar los intereses de sus afiliados, razón por la cual lo más probable será que decrezcan las condiciones de trabajo y empleo, o en todo caso que no existan mejoras, pues “(...) la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay solo un paso”⁽¹⁶⁾.

(13) CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho de Trabajo y descentralización productiva”. En: *Derecho Laboral*. Tomo XLIX. N° 223, julio, 2006, p. 597.

(14) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: *Ius et Veritas*. N° 31, Lima, 2005, p. 206.

(15) ARCE, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006, pp. 107.

(16) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 18.

1.3 Impacto en el derecho de huelga

La huelga, reconocida expresamente como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituye un mecanismo de presión de los trabajadores que se materializa a través del incumplimiento de la prestación laboral debida.

En palabras del profesor Ermida Uriarte, constituye huelga “toda omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta”⁽¹⁷⁾. Esta definición, aceptada por la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, en la medida que no pierda su carácter pacífico⁽¹⁸⁾, ha sido rechazada por nuestra legislación, al adoptar una concepción restringida de este fenómeno, conforme se puede apreciar del texto del artículo 72 de la LRCT.⁽¹⁹⁾ Otra restricción importante a nivel legislativo es que según se deriva del artículo 75 de la LRCT, se condiciona el ejercicio de la huelga a los casos en que hubiera fracasado la negociación directa entre las partes.

En atención a lo expuesto, podemos afirmar que la LRCT restringe notablemente el derecho de huelga, “dejando expresamente fuera los otros fines o modalidades que la práctica sindical ha transitado como manifestación de su solidaridad y en búsqueda de eficacia”⁽²⁰⁾. En tal contexto, la subcontratación limita aún más este derecho, en tanto la segmentación del colectivo de trabajadores supone una merma en la capacidad de presión del sindicato, no permitiendo que la huelga sea efectiva.

En efecto, tomando en cuenta que, en última instancia, la efectividad de la huelga se mide en función del perjuicio causado al empleador, es evidente que este será mayor si la convocatoria a huelga es acatada por la mayoría de trabajadores del ámbito comprendido. De este modo, al ser cada vez menor el número de trabajadores que mantiene vínculo laboral directo con la empresa usuaria, y más aún, siendo que aquellos que se quedan generalmente no se sindicalizan, serán pocos aquellos que suspendan su prestación de servicios. A ello se suma que los trabajadores subcontratados destacados a la principal no

(17) Ídem.

(18) GERNIGONI, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga”. En: *Revista internacional del Trabajo*. Vol. 117, N° 4, Ginebra, 1998, p. 14.

(19) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, artículo 72.- Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo. Su ejercicio se regula por el presente Texto Único Ordenado y demás normas complementarias y conexas.

(20) NEVES MUJICA, Javier. “A propósito de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 19, 1992.

paralizarán sus respectivas prestaciones, paliando de alguna manera los efectos de esta medida de presión.

2. Repercusiones sobre los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa contratista

El primer gran efecto que la subcontratación produce respecto de los trabajadores de la contratista es que trastoca la concepción misma de la relación laboral, en tanto supone la prestación de un servicio personal, generalmente subordinado –si bien no siempre existe una subordinación jurídica, esta se da en los hechos– a favor de una empresa distinta a la que paga la remuneración. De este modo, la relación laboral que mantienen estos trabajadores con su empleador (contratista) no consiste en una prestación personal y directa. De esta manera, fractura la relación sinalagmática entre la persona que trabaja y aquella que se beneficia con el resultado final de su prestación de servicios, deviniendo el contrato de trabajo en un instrumento innecesario para quien requiere la prestación de servicios de otro para producir y obtener ganancias, toda vez que bastaría un contrato de naturaleza comercial con otra empresa⁽²¹⁾.

Asimismo, este fenómeno quiebra la noción de ajenidad del contrato de trabajo, según la cual el trabajador no participa en los riesgos de la empresa, limitándose a percibir su salario, independientemente de las pérdidas o ganancias obtenidas por su empleador⁽²²⁾. Ello en atención a que la empresa principal utiliza la subcontratación como mecanismo para transferir a la contratista los riesgos económicos, y esta a su vez se los transfiere a sus trabajadores, mediante el establecimiento de condiciones de trabajo y empleo precarias y la contratación temporal, que hace depender su estabilidad laboral a la vigencia del contrato civil existente entre las empresas, infringiéndose así el principio de causalidad que debe regir en la contratación temporal.

Por otro lado, es importante destacar que la subcontratación no produce una segmentación exclusivamente numérica en el colectivo laboral, conlleva también a una segmentación “sustancial” entre los trabajadores que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, diferenciándose entre trabajadores privilegiados y precarios, en función de su cercanía al epicentro⁽²³⁾. Así, si bien todos los trabajadores participan en el ciclo productivo, la cuantía de su remuneración ya no dependerá de su respectiva prestación de servicios sino de su posición espacial en el ciclo productivo, pudiendo encontrar trabajadores que pese a realizar sustancialmente las mismas labores perciben salarios distintos en

(21) TRIBUZIO, José. Ob. cit., p. 5.

(22) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 18.

(23) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 40.

razón de quién es su empleador formal. De este modo, muchas veces se quebranta el principio de igual salario por igual trabajo consagrado por la OIT.

2.1 Impacto en la libertad de sindicación

Los trabajadores de las contratistas enfrentan serias dificultades para organizarse colectivamente, pues en atención a la contratación temporal y a las condiciones precarias en las que generalmente prestan servicios, se encuentran sujetos a una alta rotación y dispersos en distintas empresas principales, siendo poco probable que exista entre ellos la comunidad de intereses necesaria para que decidan constituir un sindicato.

La temporalidad definitivamente desincentiva la formación de organizaciones gremiales, en tanto los trabajadores saben que están de paso por determinada contratista, perdiendo interés en organizarse para la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y empleo que puede no lleguen a disfrutar. En similar sentido, la alta rotación de personal que existe en las contratistas, hace difícil la creación y mantenimiento de organizaciones sindicales con real poder negocial para la promoción de sus intereses. Es tomando en consideración lo expuesto que resulta clara la dificultad que afrontan los trabajadores de la contratista para constituir un sindicato de empresa. Además, como veremos en el siguiente punto, resulta insuficiente, ya que solo podrían efectuar sus reclamos frente a su empleador formal.

Respecto a la posibilidad de constituir un sindicato de actividad, que agrupe a trabajadores de diversas profesiones que prestan servicios en distintas contratistas, es pertinente poner de manifiesto que tampoco podrían hacer llegar sus reclamos a la empresa principal, en tanto esta última pertenecería a una rama distinta a la de las contratistas. Sobre el particular, consideramos que no debemos enfocar el asunto desde una perspectiva formal, sino más bien a través de un punto de vista que atienda a lo que ocurre en el plano de la realidad, donde la ubicación en determinada rama dependa del lugar en el que cada trabajador presta efectivamente sus servicios, y no de lo que se desprenda de la escritura pública de constitución de las empresas.

Es importante resaltar que, para que un sindicato de rama, conformado por los trabajadores de las contratistas, pueda oponer sus reclamos a la empresa usuaria será necesario que congrege trabajadores que mantengan una relación laboral formal con esta última, toda vez que en función de ello es que esta se encontrará obligada a negociar. Sin embargo, el problema está en que la empresa usuaria podrá eximirse de cumplir el convenio colectivo respecto de aquellos que no figuran formalmente como sus trabajadores.

Finalmente, sobre la posibilidad de la constitución de un sindicato de gremio, debemos poner de manifiesto que se presenta también inútil para hacer llegar el pliego de reclamos a la empresa usuaria, en tanto producida la subcontratación, generalmente no quedan trabajadores que continúen realizando dicha labor en la empresa⁽²⁴⁾. De esta manera, conforme se desprende de lo señalado, ni un sindicato de empresa, ni de rama, ni de gremio se presenta idóneo para la defensa de los intereses de sus afiliados contra la empresa usuaria, pese a la existencia de una prestación efectiva de servicios a favor de esta.

2.2. Impacto en la negociación colectiva

La reducción de la eficacia de la acción sindical se ha intensificado por la imposición estatal de una estructura negocial empresarial que, en el contexto de la descentralización productiva, constituye la forma más restrictiva en cuanto a la protección del derecho de negociación colectiva, olvidando la existencia de la obligación de fomento impuesta por la Constitución y por el Convenio 98 de la OIT.

Así, en lo que respecta a la negociación colectiva a nivel empresarial de un sindicato de una empresa contratista, son indiscutibles los motivos que demuestran la ineficacia de nuestro sistema legal de relaciones colectivas de trabajo. Si bien es cierto que formalmente los trabajadores mantienen un vínculo con la empresa contratista, es evidente que pueden existir conflictos de intereses con la empresa usuaria, en la medida que es esta la que determina las condiciones de su centro de trabajo o de operaciones.

Aún más, es de la empresa principal, y no de su empleador, de quien depende el otorgamiento y/o mejora de las condiciones de trabajo y empleo, en razón de la gran dependencia económica de la contratista respecto de la usuaria, al ser esta quien fija las condiciones en las que la subcontratación se llevará a cabo. De este modo, la contratista no está en condición de tomar decisiones respecto de las condiciones en las que sus propios trabajadores desempeñarán su labor, dada la posición de dominio de la usuaria, que es quien controla finalmente el proceso productivo. De ello resulta que la negociación colectiva a nivel empresarial se muestra inútil, mientras no implique a la empresa usuaria.

Respecto a la existencia de negociación colectiva a nivel supraempresarial, debemos recordar que para que esta produzca una real modificación en las condiciones laborales de los trabajadores de la contratista, el producto de

(24) ARCE, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, PDTSSS, Lima, 2008, p. 45.

esta debe tener efectos generales, para lo cual se requiere, además del acuerdo, que las organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, y que sean convocadas todas las empresas respectivas⁽²⁵⁾. Como ya se ha anotado, esta posibilidad se ve truncada debido a la imposición legal del nivel empresarial para la negociación.

En definitiva, para lograr que los trabajadores de las empresas contratistas puedan ejercer sus derechos individuales y colectivos plenamente no basta con que constituyan una organización sindical, siendo necesario que esta esté en posibilidad de negociar con todos aquellos que se benefician con su prestación de servicios. En tal sentido, coincidimos con el profesor Arce cuando señala lo siguiente:

“Sin sindicatos, sin organismos de representación, sin espacios de diálogo que puedan terminar en acuerdos o sin posibilidades reales de autotutelar sus intereses mediante medidas de conflicto colectivo, los trabajadores de la contratista serán por siempre trabajadores periféricos o de segunda clase”⁽²⁶⁾.

Se requiere que el Estado brinde las condiciones idóneas que permitan la suscripción de convenios colectivos que concreten los derechos de los trabajadores, impidiendo que la personalidad jurídica de las empresas se constituya como un obstáculo para ello.

2.3. Impacto en el derecho de huelga

Se debe tener presente que la eficacia de una huelga depende principalmente de dos factores⁽²⁷⁾: De un lado, de la estabilidad laboral de los involucrados, ya que toda huelga implica la asunción de riesgos; y de otro, de la posición estratégica ocupada por los trabajadores en la organización de trabajo, en tanto que en última instancia, la efectividad de una huelga se mide en función del perjuicio causado al empleador.

Está de más recordar que los trabajadores de las empresas contratistas, además de generalmente no ocupar puestos clave en la cadena productiva, afrontan un gran índice de inestabilidad laboral, debido a la contratación laboral y la alta rotación existente, lo cual influye considerablemente en la eficacia

(25) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, “Artículo 46.- Para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.(...)”

(26) ARCE, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. Ob. cit., p. 28.

(27) SUPHOT, Alain. *Revister les Droits d' action collective*. Aout, 2001.

de las medidas de presión que decidan realizar. Asimismo, la efectividad de la acción colectiva se ve limitada por la precariedad del empleo, pues toda huelga supone un costo que estos trabajadores no están en condiciones de asumir.

Aún más, la dispersión que afrontan dificultará también que todos los miembros del sindicato acaten la huelga, ya que al estar desperdigados en distintas empresas, sus exigencias no serán coincidentes, pudiendo ocurrir que “para los trabajadores de la misma empresa de servicios destacados en otra usuaria, no pase de ser una reivindicación lejana”⁽²⁸⁾.

Finalmente, cabe recalcar que la huelga es el derecho a causar perjuicio al empleador, en este caso, a la contratista. No obstante, siendo que la prestación de servicios es a favor de la empresa usuaria, esta también resultará perjudicada. Sobre este punto, puede que la empresa usuaria esté interesada en solucionar el conflicto colectivo y finalmente, de modo indirecto, los trabajadores consigan que esta responda a su pliego de reclamos; o podría darse el caso que la usuaria lo considere un incumplimiento del contrato de subcontratación y decida resolverlo, afectando así el empleo de los trabajadores, quienes cuentan con contratos de naturaleza temporal sujetos al vínculo civil entre ambas empresas.

En síntesis, se podría decir que nuestra legislación en materia colectiva está pensada en función de una empresa que realiza íntegramente todo su proceso productivo, no atendiendo a que en la realidad la mayoría de empresas desplaza alguna de sus funciones.

IV. LA SUBCONTRATACIÓN Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: URGENTE REFORMULACIÓN DEL ROL PÚBLICO PARA RECUPERAR LOS EQUILIBRIOS SOCIALES BÁSICOS

Esta nueva configuración de la estructura productiva ha repercutido notablemente en la acción sindical, debilitando ello a su vez el sistema de equilibrios entre capital y trabajo sobre el que se sustenta el Estado Social Democrático de Derecho, hoy denominado Estado Constitucional Moderno⁽²⁹⁾.

En efecto, el sistema de pesos y contrapesos de las relaciones laborales, el cual se supone viene garantizado por la actuación del Estado y de las organizaciones sindicales, se ve alterado con la implementación de la subcontratación, precisamente porque estos no están cumpliendo su función de manera

(28) ARCE, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Ob. cit., p. 111.

(29) A tenor de lo expresado en nuestra Constitución Política, el Perú es un Estado Social Democrático de Derecho, conforme a una interpretación conjunta de los artículos 3 y 43 de nuestra norma Fundamental.

efectiva. De un lado, la acción sindical no ha podido adecuarse a las variadas formas de organización del trabajo, y de otro, el Estado viene incumpliendo su obligación de fomento de los derechos colectivos, tomando medidas hasta de signo opuesto que limitan el ejercicio de estos, impidiendo así que las organizaciones sindicales puedan constituirse como instrumentos de equilibrio del poder capaces de equiparar la desigualdad material existente entre las partes firmantes de un contrato de trabajo.

El artículo 28 de nuestra Constitución, además de reconocer expresamente la autonomía colectiva en sus tres manifestaciones - derechos de libertad sindical (componente institucional), negociación colectiva (componente normativo) y huelga (componente de autotutela), imprime una obligación estatal de fomento y garantía de los derechos colectivos de los trabajadores, lo cual supone la adhesión constitucional al modelo democrático de relaciones laborales, en el que hay “*un desapoderamiento del Estado, que devuelve a los grupos sociales –y señaladamente a las organizaciones profesionales de empresarios y trabajadores– la determinación de sus formas de interdependencia y equilibrios funcionales, siendo la normativa legal la que asegura la concurrencia entre los grupos sociales como garantía de libertad y de eficiencia del sistema social y económico*”⁽³⁰⁾.

No se debe perder de vista que un trabajador individualmente considerado afronta serias dificultades respecto a la posibilidad de negociar las condiciones en las que prestará servicios, la gran desigualdad existente entre este y el empleador es a todas luces evidente. Es en tal contexto que las organizaciones sindicales, como “formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática”⁽³¹⁾, cobran gran importancia, pues son los trabajadores organizados colectivamente quienes cumplen un rol fundamental en el establecimiento de sus condiciones de trabajo y empleo.

De este modo, en el ámbito laboral encontramos a un Estado que debe intervenir en las relaciones laborales para equilibrar las desigualdades existentes entre las partes firmantes de un contrato de trabajo, promoviendo con tal finalidad los derechos colectivos de los trabajadores. En este sentido, el profesor Antonio Baylos sostiene lo siguiente:

“(…) en el Estado social –el Derecho de Trabajo se concibe como un derecho especial de los trabajadores subordinados, producto del Estado y

(30) RIVERA LAMAS, Juan. “Pluralismo sindical y negociación colectiva”. En: VV. AA. *Hacia un modelo democrático de selecciones laborales*. IRLUZ, Z rapoza. Citado en: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú-OIT*. Lima, 1999, pp. 12.

(31) Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

de la autotutela de los propios trabajadores para corregir y remediar la desigualdad socio- económica y jurídica realmente existente”⁽³²⁾.

Lamentablemente, se evidencia que el Estado lejos de desempeñar un papel promotor que permita el efectivo ejercicio de los derechos colectivos, más bien los limita, en tanto ha impuesto una estructura sindical y negocial de empresa que, en el contexto de externalización de diversas etapas del ciclo productivo, dejan prácticamente sin base a las organizaciones sindicales.

De este modo, al fijar legislativamente la estructura negocial de empresa⁽³³⁾, se torna ilusoria la posibilidad de negociar a otro nivel, pues dependerá de la sola renuencia de los empleadores involucrados para que la negociación deba desarrollarse a nivel empresarial. Una política en ese sentido coloca al poder sindical por debajo de las decisiones empresariales, impidiendo el equilibrio necesario entre las organizaciones sindicales y los empleadores, perpetuando así productos colectivos de alcance “restringido”.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido, si bien refiriéndose al específico caso de los trabajadores portuarios, que la referida disposición fija imperativamente el nivel de negociación, lesionando así el derecho de negociación colectiva.⁽³⁴⁾ Con relación a lo expuesto, la Recomendación N° 163 de la OIT establece que las legislaciones nacionales deberían permitir que la negociación colectiva se desarrolle al nivel que las partes decidan, sin intromisión alguna del Estado. Más aún, el Comité de Libertad Sindical ha establecido lo siguiente:

“En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa. (OIT, 1996^a, párrafo 851)”.

Asimismo, el Estado ha impuesto la sindicalización por empresa, que es la forma más restrictiva en cuanto a la cobertura del derecho, y, de otra,

(32) BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Trotta, Madrid, 1991, pp. 32. Citado en: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El control de legalidad de los convenios colectivos*. ARA, Lima, 1997, pp. 96.

(33) TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, “Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa (...)”.

(34) STC Exp. N° 03561-2009-PA/TC.

determinó que el número mínimo de afiliados requerido para constituir un sindicato sea de 20 trabajadores, dejando sin posibilidad de organizarse gremialmente al 75% de trabajadores que prestan servicios en la micro y pequeña empresa.

Así las cosas, se observa que la subcontratación ha reducido considerablemente la eficacia de la acción sindical. De allí que sea necesario un cambio de signo en la acción estatal, sustituyendo el modelo descentralizado de relaciones laborales por otro que tenga como eje la sindicación y negociación colectiva por rama de actividad, de modo que siquiera se dé a los trabajadores la posibilidad de contar con organizaciones con una base laboral significativa.

Si vemos las cosas, además, dentro de la política estatal de no intervenir en la fijación de los salarios más allá del campo del salario mínimo (que, dicho sea de paso, está retrasadísimo), encontraremos otra razón más que reclama la actuación pública en fomento del único instrumento con que los trabajadores podrían participar de la redistribución del excedente generado: la negociación colectiva. Solo así se puede revertir la evolución de los ingresos nacionales que está marcando un crecimiento cada vez mayor de las utilidades y una reducción de los salarios, como se ve en el cuadro adjunto⁽³⁵⁾.



Es imprescindible, pues, que el Estado adopte un modelo de fomento de la libertad sindical. Las organizaciones sindicales en ejercicio de sus derechos colectivos constituyen un presupuesto de la Democracia, en tanto la activa participación de los sindicatos en la voluntad político estatal es el principal

(35) Cuadro elaborado por Christian Sánchez. En: CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. "El rol estatal de fomento de la negociación colectiva". En: *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Lima, 2008.

instrumento que permite que se tengan en cuenta los intereses de los trabajadores a la hora de diseñar e implementar diversas políticas públicas.

En tal sentido, el profesor Wilfredo Sanguinetti señala que el sindicato es una organización instrumental a la consecución de los fines del Estado Moderno desde una doble perspectiva: “en tanto que con su actuación contribuyen equilibrar un espacio social, marcado por la desigualdad de partida, como es el de las relaciones laborales; pero también en cuanto hacen posible la participación colectiva de los trabajadores en la adopción de las principales decisiones económicas y sociales”⁽³⁶⁾. Así, debería promoverse la activa participación de estos sujetos de naturaleza colectiva, en cuanto se trata de instrumentos de reparto del poder social.

V. INICIATIVAS NECESARIAS PARA NEUTRALIZAR EL IMPACTO: EN BUSCA DEL EFECTIVO EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Medidas estatales

Nuestra legislación en materia colectiva está pensada en función de una empresa que realiza íntegramente todo su proceso productivo, no atendiendo a que en la actualidad la mayoría desplaza alguna de sus fases o etapas productivas. Por ello, resulta imprescindible, además de las modificaciones legislativas pertinentes, la búsqueda de medidas que permitan un equilibrio entre la flexibilidad empresarial y la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores. Sobre el particular, el profesor Wilfredo Sanguinetti señala que la respuesta debe articularse en torno a dos planteamientos fundamentales que resultan compatibles entre sí⁽³⁷⁾: La recomposición dogmática de la noción de empleador y la reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo.

El primero, **la recomposición dogmática de la noción de empleador**, plantea ir más allá de la personalidad jurídica concreta para incorporar en esta noción a todos aquellos que se benefician con la prestación de servicios del trabajador, incluyendo así al destinatario final del trabajo⁽³⁸⁾.

(36) SANGUINETI, Wilfredo. “Sindicatos y diálogo social en España: un balance”. En: *Ius et Veritas*. N° 30, Lima, p. 219.

(37) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En: *Relaciones Laborales*. Año XXV, número 7, abril, 2009, p. 32.

(38) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 92.

De esta manera, esta medida se basa en la verificación de que la prestación de servicios de los trabajadores no beneficia solo la contratista, sino principalmente a la empresa usuaria, tornándose necesario que la relación laboral se establezca entre el trabajador y aquellos que aprovechan su prestación de servicios. Sin embargo, el profesor Sanguinetti señala que esta debe ser una construcción de carácter excepcional, que debe operar solo en aquellos casos en los que la colaboración empresarial implique una pérdida de autonomía de la auxiliar, donde sea la principal la que posee el poder de decidir respecto de la gestión del personal de la contratista⁽³⁹⁾.

Conforme se desarrolló en el punto 2.2., la contratista no está en posición de tomar decisiones respecto de las condiciones en las que sus propios trabajadores desempeñan su labor, debido a que depende económicamente de la empresa principal, siendo esta la que decidirá en última instancia. De este modo, la recomposición de la noción de empleador resulta de plena aplicación en estos casos, atendiendo a lo que se desprende de la realidad y no exclusivamente a lo que formalmente se desprende de lo dispuesto en los contratos y boletas de pago.

Esta medida presenta las siguientes ventajas i) Impone la responsabilidad solidaria, ya que al ostentar ambas empresas la calidad de empleadoras, ambas serán también responsables por el pago de los beneficios laborales de los trabajadores subcontratados⁽⁴⁰⁾; ii) las organizaciones sindicales de la subcontratista tendrían la legitimidad necesaria para presentar su pliego de reclamos a cualquiera de las empresas o a las dos conjuntamente y iii) asegura el principio de igualdad de trato entre los trabajadores de la principal y la contratista, en tanto todos serían considerados trabajadores que prestan servicios en favor de un mismo empleador⁽⁴¹⁾.

La aplicación de esta medida logra en cierto punto recomponer la empresa fragmentada, toda vez que se considerará que los trabajadores de ambas empresas prestan servicios al mismo empleador, que es quien finalmente controla la totalidad del ciclo productivo.

El segundo, la **extensión de las instituciones del Derecho del Trabajo**, parte de reconocer que, muchas veces, por atender supuestas necesidades tecnológicas necesarias para la competitividad se ha producido una “huída” del Derecho de Trabajo, colocándose a trabajadores fuera de su ámbito de aplicación,

(39) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. Ob. cit., p. 33-34.

(40) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 92.

(41) *Ibidem*, p. 93.

volviéndose necesario “capturar a los fugados”⁽⁴²⁾. En tal sentido, la idea es adaptar las normas laborales a las situaciones derivadas de la subcontratación, con la finalidad de impedir que mediante su utilización se reduzca la protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, como efectivamente viene sucediendo. No debe perderse de vista de que el Derecho del Trabajo se fundamenta en la necesidad de proteger al trabajador, como mecanismo equilibrador de la desigualdad material existente.

Llegado a este punto cabe preguntarse de qué manera debe darse esta extensión del Derecho de Trabajo, si es que es pertinente que se extienda en su integridad, o si, por el contrario, resultaría adecuada una extensión fraccionada. Al respecto, coincidimos con el profesor Oscar Ermida cuando señala que hablamos de una aplicación diferenciada, pues, pese a los riesgos que ello podría implicar, es necesaria la creación de “un sistema de niveles o umbrales”⁽⁴³⁾, a efectos resulte gradual a aplicación del Derecho del Trabajo, ya que no todos los trabajadores estarán sujetos al mismo nivel de subordinación.

Por otro lado, cabe poner de manifiesto que este mecanismo, a diferencia del anterior, no brinda la posibilidad a las organizaciones sindicales de la contratista de negociar directamente con la empresa principal las condiciones en las que se prestará el servicio; permitiendo, sin embargo, “articular ámbitos transversales de negociación y formas de contratación colectiva reticular, en las que el protagonismo venga asumido por la negociación entre las empresas principales y contratistas antes que entre estas últimas y su personal”⁽⁴⁴⁾.

De lo expuesto se deriva que ambas medidas buscan desincentivar la subcontratación que tenga por objetivo exclusivamente la reducción de costos, ya que en aplicación de estas, el empresario finalmente tendría que asumirlos. Lo que buscan es que se restrinja su utilización a aquellos casos donde en realidad es necesario, por razones de especialización por ejemplo.

Es pertinente mencionar que la ejecución de los referidos diseños de protección supone principalmente la adopción de cambios legislativos, pudiendo, sin embargo, también adoptarse mediante negociación colectiva, la cual evidentemente será capaz de obligar solo los empleadores involucrados en esta. Cabe indicar que también se constituye como una vía adecuada el desarrollo jurisprudencial de estos mecanismos, mediante la interpretación judicial de las normas existentes, que no debe perder de vista los principios de primacía

(42) ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Ius et Veritas*. N° 25, p. 58.

(43) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. Ob. cit., p. 93.

(44) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. Ob. cit., p. 42.

de la realidad, pro operario, el principio protector; y sobre todo que el ejercicio de los derechos laborales se erige como prerrequisito para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

2. **Medidas de acción sindical**

El hecho que las estructuras productivas se modifiquen no implica de modo alguno que los derechos sindicales estén condenados a desaparecer, sino todo lo contrario, es momento que estos se adecúen a esta nueva organización del ciclo productivo, de manera tal que puedan ser ejercidos de manera plena. En tal sentido, siendo que la empresa que disgrega su proceso productivo impide que la estructura sindical diseñada en función de esta se muestre eficaz y que, al amparo del Convenio 87, los trabajadores pueden constituir las organizaciones que estimen convenientes, en nuestro país generalmente se ha optado por la constitución de organizaciones sindicales supraempresariales.

Así, destacan las siguientes medidas que podrían tomar los trabajadores, en miras a efectivizar sus derechos colectivos.

- **La constitución de una organización sindical de rama.**

Se trata de constituir un sindicato supraempresarial que agrupe a trabajadores que prestan servicios a favor de distintas contratistas, con la finalidad de negociar un convenio colectivo de rama de actividad. Sin embargo, como ya se ha puesto en evidencia, la legislación dificulta esta legítima ambición, razón por la cual se llega a celebrar convenios cuyo ámbito de aplicación se restringe a la empresa contratista que formalmente los emplea.

Otro punto en contra de este tipo de organizaciones es que acentúa la segmentación existente entre los trabajadores de ambas empresas, ya que no los agrupa en un único sindicato, ni busca la coordinación de los productos colectivos. Con lo cual, seguirá existiendo dos grupos diferenciados de trabajadores: los precarios y los privilegiados, manteniéndose negociaciones por separado, y arribando cada quien a su respectivo convenio colectivo.

Cabe mencionar que las organizaciones sindicales en cuestión suelen elegir a una sola comisión negociadora encargada de discutir cada pliego de reclamos con la respectiva empresa contratista, ello con la finalidad de mantener condiciones de trabajo y empleo igualitarias entre los miembros del sindicato. De esta manera, si bien se suscribirán formalmente distintos convenios colectivos por empresa, el contenido de estos será sustancialmente el mismo. Como es evidente esta medida apunta solo a vincular a la empresa empleadora formal, mas no a la principal,

ya que esta última estaría blindada por la personalidad jurídica distinta que posee.

- **La sindicación conjunta**

Otra alternativa sindical es que el personal de ambas empresas, principal y contratista, constituyan una organización sindical supraempresarial, que tenga por finalidad negociar con ambas empleadoras a la vez.

Los trabajadores tienen todo el derecho de constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, se trata de una decisión unilateral de los trabajadores que no requiere aceptación de las empresas ni del Estado. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades”⁽⁴⁵⁾. El problema se presenta con la negociación colectiva, ya que se requerirá acuerdo entre las partes para negociar a nivel supraempresarial.

- **La constitución de una federación**

Toda organización sindical tiene el derecho de agruparse con otra para constituir una federación. En tal sentido, los sindicatos de las contratistas podrían constituir conjuntamente con los de la empresa principal, una federación, en virtud del Convenio 87 de la OIT, readquiriendo así cierto poder negocial.

Esta organización supraempresarial sería la que negociaría las condiciones de trabajo, empleo, entre otros, con cada una de las empresas involucradas en su ámbito. Si bien nada garantiza que el convenio colectivo al que lleguen con cada persona jurídica será de aplicación general, esta medida sí asegura que la negociación se llevará a cabo sobre los mismos puntos y en el mismo grado, propiciando la igualdad de condiciones laborales entre todos los trabajadores afiliados.

Además, no dejaría fuera a aquellos trabajadores que no cuentan con un sindicato al cual afiliarse, dado que se podría permitir la afiliación directa de estos a la federación. Sobre el particular, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “la prohibición de una afiliación directa de ciertas personas a federaciones o confederaciones es contraria a los principios de libertad sindical. Corresponde a las organizaciones sindicales determinar las reglas relativas a su afiliación”⁽⁴⁶⁾.

(45) Informe N° 349. Caso N° 2556.

(46) Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones y principios

- **La representación de los intereses de los trabajadores de la contratista por parte de la organización sindical de la empresa principal**

Este mecanismo atiende a las dificultades jurídicas derivadas de la estrecha concepción de empleador existente, que impide que los trabajadores de la contratista opongan sus pretensiones de mejora de condiciones de trabajo y empleo a la empresa principal. Así, mediante la representación, las organizaciones sindicales de esta última empresa asumirían “la defensa de las reivindicaciones de los trabajadores de las contratistas vinculados a las necesidades que aparezcan en el desarrollo de las actividades en el centro de trabajo”⁽⁴⁷⁾.

Sobre el particular, cabe señalar que esta posibilidad no nos parece del todo viable, ya que nuestro ordenamiento jurídico, si bien acoge la posibilidad de que un sindicato represente a personas no afiliadas a este, ello se permite en la medida que sean trabajadores de la empresa. De este modo, la principal podría negarse válidamente a la aplicación de esta medida, en tanto los trabajadores de la contratista tienen un empleador formal distinto, no perteneciendo al ámbito de la referida negociación.

Por otro lado, nótese que la representación se daría respecto de las pretensiones referidas al específico centro de trabajo, pudiendo ello generar que el colectivo de trabajadores de las contratistas se segmente aún más, en atención a que puede que lleguen a prestar el mismo servicio sujetos a condiciones de trabajo diferenciadas. Ello en atención a que no todos los trabajadores de una empresa contratista son destacados a la misma empresa principal.

- **La ampliación de los contenidos de la negociación colectiva, con la finalidad de arribar a convenios colectivos que regulen las condiciones en las que operaría la subcontratación.**

Esta medida se basa en la posibilidad que poseen las organizaciones sindicales de la empresa principal para definir el alcance de la negociación colectiva de manera conjunta con el empleador, pudiendo versar sobre la actuación de la empresa como sujeto económico, y es que “el paso a formas de organización del trabajo menos estandarizadas y más grupales y participativas propicia la presencia en los convenios colectivos

del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ta edición (revisada). OIT, Ginebra, 2006, p. 158.

(47) UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En: *Laborem*. N° 8, SPDTSS, Lima, p. 337.

de cláusulas vinculadas con la organización del trabajo y la gestión del personal”⁽⁴⁸⁾.

Cabe señalar que además de negociarse cualitativamente la manera como se llevará a cabo la descentralización de la producción, podría también establecerse por esta vía límites cuantitativos, con la finalidad de que el número de empresas involucradas en determinado ciclo productivo no acreciente las posibilidades de precarización y degradación de las condiciones de trabajo y de empleo.

De esta manera, se podría arribar a una “flexibilidad laboral pactada”, respetuosa de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores involucrados. Es evidente que para que esta posibilidad se materialice será necesario contar con organizaciones sindicales fuertes y que el Estado cumpla con promover la negociación colectiva, en los términos señalados.

Tomando en consideración lo expuesto, se puede constatar que estas medidas de acción propiamente sindical no logran paliar la falta de garantías que deben ser otorgadas desde el Estado, toda vez que se trata de soluciones provisionales, que no establecen regla general alguna y que no brindan una solución a la imposibilidad de ejercer de manera efectiva los derechos de negociación colectiva y huelga. Queda en evidencia que el gran problema de las medidas sindicales para mitigar el impacto de la subcontratación es la barrera impuesta por el Estado: el privilegio de la negociación a nivel empresarial. Así, mientras el Estado no cumpla con su rol de fomento de este derecho fundamental, ninguna medida de acción sindical será efectiva para estos fines.

VI. CONCLUSIONES

- La subcontratación modifica la clásica estructura del ciclo productivo, supone su fragmentación y la externalización de ciertas fases a personas jurídicas distintas, repercutiendo de manera significativa en los derechos de naturaleza individual y colectiva de los trabajadores de la empresa principal y contratista, en tanto rompe la concepción de ajenidad del contrato de trabajo. Los trabajadores involucrados se encuentran expuestos a la contratación temporal y a una alta rotación de personal, que lleva a la precarización y segmentación del mercado de trabajo, llegando

(48) VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. Ob. cit. p. 565.

muchas veces a identificarse con la degradación de las condiciones de empleo.

- Además, supone la división del colectivo de trabajadores, no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa, diferenciándose así entre trabajadores privilegiados y precarios. Incluso, trastoca la concepción misma de la relación laboral, ya que el vínculo que mantienen los trabajadores de la contratista con su empleador no consiste en una prestación personal y directa.
- A su vez, la ineficacia de la tutela colectiva repercute en la configuración del Estado Moderno, en la medida que el sistema de equilibrios de las relaciones laborales se ve alterado. Todo ello ocurre dado el incumplimiento estatal de la obligación de fomento de la negociación colectiva, donde el Estado ha tomado hasta acciones de carácter contrario, a través de la imposición de una estructura sindical y negocial de empresa que, en el contexto de externalización de diversas etapas del ciclo productivo, dejan prácticamente sin base a las organizaciones sindicales. De allí que sea necesario un cambio de signo en la acción estatal, sustituyendo el modelo descentralizado de relaciones laborales por otro que tenga como eje la sindicación y negociación colectiva por rama de actividad.
- Así, resulta imprescindible la implementación de medidas estatales que, a través del fomento de la negociación colectiva, permitan un equilibrio entre la flexibilidad empresarial y la tutela de los derechos colectivos de los trabajadores; pues aquellas “soluciones” propiamente sindicales son ineficaces en tanto el Estado no cumpla con el rol de fomento de este derecho fundamental.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, SPDTSS, Lima, 2008.
- ARCE, Elmer. *La subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra, Lima, 2006.
- BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Trotta, Madrid, 1991, p. 32.

- BLASCO PELLICER, Ángel. *La individualización de las relaciones laborales*. Consejo Económico Social, Madrid, 1995.
- BOZA PRÓ, Guillermo. “La protección constitucional de la libertad sindical”. En: *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Grijley, Lima, 2008.
- CASTELLO, Alejandro y MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho de Trabajo y descentralización productiva”. En: *Derecho Laboral*. Tomo XLIX. N° 223, julio, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. En: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. N° 13, 1994.
- CUADROS LUQUE, Fernando y SÁNCHEZ REYES, Christian. “El rol estatal de fomento de la negociación colectiva”. En: *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Lima, 2008.
- GERNIGONI, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga”. En: *Revista internacional del Trabajo*. Vol. 117, N° 4, Ginebra, 1998, p. 14.
- ERMIDA URIARTE, Oscar; y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar: “Crítica de la subordinación” En *Ius et veritas* N° 25.
- ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. OIT, Lima, Proyecto FSAL, 2009.
- NEVES MUJICA, Javier. “A propósito de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 19, 1992.
- Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada). OIT, Ginebra, 2006.
- SANGUINETI, Wilfredo. “Sindicatos y diálogo social en España: un balance”. En: *Ius et Veritas*. N° 30, Lima.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En: *Relaciones Laborales*, año XXV, número 7, abril, 2009.
- SUPIOT, Alain. *Revister les Droits d’ action collective*. Aout 2001.

- TRIBUZIO, José. “Contratación externa de la actividad empresarial”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 4, Buenos Aires, 2009.
- UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. En: *Laborem*. N° 8.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando. “La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo”. En: PEDRADAS MORENO. *La externalización de actividades laborales*. Valladolid, 2002.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos*. SPDTSS.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: *Ius et Veritas*. N° 31, Lima, 2005.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. PLADES, Programa laboral de desarrollo, Lima, 2010.

TEJIENDO LA MALLA DE PROTECCIÓN SOCIAL PARA LOS ADULTOS MAYORES: PENSIÓN BÁSICA

JOEL GERARDO MARTÍNEZ MEDINA⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

El título de “ingreso ciudadano para los adultos mayores” perfectamente hubiera encajado en este trabajo, puesto que partimos de un concepto más amplio como es la protección social, un esfuerzo a la búsqueda de la universalización de la seguridad social; y justamente eso es lo que vengo a proponer, la aproximación a la universalización de la cobertura de los adultos mayores, y no he mencionado adultos mayores pobres o extremos pobres, no se me olvidó, lo soslaye a propósito, puesto que parto de una concepción de política social totalizadora, universal y no selectiva ni focalizada, que incluya el universo de personas que pretendemos proteger, es decir, los adultos mayores.

Nuestra intención en el presente trabajo no es mostrar las proyecciones y estimaciones sobre los costos fiscales y las estadísticas de las personas adultas mayores, porque ya los estadistas y economistas básicamente se han encargado de realizar dichos estimados. Lo que está en cuestión en estas líneas, y como primer punto tenemos la intención de buscar un reconocimiento de la pensión básica como un derecho y no un mero asistencialismo, y por lo tanto dotarlo de exigibilidad, contenido y justiciabilidad; como segundo punto tenemos a la desigualdad en el ingreso como un problema de la mala distribución de la renta y el papel del Estado para corregir esas fallas del mercado; como tercer punto abordamos la preponderancia de la universalidad en el diseño y

(1) Estudiante de 6º año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Segundo puesto concurso universitario.

ejecución de la asignación de la pensión básica a los adultos mayores; en cuarto lugar acentuamos nuestra preferencia por la universalidad de la (PAM) basándonos y describiendo la factibilidad de su aplicación; y por último, damos cuenta de los efectos colaterales para la economía, y que este estará en virtud del porcentaje de la población adulta cubierta.

II. LA PENSIÓN BÁSICA COMO DERECHO O ASISTENCIALISMO

La corriente “liberal” o mejor dicho los políticos “liberales” en las últimas dos décadas se han encargado de atacar, restringir los derechos sociales fruto de la conquista más importante de la civilización jurídica a inicios del siglo pasado, es decir, la constitucionalización de los derechos sociales y que hoy vienen siendo cuestionados a tal punto que corren el riesgo de verse comprometidas.

Nuestra intención es contracorriente a lo que se ha tenido como constante, la debilidad política y la debilidad teórica que en suma son óbice para la exigibilidad de los derechos sociales que bien incorporados están en la constitución, pactos de derechos humanos⁽²⁾ que se encuentran ratificados por nuestro país, pero esta solemnidad con las que se proclaman estos instrumentos jurídicos son un desconocimiento y rechazo al derecho positivo vigente, en ese sentido, Emilio Morgado considera que asegurar la vigencia real de la normativa constitucional puede ser una de las contribuciones de los que se dedican al estudio de esta tan vital materia⁽³⁾.

Ahora bien, si se entiende a la pensión básica para los adultos mayores (PAM) como derecho social –ser un derecho de grupo y no de individuos– derivado de la seguridad social tendríamos que dotarle de exigibilidad y justicia real que puedan ser reclamados de manera inmediata por parte del ciudadano, pues no se trata de dádiva o gracia por parte del Estado. Si hacemos que la (PAM) sea un elemento complementario o supletorio de un sistema de seguridad social iríamos en contrasentido de lo que entendemos como un reconocimiento del concepto de ciudadanía, es decir, el reconocimiento de ciudadanía plena, no una mera situación de pobreza o extrema pobreza, siendo necesario una asignación de una pensión básica y no mínima para que pueda solventar necesidades básicas⁽⁴⁾.

(2) Sobre el particular hablamos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y como antecedente tenemos La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA).

(3) MORGADO VALENZUELA, Emilio. *La Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica*. ADEC-ATC, Lima, 1993, p. 103

(4) “Mínimo y básico son, verdaderamente, conceptos distintos, porque, mientras el primero tiene la connotación de menor, de menos, en su más ínfima acepción, identificada con niveles de satisfacción de necesidades que aproximan a la protección social, el segundo no. Lo básico expresa algo fundamental, principal, primordial,

Pues bien sabemos que el actual sistema contributivo pensional que prima en el Perú, que coexisten dos regímenes, de reparto y de capitalización, y que se encuentran polarizados entre sí, y que distan mucho de alcanzar la cobertura universal en materia de pensiones, teniendo en cuenta un dato estadístico sobre la cobertura de la población económicamente activa (PEA) que bordea solo el 20%, esto básicamente tiene que ver con el diseño del sistema y la estructura económica y la inexistencia de políticas y mecanismos de protección social. La pensión básica al adulto mayor (PAM) entendido como un derecho social, desprendiéndolo del limitado ámbito de la relación laboral y salarial, y en consecuencia se hace extensiva a los ciudadanos; en este camino se puede hablar de un inicio hacia la formación de una ciudadanía plena, es decir, que esta no este solo articulada a los derechos políticos y civiles, sino también a los sociales. Para ello es menester hacer reformas legislativas, puesto que las que fueron implantadas distan mucho de superar los desajustes estructurales del sistema, y por el contrario profundiza la inseguridad sobre la situación futura de los trabajadores, dado que el nuevo orden económico resulta inadecuado para satisfacer las necesidades de reproducción del orden doméstico, sobre esta volveré más adelante.

Sobre el (PAM) ya entendido como un derecho social se tendrían que implementar mecanismos o en todo caso buscar estrategias para su exigibilidad y superar los obstáculos para una protección y tutela efectiva; en una comprensión amplia sobre la exigibilidad de los derechos sociales Víctor Abramovich y Christian Courtis nos hablan de dos grandes rasgos de estrategias de exigibilidad, una de ellas la *exigibilidad directa*, es decir, aquellas en la que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho social, y la estrategia de *exigibilidad indirecta*, es decir, aquellas en las que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto⁽⁵⁾.

III. EL PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD EN EL INGRESO

La desigualdad en el ingreso es el correlato de la injusta y mala redistribución de la renta en el país, y esto produce restricción al acceso a los servicios sociales que facilitan la cobertura de las necesidades vitales básicas; algo inevitable que se niega a desaparecer de la escena social es la desigualdad en la

que sirve de base de sustentación indispensable y fecunda a la cual se suma". POTYARAA. P. PEREIRA, Necesidades humanas, para una crítica a los patrones mínimos de sobrevivencia. Cortez editora, 2002, Sao Paulo, Brasil, p. 32.

(5) ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002, p. 132.

distribución de la renta y la riqueza así como las posiciones sociales y oportunidades de progreso. Las Naciones Unidas han establecido que las desigualdades acotadas no solo en países subdesarrollados, como el nuestro, sino también en países de primer mundo el sistema de mercado imperante es el que causa esas inmensas diferencias y estratificaciones en la composición de las sociedades, a su vez, el llamado Consenso de Washington que dictó las recetas de las políticas macroeconómicas en un contexto de efervescencia neoliberal reduciendo la participación del Estado en un juego de libre mercado, ha dado un giro a su propuesta inicial. Dentro de un llamado Consenso Post-Washington o consenso de Santiago, el propio Banco Mundial ha propuesto el enfoque de Estado eficaz, que considera al Estado como el creador de las bases institucionales para el adecuado funcionamiento del mercado⁽⁶⁾.

En ese sentido, es perentorio la actuación del Estado, pero, como ya dijimos no desde una mera formalidad lingüística o metalingüística, sino a través de programas de acción que, a través del esfuerzo organizado se dirijan a atender las necesidades sociales, en este caso concreto materia de análisis, a un colectivo en específico, y que debe de ser amparada por una legislación fuerte y objetiva que garantice la (PAM) puesto que postulamos como un derecho. La igualdad del ingreso genera una igualdad de oportunidades, y que ello no solo va a permitir como lo señalan los neoliberales, ubicarse en el mercado competitivo con probabilidades de competir, sin solidaridad adicional; sino que estas oportunidades devengan en unas posibilidades efectivas de desarrollo personal, comunitario y social.

Cabe preguntarse cuál es la relación existente entre el crecimiento económico y la distribución, una de las cosas que se dice y que concordamos es que vivimos en un país muy heterogéneo, uno de los puntos álgidos podemos apreciar en la situación de la inmensa masa de trabajadores no calificados y por ende perciben sueldos y salarios bajos que a la postre va a determinar un desincentivo al sistema contributivo, y una baja cobertura de los adultos mayores. Una de las nociones de redistribución analizadas por el Banco Mundial –no soy muy devoto de este organismo, pero al menos teóricamente comparto en este punto– que combina con el crecimiento económico y que calza perfectamente con nuestra realidad y nuestro análisis, con enfoques para el incremento de la protección social:

- i) La maximización del crecimiento del PBI mediante el aumento del ahorro y la asignación más eficiente de los recursos.

(6) ESPINA PRIETO, Mayra Paula. *Políticas de atención a la pobreza y la desigualdad*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO, 1º Edición, 2008, Buenos Aires, p. 36.

- ii) La desviación de la inversión hacia los grupos más vulnerables como son los adultos mayores.
- iii) La redistribución del ingreso hacia los grupos más pobres, a través del sistema fiscal.
- iv) Una transferencia de los activos existentes hacia los grupos más pobres, como es el caso de los adultos mayores pobres⁽⁷⁾.

El problema de la desigualdad en la redistribución de ingresos en el Perú, constituye uno de los principales desafíos, y que se refiere tanto a dar cuenta de las causas de la pobreza, de su coexistencia con la riqueza de una minoría y de las formas en que se reproduce, como a planear formas de superarlas.

IV. LA UNIVERSALIDAD COMO FUNDAMENTO PARA EL DISEÑO DE LA (PAM)

La organización y formulación de esta “política social” debe llevar al Estado a desarrollarlo dentro de un marco de integralidad y universalidad, básicamente dirigido a los grupos más vulnerables de nuestra sociedad como es el caso de nuestros adultos mayores⁽⁸⁾. No somos de la idea del otorgamiento de la (PAM) con base en criterios selectivos o focalizados, pensamos que además de crear un círculo vicioso de clientelaje, corrupción y que esto conlleva a errores de inclusión y exclusión por parte los funcionarios encargados de la selección, y sumado a esto el elevado costo administrativo, no ayuda a encaminar hacia un modelo de Estado inclusivo.

El efecto pernicioso que pudiese tener la universalidad reconociéndolo en todo caso de que pudiera estar favoreciendo a un segmento de la población adulta mayor que no necesitaría ser beneficiada. Pues el reconocimiento de ciudadanía plena no pasa por la comprobación de ingresos o por una línea de pobreza sino es el derecho social per se que es invocado. Es decir, aún admitiéndose que los programas universales suponen un plus de bienestar para aquellos ciudadanos que ya se encuentran comparativamente en mejores condiciones socioeconómicas, aduce igualmente que la alianza entre las clases

(7) W. Arthur Lewis. *El empleo, la distribución del ingreso y la estrategia del desarrollo económico: Problemas de los países en desarrollo, ensayos en honor de H. W. Singer*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987, p. 69.

(8) “Tenemos un deber natural para nosotros mismos y para la comunidad del cual formamos parte, de buscar mejores condiciones de vida, dentro de una política social justa, que nos permita el mejoramiento de nuestra calidad de vida y sobre todo, la dignificación de la persona humana para alcanzar algún día la paz social” En: CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. *Seguridad social. ¿Cómo negocio o un servicio?* Instituto de Estudios Sociales Juan Pablo - FIEL, Editorial Presencia, Bogotá, 1992, p. 57.

medias y clases bajas fortalece la intervención pública en el mantenimiento del Estado social⁽⁹⁾.

Este criterio de universalidad no está restringido a aquellos que han trabajado suficientemente en el pasado, del mismo modo que los que han pagado suficientes contribuciones a la seguridad social no son los únicos acreedores de este tipo de aseguramiento. Se estima que se puede comprender a toda la población objetivo (100%) sin mayores costos administrativos, solo se basa en la selección de edad que es de fácil comprobación.

Ya es sabido que los sistemas en América Latina entraron en crisis a inicios de los ochenta y se profundizaron en los noventa siendo testigos de reformas de la seguridad social, y que justamente a raíz de ese contexto se discutió paradójicamente si los sistemas de protección social debieran ser universales por cuanto iría en contra de los pobres y pobres extremos, en ese sentido señala Bruno Lautier⁽¹⁰⁾ para que las políticas sociales sean eficaces en materia de lucha contra la pobreza, deberían dirigirse directamente a los más pobres (ser “focalizadas”); entonces la seguridad de los “no pobres”, por razones de eficacia y de finanzas públicas, debería entonces dejar de ser social y someterse a los mecanismos de seguros privados.

Tenemos que implementar verdaderas políticas sociales, integrales y no basadas en políticas de luchas focalizadas contra la pobreza, porque estas últimas financieramente no son muy fuertes y están sujetas a la limitación de recursos, implicando un régimen de favoritismos y dependencia política, mas no fundado en los derechos sociales. Además enfatizamos en la dimensión de ciudadanía plena y no en términos cualitativos de ciudadanía, es decir no creemos en la legitimación de ciudadanos por prelación. El modelo de Política social selectiva o focalizada promueve la estratificación, es decir, la dimensión de estatus entre los ciudadanos y la estigmatización social que consiste en baja autoestima⁽¹¹⁾. En ese sentido, como lo venimos manifestando a lo largo de este trabajo el derecho que reconoce la sociedad a sus ciudadanos, es la universalidad como política social, permitiendo el acceso universal en este caso específico a los adultos mayores a este derecho social.

(9) MORENO FERNÁNDEZ, Luís. *Ciudadanos precarios, la última red de protección social*, Editorial Ariel, 1ª edición, Barcelona, 2000, p. 139.

(10) LAUTIER, Bruno. “Una protección mutualista y universal: Condiciones para la eficacia de la lucha contra la pobreza” En: *Sistemas de protección social: Entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*. Centro de Investigación para el desarrollo - CID, Universidad Nacional de Colombia, 1ª edición, Bogotá, 2005, p. 96.

(11) HERNÁNDEZ, Diego. “La universalidad como fundamento para el diseño de la política social” En: *Crecimiento, equidad y ciudadanía: Hacia un nuevo sistema de protección social*. Tomo 2, Centro de Investigación para el desarrollo-CID, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 728.

V. VIABILIZANDO LA PENSIÓN BÁSICA UNIVERSAL PARA LOS ADULTOS MAYORES

Si bien es cierto que tenemos que tener en cuenta el incremento de la población adulta mayor, este no alcanza los niveles porcentuales altos en relación con la población en general, pero sí debemos de prestarle atención, y ejecutar una pronta y debida protección social, esto a través de la pensión al adulto mayor (PAM) que venimos propugnando, pondré de manifiesto esta afirmación:

Población adulta mayor y su crecimiento

Año	Total	Respecto al total de pob.
1940	396, 436	6,39
1961	591, 250	5,97
1972	797, 055	5,89
1981	1, 028. 930	6,05
1993	1, 543. 687	7,00
2007	2, 495. 866	9,10

Fuente: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

Según Censos realizados entre 1940 y 2007. Se prevé que para el año 2025, la Población Adulta Mayor llegará a un 12,4% de la población total.

La viabilidad de esta política social en virtud del universo al que se pretende coberturar resulta totalmente factible, en vista de que en términos del PBI no resulta muy costoso y además resulta positivo para incentivar un estímulo a la productividad y el desarrollo, no siendo tan acertada la idea de que, solo es conveniente aplicarse en economías más desarrolladas y productivas.

El dilema de su viabilidad embarga a los gobiernos latinoamericanos, Chile como el pionero de las reformas pensionarias en América Latina ha tenido que replantear su sistema introduciendo un pilar básico a cargo del Estado. Y es que, mientras tengamos un sistema basado en cotizaciones, el envejecimiento de la población y el hecho de que una parte importante de la tercera edad no goza de derechos contributivos, todo esto hace importante que el gobierno no pueda limitarse a predicar una “focalización” subsidiaria. El Perú como parte de los países del Tercer Mundo o Sur Global⁽¹²⁾ nunca ha estado en

(12) “El término Sur Global es preferible al de países del Tercer Mundo, en la medida en que este último término se utilizó para categorizar países que no encuadraban en la imagen bipolar del mundo que se produjo luego de la Segunda Guerra Mundial y que se extendió hasta la caída del muro de Berlín en 1989, pero que el

posibilidades de llegar a considerarse un estado de bienestar y por ello no justifica que no esté en posibilidades de diseñar una política pública abarcadora.

A manera de análisis y no con fin comparativo las experiencias de otros países de la Región que vienen desarrollando las pensiones no contributivas – tal es el caso de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica y Uruguay– y que son eminentemente focalizadas y asistenciales, y que no son novedosas puesto que se vienen desarrollando desde la década de 1970 como es el caso de Costa Rica, y que han tenido y siguen teniendo problemas de selección por los diversos factores anotados líneas arriba, y que según Bertranou(13) que gran parte de los desajustes se estima que se debe a las declaraciones de edades fraudulentas, en el caso peruano la heterogeneidad de la composición de la población hace muy distante la postulación de una política focalizada para los adultos mayores.

La aplicación universal de la (PAM) significará que los ciudadanos, al percibir una pensión básica en tanto derecho inalienable, se sentirán como participantes activos de la nación, lo cual generará un fenómeno de cohesión social muy significativo. Por otro lado hacerse calificar como pobre se convierte en un privilegio negociable que no iría acorde con la búsqueda de la ciudadanía plena de todos los adultos mayores, a su vez Lautier⁽¹⁴⁾ pone de manifiesto que la universalización de la protección social es una cuestión seria, práctica y política, y una cuestión urgente, que no se puede dejar para un más tarde –“cuando América Latina se desarrolle realmente”; “cuando América Latina sea realmente democrática”...–, además acota que esta universalización tiene efectos productivos que nadie evalúa en serio.

VI. EFECTOS POSITIVOS COLATERALES PARA LA ECONOMÍA

En primer lugar debemos tener en cuenta que las políticas sociales no son iguales que las políticas de lucha contra la pobreza, en ese sentido, la (PAM) vendría hacer como lo manifestamos una verdadera política social y no un “parche” de una política social, y por supuesto, por defecto ayudaría

mundo globalizado actual resulta anacrónico y obsoleto”. LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo, “El ingreso ciudadano en el sur global. Hacia la realización de la utopía”. En: *Repensando la distribución*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, p. 308.

(13) BERTRANOU, Fabio M. *Restricciones, problemas y dilemas de la protección social en América Latina: Enfrentando los desafíos del envejecimiento y la seguridad de los ingresos*. Bienestar y política social Vol. 1, N° 1, Oficina Internacional del Trabajo - OIT, Santiago de Chile, 2005, p. 50

(14) LAUTIER, Bruno. *Las condiciones políticas para la universalización de la protección social en América Latina*. Centro de Investigación para el Desarrollo - CID, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 689.

a mitigar y combatir la pobreza⁽¹⁵⁾. Si en los casos mencionados de pensiones no contributivas y asistenciales la experiencia y las estadísticas demuestran la disminución de la pobreza y la pobreza extrema, en los países donde se lleva a cabo. Y que esto tiene una impronta repercusión en la economía puesto que dinamiza la economía, pero nosotros sostenemos que tiene que ser un monto que sea compatible con la adquisición de por lo menos las necesidades vitales básicas, y en virtud del monto podemos estimar la repercusión del ciclo productivo de la economía debido al aumento del poder adquisitivo de los adultos mayores tanto urbanos como rurales.

Esto también tiene un efecto multiplicador, ya que la mayoría de las personas adultas mayores residen en el hogar de algún familiar y esto implicaría un soporte económico más, y a la vez desgravar los gastos familiares, el ingreso per cápita familiar ascendería, es decir, un mejor comportamiento económico de las familias.

VII. CONCLUSIONES

- a) Para acceder y conducir hacia un modelo universal de pensión básica para los adultos mayores (PAM) deben existir dos requisitos mínimos: El reconocimiento de una ciudadanía plena y un sistema impositivo fuerte, puesto que las contribuciones directas no son suficientes y para garantizar la cobertura universal hace falta recurrir a los impuestos vía indirecta, impuestos; y la sociedad peruana sí tiene los recursos necesarios para garantizar la cobertura universal.
- b) La desigualdad del ingreso se encuentra ligada con la renta nacional, y la redistribución en países como el nuestro es más complejo debido a que está mal distribuida, y esto se debe a que las fuerzas del mercado inclinan la acumulación hacia un sector minoritario de la población, a su vez el mercado, si bien es cierto lo propicia, no tienen el deber de resolver los problemas derivados de la distribución y concentración del ingreso. Esto le corresponde al Estado en su papel de garante y promotor de las políticas sociales.
- c) También tenemos que atacar la pobreza con políticas de empleo al puro estilo keynesiano, ya que contribuye a acelerar la demanda

(15) Lautier afirma sobre la misma “que las políticas de lucha contra la pobreza pueden ser definidas como políticas de compensación parcial del fracaso de las políticas sociales, estas políticas reproducen permanentemente las condiciones que las generan. Esta distinción entre lucha contra la pobreza y la lucha contra sus causas sociales (las que se pueden agrupar bajo el término de vulnerabilidad) constituye el fundamento de las políticas sociales modernas” Ob. cit., p. 95.

interna ayudando a desacelerar los niveles de pobreza, puesto que conlleva a mantener los estándares de estabilidad en el ingreso y permitiría contribuir a los sistemas de seguridad social, haciéndolo más sólido y no dependiendo de las especulaciones financieras.

- d) La universalidad de la (PAM) constituye una aproximación a lo que entendemos por igualdad y justicia; y la participación de las personas adultas mayores, en las políticas de redistribución y riquezas de la sociedad, no es un despropósito o una mera intención nuestra, consideramos que este programa de política social con una toma de decisiones adecuadas por parte de los gobiernos se puede poner en marcha su viabilidad. No quiero pecar de utópico, pero el sentimiento de justicia y equidad me hacen pensar que otro mundo es posible.
- e) La repercusión positiva en el ámbito económico no solo es beneficioso para aquellos ciudadanos que son beneficiarios de esta política social, sino que además es una aproximación más real entre la población en general con los adultos mayores, quiero decir que, al interactuar en la economía ambos esta se dinamiza y provoca un efecto cíclico de todo el sistema productivo, y en consecuencia se presenta una forma de cohesionar a la sociedad en su conjunto. Pero quiero remarcar que para que esto sea posible en una dimensión superlativa, la pensión básica debe estar en un nivel acorde con la satisfacción de las necesidades básicas de las personas adultas mayores.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002.
- BERTRANOU, Fabio M. *Restricciones, problemas y dilemas de la protección social en América Latina: Enfrentando los desafíos del envejecimiento y la seguridad de los ingresos*. Bienestar y política social Vol. 1, N° 1, Oficina Internacional del Trabajo-OIT, Santiago de Chile, 2005.
- CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. *Seguridad social. ¿Cómo negocio o un servicio?* Instituto de Estudios Sociales Juan Pablo - FIEL, Editorial Presencia, Bogotá, 1992.
- ESPINA PRIETO, Mayra Paula. *Políticas de atención a la pobreza y la desigualdad*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 1ª edición, Buenos Aires, 2008.

- HERNÁNDEZ, Diego. “La universalidad como fundamento para el diseño de la política social” En: *Crecimiento, equidad y ciudadanía: Hacia un nuevo sistema de protección social*. Tomo 2, Centro de Investigación para el desarrollo - CID, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2006.
- LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo. “El ingreso ciudadano en el sur global. Hacia la realización de la utopía”. En: *Repensando la distribución*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.
- LAUTIER, Bruno. “Una protección mutualista y universal: Condiciones para la eficacia de la lucha contra la pobreza” En: *Sistemas de protección social: Entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*. Centro de Investigación para el desarrollo-CID, Universidad Nacional de Colombia, 1ª edición, Bogotá, 2005.
- LAUTIER, Bruno. *Las condiciones políticas para la universalización de la protección social en América Latina*. Centro de Investigación para el Desarrollo-CID, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.
- MORENO FERNANDEZ, Luís. *Ciudadanos precarios, la última rede de protección social*. Editorial Ariel, 1ª edición, Barcelona, 2000.
- MORGADO VALENZUELA, Emilio. *La Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica*. ADEC-ATC, Lima, 1993.
- POTYARA A. P. PEREIRA. *Necesidades humanas, para una crítica a los patrones mínimos de sobrevivencia*. Cortez editora, Sao Paulo, 2002.
- W. Arthur Lewis, *El empleo, la distribución del ingreso y la estrategia del desarrollo económico: Problemas de los países en desarrollo, ensayos en honor de H. W. Singer*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987.

VIGENCIA DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL EN EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO

SEBASTIÁN SOLTAU SALAZAR⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La adopción de un nuevo modelo de proceso laboral, cuya nota característica es la abierta apuesta por la oralidad en detrimento del “culto al expediente”, definitivamente augura un mejor futuro en cuanto a la tutela jurisdiccional de los derechos laborales en nuestro país⁽²⁾.

Sin embargo, es preciso reparar en las consecuencias, no todas ellas positivas, que a propósito de la adopción de dicho modelo podrían presentarse en la práctica, de no mediar un cambio diametral de mentalidad en todos los operadores jurídicos directa o indirectamente vinculados a los litigios laborales; particularmente, en los jueces.

En este sentido, de la mano del optimismo inherente a aquellos que creen en las bondades de la reforma del proceso laboral –entre los cuales nos incluimos–, debe encontrarse necesariamente una cuota de escepticismo con relación a aspectos tales como el que ahora nos ocupa: ¿comprenderán los jueces

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tercer puesto concurso universitario.

(2) PASCO COSMÓPOLIS, citando a RODRÍGUEZ-PIÑERO, destaca los beneficios de la oralidad al mencionar que “el objetivo fundamental de que se actúe ante el Magistrado de palabra y por medio del debate laboral es el de facilitar su contacto directo con las partes y las pruebas, lo que le permitirá la mejor averiguación del supuesto fáctico, así como la más clara fijación de las pretensiones de las partes”. Sin embargo, es importante reparar en lo señalado por el mismo autor, en el sentido de que “la oralidad no es un atributo solitario y aislado, sino que se complementa e interactúa con los otros (inmediación, celeridad, concentración, etc.) de una manera inescindible para conformar un tipo de proceso: el proceso oral”. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, pp. 92-93.

a cabalidad y de suyo, el rol que la nueva Ley Procesal del Trabajo –en adelante, la NLPT– les asigna como “protagonistas” del proceso y “garantes” de la igualdad entre las partes?

Decíamos antes que la reforma introducida por la NLPT se vislumbra como positiva, a lo que habría que añadir que era necesaria. Ello, tras haber constatado que el proceso laboral de la Ley N° 26636 –en adelante, la LPT– no cumplía con la finalidad propia de todo proceso judicial: constituirse en “instrumento para conseguir la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los particulares, para que lo establecido por el derecho objetivo tenga una real vigencia y para con todo ello lograr una paz social en justicia”⁽³⁾. Muy por el contrario, los procesos regidos por la LPT propician las dilaciones indebidas, y por qué no decirlo, la adopción de conductas contrarias a la buena fe y lealtad procesales⁽⁴⁾.

Queda claro, pues, que la reforma, y consiguiente adopción de un nuevo paradigma para el proceso laboral, respondió a la imperiosa necesidad de garantizar una efectiva tutela de los derechos laborales, casi inexistente con anterioridad. Ahora bien, es pertinente preguntarse lo siguiente: ¿es correcto afirmar que el nuevo proceso laboral es un proceso “en favor de los trabajadores”? En otras palabras, ¿puede afirmarse que el juez laboral debe ser “menos” imparcial que un juez civil o comercial, al momento de avocarse a la solución de un caso concreto? ¿Es que acaso la desigualdad consustancial a las partes de la relación laboral conlleva que el juez deba asumir una conducta tuitiva durante el proceso laboral?

A lo largo del presente artículo intentaremos dar respuesta a estas interrogantes, basándonos en la que, a nuestro criterio, constituye la adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, especialmente en el extremo que se refiere al rol protagónico de los jueces en el desarrollo e impulso del proceso laboral, así como al deber de estos de evitar que la desigualdad de las partes afecte el desarrollo o resultado de este.

Como aspecto inicial, creemos importante referirnos, aunque sea brevemente, a los alcances del reconocimiento de la imparcialidad judicial, y del correlativo derecho fundamental a un juez imparcial, en nuestro ordenamiento constitucional, pues ello nos permitirá abordar de forma integral la problemática descrita.

(3) PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*. Año XIII, N° 26, p. 275.

(4) Como es lógico, en un escenario como el descrito, el empleador tiene muy pocos incentivos para cumplir con la normativa sociolaboral. Lo que es peor, las dilaciones indebidas del proceso se presentan como una alternativa más conveniente, en términos estrictamente económicos, que el reconocimiento oportuno de los derechos y beneficios, en algunos casos, justificadamente reclamados por los trabajadores.

II. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

Como bien anota Espinosa-Saldaña, el concepto de imparcialidad judicial no se encuentra expresamente recogido en la Constitución de 1993⁽⁵⁾, por lo que resulta imprescindible reparar en los argumentos que nos permiten afirmar que, no obstante ello, una actuación imparcial si resulta exigible a cualquier órgano que ejerza función jurisdiccional en nuestro país⁽⁶⁾. Asimismo, es necesario distinguir la imparcialidad judicial de conceptos tales como el de independencia judicial, a fin de no confundirlos, como lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano –en adelante, TC–.

Ahora bien, dada la ausencia de referencia alguna a la imparcialidad judicial en el texto expreso de la Constitución, corresponde que nos remitamos a la jurisprudencia que sobre el particular ha formado nuestro TC, así como a las disposiciones pertinentes contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por el Estado peruano.

De acuerdo a la jurisprudencia del TC, la imparcialidad judicial se encontraría íntimamente ligada a la independencia judicial, la cual sí es recogida expresamente por la Constitución⁽⁷⁾, formando ambas una totalidad indisoluble. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2465-2004-AA/TC, el máximo intérprete de la Constitución concluyó que “mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la imparcialidad de los jueces”.

Asimismo, en más de una ocasión el TC ha reparado en la doble dimensión del principio de imparcialidad judicial, en tanto no constituye solo una garantía objetiva de la función jurisdiccional, sino a su vez un derecho subjetivo

(5) ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Juez independiente, juez imparcial y algunos otros temas vinculados a estas materias en los escenarios europeo, interamericano y peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 82, p. 26.

(6) De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia emitida en el Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, del 31 de enero de 2001), tal calidad incluso debería ser predicable respecto a todo órgano del Estado que se avoque al juzgamiento de una persona, sin importar su naturaleza.

(7) “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

de las partes del proceso. En esta línea, encontramos la sentencia recaída en el Expediente N° 1934-2003-HC/TC en la que se reafirma la doble dimensión de la imparcialidad judicial, al aclarar lo siguiente: “Por un lado, constituye una garantía objetiva de la función jurisdiccional, es decir, se trata de una exigencia mínima que se predica del órgano llamado a resolver los conflictos y las controversias jurídicas entre partes. Por otro, constituye un derecho subjetivo de los justiciables, por medio del cual se garantiza a todos y cada uno de los que pudieran participar en un proceso judicial que puedan ser juzgados por un juez no parcializado, es decir, uno que tenga prejuicios sobre las partes e, incluso, sobre la materia o la causa confiada para dirimir”. Por tanto, la imparcialidad judicial en su dimensión subjetiva, es decir, como derecho a un juez imparcial, formaría parte de las garantías integrantes del derecho fundamental al debido proceso y, por consiguiente, del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva⁽⁸⁾.

En atención a lo anterior, sería correcto afirmar, siguiendo la jurisprudencia del TC, que el derecho a un juez imparcial debería ser observado en cualquier tipo de proceso judicial, no pudiendo admitirse los comportamientos que evidenciaran un actuar parcializado del órgano jurisdiccional. Según el TC, tales comportamientos incluyen la falta de neutralidad en la actuación de los jueces y, de forma más general, el desacato a los deberes de la propia organización jurisdiccional⁽⁹⁾.

En todo caso, es necesario destacar que, de acuerdo a la jurisprudencia del TC, la imparcialidad judicial (y consiguientemente, el derecho a un juez imparcial) sí cuenta con reconocimiento a nivel constitucional, tanto a partir de su estrecha vinculación al principio de independencia judicial, como a propósito de la consagración del derecho fundamental al debido proceso.

En cuanto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, cabe mencionar que más de uno hace alusión directa al derecho a un juez imparcial, como requisito indispensable de un proceso respetuoso de las garantías mínimas. Así, en el sistema interamericano, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación

(8) En doctrina se han planteado diversas posiciones acerca de la relación entre los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, ambos consagrados por el numeral 3) del artículo 139 de la Constitución de 1993. En nuestro caso, nos adherimos a aquella que entiende que el debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ver: PRIORI POSADA, Giovanni. Ob. cit., pp. 283-289.

(9) ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Ob. cit., p. 27.

de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...). Similares disposiciones encontramos en el numeral 1) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y, aunque con alcances más limitados, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En consecuencia, más allá de las interpretaciones realizadas por el TC, es posible aseverar que el derecho a un juez imparcial ostenta el carácter de fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución de 1993; más específicamente, del artículo 3⁽¹⁰⁾ y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁽¹¹⁾.

Indicábamos líneas atrás que el TC no había sido capaz de distinguir claramente los conceptos de imparcialidad e independencia judiciales, lo que se desprende de la jurisprudencia anteriormente citada, en la cual incluso llega a afirmar que ambos principios conforman una totalidad. Nosotros no compartimos esta posición.

Siguiendo a Pico I Junoy, somos de la opinión que “no debe confundirse la imparcialidad judicial con la independencia del Juez, ya que este puede ser independiente y sin embargo no ser imparcial, y viceversa”⁽¹²⁾. En consecuencia, debe quedar claro que “la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad. En consecuencia, la existencia de cualquier tipo de prejuicio o interés del juzgador a favor de una parte, o en perjuicio de la otra, supone conculcar el principio básico de igualdad de armas procesales, provocando que el juez deje de estar legitimado para resolverlo”⁽¹³⁾.

El mismo autor precisa que, por su parte, la independencia judicial “tiene por objeto garantizar la plena libertad de los jueces y magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, estando sometidos únicamente al imperio de

(10) “Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

(11) “Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

(12) PICO I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 32. En el mismo sentido, Gozaini, citando a González Granda, señala que independencia “no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado Jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: Jueces parciales en condiciones objetivas de independencia”. GOZAÍNI, Osvaldo. “La imparcialidad de los Jueces y el debido proceso”. En: *Proceso & Justicia*. N° 5, p. 120.

(13) *Ibíd*em, p. 26.

la ley”⁽¹⁴⁾, encontrándose por tanto referida a la necesaria ausencia de influencias internas o externas en el órgano jurisdiccional, que pudieran condicionar el sentido de sus decisiones⁽¹⁵⁾. Las primeras serán aquellas provenientes del propio Poder Judicial, mientras que las segundas serán aquellas provenientes de los otros poderes del Estado, en especial, del Poder Ejecutivo.

La distinción puede parecer inútil, pero creemos que nunca está de más criticar las opciones interpretativas del TC, que en algunos casos pueden resultar artificiosas, y lo que es más preocupante, suelen obviar recurrir de forma más decidida a fuentes de trascendental importancia, y máxima jerarquía, como los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En suma, coincidamos o no con lo planteado por el TC con relación a la imparcialidad judicial, hay una conclusión que se desprende indubitablemente de todo lo hasta aquí expuesto: el derecho a un juez imparcial es una garantía que integra el derecho fundamental al debido proceso (y a la tutela jurisdiccional efectiva), y en tanto tal, no puede ser conculcado o desconocido en cualquier tipo de proceso judicial, incluido el laboral⁽¹⁶⁾. Y es precisamente partiendo de esta premisa, que debemos evaluar el carácter tuitivo del nuevo proceso laboral, así como los deberes que en el marco de este se imponen al juez laboral.

Una breve aclaración antes de pasar al análisis de lo dispuesto por el artículo III de la NLPT. Pico I Junoy destaca algo que no puede dejar de mencionarse cuando se estudia la imparcialidad del juez como garantía de un debido proceso: el carácter utópico (él afirma que se trata de un “mito”) de la creencia en un juez absolutamente imparcial o neutral⁽¹⁷⁾. El juez es, pues, finalmente una persona con determinados valores y creencias, los cuales, queramos o no, van a influenciar el sentido de sus decisiones. Sin embargo, tal constatación no debe llevarnos a descartar que el derecho a un juez imparcial sea un derecho plenamente exigible.

Por el contrario, ello conlleva la necesidad de controlar de forma más efectiva la actuación de los órganos jurisdiccionales, a través, por ejemplo, de la exigencia de una motivación cada vez más rigurosa de sus decisiones. Dicho en otros términos, si bien es absurdo, y por demás impropio de un Estado

(14) *Ibidem*, p. 30.

(15) En nuestra opinión, considerando que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, sería más pertinente referirse a un sometimiento pleno a la Constitución y no al imperio de la ley.

(16) A similar conclusión llega Pasco Cosmópolis, al indicar que los principios generales del proceso (entre los cuales ubica al principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales) “son válidos para todo proceso sea civil, penal o laboral”. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Ob. cit.*, p. 38.

(17) PICO I JUNOY, Joan. *Ob. cit.*, p. 23.

Constitucional de Derecho, esperar que tengamos “jueces boca de la ley”, debe quedar claro que el rol del juez se centra básicamente en lograr que el proceso cumpla su finalidad, aunque conservando siempre su posición como tercero imparcial frente al conflicto.

La compensación de las desigualdades existentes entre trabajadores y empleadores, que como veremos se materializa en el propio diseño del nuevo proceso laboral, quizás exija del juez un mayor protagonismo, que no obstante ello, no debe traducirse en una “menor” imparcialidad, lo que de acuerdo a los argumentos planteados, no sería válido ni tolerable en términos constitucionales.

III. LA COMPENSACIÓN DE DESIGUALDADES EN EL PROCESO LABORAL Y LOS ALCANCES DEL ROL PROTAGÓNICO DE LOS JUECES

En palabras de Paredes Palacios, “no se podría hablar de un debido proceso si de éste no se predicara que provee a las partes (a ambas) de iguales oportunidades de ‘ataque y defensa’”⁽¹⁸⁾. Por su parte, Baylos Grau y otros explican que la igualdad de las partes en el proceso supone “que cada uno de los sujetos que intervienen como partes principales en el seno de la relación procesal deben ostentar facultades y cargas equivalentes en el curso del proceso”⁽¹⁹⁾. Lo planteado por los autores citados, coincide plenamente con lo señalado por el TC en su sentencia recaída en el Expediente N° 06135-2006-AA/TC, cuando con relación al derecho de igualdad procesal mencionara lo siguiente: “El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2 (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra”.

Como es lógico, garantizar la igualdad de las partes en el proceso constituye una tarea bastante compleja si de conflictos de naturaleza laboral se trata. Ello, toda vez que, siguiendo a Neves Mujica, la relación laboral es “estructuralmente desigual, porque los trabajadores no tienen poder económico y los empresarios sí”⁽²⁰⁾, situación que no repercute únicamente en la relación mate-

(18) PAREDES PALACIOS, Paúl. Prueba y presunciones en el Proceso Laboral. ARA, Lima, 1997, p. 65.

(19) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Trotta, Valladolid, 1995, p. 48.

(20) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 12.

rial que los vincula (contrato de trabajo), sino también en la relación procesal que entre ambos eventualmente podría surgir, a propósito de la formulación de una pretensión ante los juzgados laborales.

Es claro, pues, que en aras de garantizar la igualdad de las partes en el proceso laboral, es indispensable partir del reconocimiento de la existencia de una situación de desigualdad entre trabajador y empleador, la cual precisamente deberá ser compensada o equilibrada mediante el diseño de un proceso de características especiales. Vinatea Recoba sintetiza esta idea al mencionar que “lo real es que hay una situación de desigualdad entre trabajador y empleador que no solo explicará una intervención normativa sustantiva sino que para su interpretación y aplicación reclamará, una vez más, mecanismos procesales que consideren tal desigualdad, no sólo en cuanto contenido (por ejemplo, reglas de gratuidad) sino desde un punto de vista operativo (p.e. formas de acceso a la prueba; forma de análisis de la prueba; modos de producir certeza; etc.), pues tanto en uno como en otro caso, las posibilidades de afectar el verdadero objeto del proceso se pueden perder”⁽²¹⁾. De idéntica opinión es Baylos Grau, quien afirma que “el carácter compensador e igualador, en el aspecto sustantivo, del ordenamiento laboral, ha de tener, lógicamente, un correlativo en los aspectos procesales, con consecuencias de corrección de la desigualdad social y económica, lo que implica, necesariamente, que esta problemática trascienda a la estructura del proceso de trabajo y a las reglas que lo disciplinan”⁽²²⁾.

Ahora bien, siendo cierto que no “pueden olvidarse desde la perspectiva procesal el tipo de relaciones sociales afrontadas por el orden social de la jurisdicción, de modo que también en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva debe ponderarse la desigualdad social que se produce entre las partes dentro de las relaciones laborales”⁽²³⁾, corresponde enfatizar que ello no debe llevarnos a la errónea conclusión de que el juez laboral debe ser “menos” imparcial en la tramitación y resolución de los conflictos o controversias laborales que tenga a su cargo. En este sentido, el objetivo de materializar la igualdad de las partes en el proceso laboral no enerva en forma alguna el hecho de que “el Juez ha de ser exquisitamente imparcial, limitándose a aplicar el Derecho al caso concreto, otorgando el amparo judicial a quien le asiste la

(21) VINATEA RECOBA, Luis. “Los principios del derecho del trabajo y el proceso laboral”. En: AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 101.

(22) BAYLOS GRAU, Antonio. “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”. En: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_004_107.pdf>. Consulta: 7 de agosto de 2010, p. 9.

(23) BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. Ob. cit., p. 49.

razón desde el punto de vista de la norma sustantiva”⁽²⁴⁾. Debe quedar claro, pues, que “la inexcusable posición de neutralidad del juez ante las partes (...) no sufre en el proceso de trabajo”⁽²⁵⁾.

Expuesto lo anterior, cabe plantearse las siguientes interrogantes: ¿cómo se materializa esta función compensadora en el diseño del proceso laboral de la NLPT? Y partiendo de ello, ¿qué alcances tiene el rol protagónico asignado a los jueces y el deber de estos de evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, ambos consagrados en el artículo III del Título Preliminar⁽²⁶⁾?

Como indicáramos anteriormente, dado que la relación laboral es estructuralmente desigual, resulta necesario que el proceso laboral se encuentre diseñado de manera tal, que permita compensar o equilibrar dicha desigualdad, garantizando así el derecho a la igualdad procesal (en este caso, de los trabajadores). En este sentido, es lógico, y por demás necesario, que se contemplen diversas disposiciones en la regulación del proceso laboral, que formalmente podrían parecer contrarias a la igualdad procesal (pues parecen beneficiar a los trabajadores), pero que en términos sustantivos, contribuyen más bien a garantizar su respeto y vigencia.

Baylos Grau y otros hacen una clasificación de estas disposiciones, a las cuales califican como “matizadoras de la igualdad de las partes entendida en sentido formal en favor de una cierta protección de aquellos individuos o grupos más desfavorecidos socialmente”⁽²⁷⁾, pudiendo destacarse las siguientes: i) aquellas que imponen una diversa carga a las partes, en función de la posición que cada una de ellas ocupa en la relación laboral; ii) aquellas que reparan en la distinta resistencia económica de las partes para hacer frente a los costos del proceso; iii) aquellas que asignan facultades de iniciativa y dirección del

(24) Ídem.

(25) BAYLOS GRAU, Antonio. Ob. cit., p. 8.

(26) “Artículo III.- Fundamentos del proceso laboral

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”.

(27) BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. Lóc. cit.

proceso al órgano judicial; iv) aquellas que reconocen facultades de actuación procesal a las organizaciones sindicales; y, v) aquellas que simplifican las formas procedimentales.

En la NLPT abundan disposiciones como las reseñadas. A modo de ejemplo, podemos referirnos al artículo 23.3 que contiene la polémica presunción de existencia de vínculo laboral, al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar, que establece la gratuidad del proceso laboral para los prestadores de servicios, siempre y cuando el monto total de sus pretensiones no supere las 70 Unidades de Referencia Procesal (URP)⁽²⁸⁾, al segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar, que expresamente establece que los jueces tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso, facultándolos para sancionar los actos contrarios a la buena fe y lealtad procesales, al artículo 9 que dota de legitimación especial a las organizaciones sindicales, habilitándolas incluso para demandar en defensa de derechos individuales homogéneos, así como al artículo I del Título Preliminar, que menciona como principios que inspiran al proceso laboral, a la intermediación, celeridad, oralidad, entre otros.

Así las cosas, podemos afirmar que el nuevo proceso laboral peruano ha sido diseñado considerando la situación de desigualdad existente entre las partes de la relación laboral, lo que se desprende de la gran cantidad de disposiciones compensadoras o equilibradoras que contiene, las cuales, de mediar su aplicación oportuna y efectiva en la realidad, nos permitirían confiar en que el objetivo de “igualar” a las partes en el proceso sí podrá alcanzarse. Es claro, pues, que el legislador ha sido consciente de que la materialización del derecho a la igualdad procesal en el proceso laboral, pasa necesariamente por diseñarlo conforme a determinados parámetros (oralidad, intermediación, concentración, etc.).

¿Y cuál es el rol de los jueces en este contexto? Pues definitivamente es un rol protagónico, como bien lo señala el segundo párrafo el artículo III del Título Preliminar, toda vez que de ellos depende que el proceso laboral cumpla su finalidad, como instrumento para la efectiva tutela de los derechos laborales. Será, pues, la actuación de cada juez en el caso concreto, la que determine la concreción de los principios y fundamentos del proceso laboral enunciados en el Título Preliminar de la NLPT, los cuales, en su mayoría, coadyuvan a ubicar a las partes en una situación de igualdad en el proceso, pero que de ninguna manera pretenden condicionar al juez para que de antemano favorezca a alguna de ellas.

(28) Lo que actualmente equivale a S/. 25,200.00.

En línea con lo anterior, Pasco Cosmópolis ha señalado que “quien protege al trabajador es la ley, no el juez. Es el proceso el que desiguala con finalidad tuitiva, no el magistrado, quien debe ser exquisitamente imparcial y ajustar su conducta y su criterio a la verdad y a la justicia, obviamente aun cuando estas no le den la razón al trabajador, porque no la tiene”⁽²⁹⁾. En tal sentido, si bien se dijo que un tipo de disposición “igualadora” es aquella que asigna facultades de iniciativa y dirección al juez⁽³⁰⁾, ello no significa que tales facultades (por ejemplo, la actuación de pruebas de oficio contemplada en el artículo 22) no se encuentren sujetas a límite alguno o que puedan ser ejercidas arbitrariamente, evidenciando incluso una clara parcialidad, punto sobre el que volveremos en el acápite siguiente.

En definitiva, consideramos que el rol protagónico de los jueces en el desarrollo e impulso del proceso, al que hace referencia el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar, debe entenderse referido a la realización de, entre otros, los principios contemplados en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT (celeridad, economía procesal, veracidad, etc.). Así, la actuación de estos contribuiría a reducir drásticamente las dilaciones indebidas del proceso y la incidencia de conductas contrarias a la buena fe y lealtad procesales, con lo cual favorecerían la igualdad procesal de las partes⁽³¹⁾.

Ahora bien, si el propio proceso laboral está diseñado de tal forma que compensa las desigualdades derivadas de la relación laboral y como decía Pasco Cosmópolis, “quien protege al trabajador es la ley (léase el proceso diseñado por ésta), no el juez”, ¿por qué se impone a los jueces un deber de evitar que las desigualdades entre las partes afecten el desarrollo o resultado del proceso?

De acuerdo al texto expreso del artículo III del Título Preliminar, este deber implica básicamente lo siguiente: i) procurar alcanzar la igualdad real de las partes (lo que parece obvio y, por ende, pudo haberse omitido); ii) privilegiar el fondo sobre la forma; iii) interpretar los requisitos y presupuestos

(29) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 74.

(30) Estas facultades o atribuciones especiales que el juez suele tener en el proceso laboral, han llevado a que se le califique como un proceso de tipo “cuasi-inquisitivo” o dispositivo atenuado. Ver: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., pp. 47-48; o PAREDES PALACIOS, Paúl. Ob. cit., pp. 69-73.

(31) Si la actuación de los jueces a lo largo del proceso laboral llega a ajustarse estrictamente a los principios contemplados en el artículo I del Título Preliminar, con lo cual, por ejemplo, empezarían a sancionar efectiva y oportunamente las conductas contrarias a la buena fe y lealtad procesales, ello repercutiría de forma positiva en la igualdad procesal de las partes, en el entendido de que las dilaciones indebidas del proceso suelen ser más nocivas para el trabajador, quien normalmente tiene problemas para afrontar los costos derivados del proceso laboral (obviando el pago de tasas judiciales del cual probablemente se encuentre exonerado) y es quien solicita la tutela jurisdiccional de sus derechos.

procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso; y iv) observar el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

No vamos a detenernos en los últimos dos puntos, pues entendemos que las “pautas” que contienen son predicables con respecto a cualquier tipo de proceso judicial, dentro de un Estado Constitucional de Derecho que se precie respetuoso del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Lo interesante es reparar en que, de acuerdo al citado artículo (punto II de nuestra enumeración), el deber en comentario se encuentra íntimamente ligado con el principio de veracidad, entendido como aquel que reafirma “la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se dé primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal”⁽³²⁾, con lo cual se relaciona indefectiblemente a las facultades de iniciativa y dirección del juez a las que nos refiriéramos anteriormente. Y es que como bien menciona Pasco Cosmópolis, “si el proceso laboral pretende el logro de la verdad real, no puede conformarse con un sistema dispositivo que hace del juez un espectador, un convidado de piedra, y deja en manos de las partes la fijación de sus límites a través de una estricta litis contestatio, su impulso, la producción y actuación de la prueba, etc.”⁽³³⁾.

Sin perjuicio de lo importante que resulta que el juez laboral cuente con mayores facultades de corte “inquisitivo”, cuestión que pareciera querer recalcar al imponer este deber, creemos importante reiterar que su ejercicio únicamente se encontrará justificado en aquellos supuestos en que se base en la necesidad de compensar una situación de desigualdad real existente entre las partes del proceso (no así, si se funda en el solo objetivo de favorecer al trabajador). Asimismo, cabe resaltar nuevamente que tales facultades siempre deberán ser ejercidas dentro de ciertos límites, pues de lo contrario, la actuación del juez podría implicar, por paradójico que suene, una afectación del derecho al debido proceso del empleador.

Lo que queremos enfatizar es que, a nuestro criterio, el deber de los jueces de evitar que las desigualdades de las partes afecten el desarrollo o resultado del proceso no puede ser interpretado en el sentido de que estos han de estar predispuestos a amparar las pretensiones formuladas por los trabajadores, valiéndose para ello de las diversas facultades que les reconoce la NLPT. Recordemos, pues, que tales facultades encuentran su razón de ser, no en el

(32) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 40.

(33) *Ibidem*, p. 47.

objetivo de convertir al juez en defensor del trabajador, sino en la necesidad de compensar o equilibrar la desigual situación de las partes.

En síntesis, este deber no hace más que reafirmar la responsabilidad que tienen los jueces laborales de ejercer de forma oportuna y razonable las facultades que les reconoce la NLPT, con la exclusiva finalidad de “igualar” a las partes y alcanzar la concreción de sus principios (celeridad, concentración, veracidad, etc.) en la tramitación de cada una de las causas que tengan a su cargo, para lo cual no es necesario, ni legítimo, que “atenúen” o pierdan su imparcialidad.

Antes de pasar al análisis de los perjuicios que podrían derivarse de una errónea interpretación del rol de los jueces en el nuevo proceso laboral, haremos un breve comentario a la referencia que el artículo III del Título Preliminar hace a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad. Lógicamente, al tratarse de sujetos que se encuentran en una situación particularmente vulnerable, la desigualdad frente al empleador es aún más marcada, por lo que se requiere que el rol del juez como protagonista del proceso se acentúe. Ello, no obstante, tampoco significa que el juez deba asumir una actitud parcializada, pudiendo darse el caso de que, una vez garantizada la igualdad procesal, las pretensiones de tales sujetos sean desestimadas, por ejemplo, por no encontrarse debidamente sustentadas.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA LABOR DE LOS JUECES PARA EL ÉXITO DE LA REFORMA DEL PROCESO LABORAL PERUANO

Desde un principio, hemos mencionado que la reforma del proceso laboral debe ir de la mano de un significativo cambio de mentalidad en todos los operadores jurídicos vinculados a los litigios laborales. En el caso de los jueces, dicho cambio de mentalidad, pasa por un entendimiento cabal del porqué de la reforma y, especialmente, del porqué de las mayores facultades que se les han conferido.

Y es que creemos que el éxito o fracaso del modelo de proceso oral adoptado por la NLPT, viene determinado por la forma en que los jueces entiendan el rol protagónico que se les asigna. Así, podría darse el caso que estos se constituyan en protagonistas de un proceso laboral que, garantizando la igualdad de las partes, sirve de instrumento para la efectiva tutela de los derechos laborales; o, por el contrario, podrían protagonizar (o liderar, mejor dicho) el progresivo declive y deslegitimación de un modelo que, sin lugar a dudas, es el que mejor se amolda a las particularidades de la relación laboral.

Ahora bien, ¿qué tendría que suceder para que lleguemos al segundo escenario descrito? Pues que los jueces se acostumbren a realizar un ejercicio irrazonable o arbitrario de las amplias facultades que se les han conferido (sancionar las conductas contrarias a la buena fe y lealtad procesales, ordenar la actuación de pruebas de oficio, extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta en el proceso, dictar sentencia en la audiencia de conciliación, si a su criterio no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, entre otras), en el entendido de que el rol protagónico que se les asigna en el desarrollo e impulso del proceso, los obliga a asumir una posición parcializada.

Ello quizás permita que los procesos laborales concluyan “rápidamente”; sin embargo, solo desencadenará una “amparización” de los conflictos laborales, ya que los empleadores tenderán a alegar que se ha afectado su derecho al debido proceso. En buena cuenta, en tanto los jueces ejerzan sus facultades bajo la errónea creencia de que siempre deben procurar favorecer al trabajador, obviando efectuar la ponderación correspondiente en cada caso, será más sencillo para el empleador afirmar que se ha afectado su derecho a un juez imparcial⁽³⁴⁾.

En este punto es necesario incidir en la importancia de la capacitación de los jueces. Un mensaje debe calar, pues, profundamente en la judicatura laboral: la imparcialidad no se relativiza o atenúa en los procesos laborales, por lo que no debe existir una predisposición a amparar las demandas planteadas por los trabajadores (ni por los empleadores, como es lógico). En esta línea, si en un proceso concreto, el juez llega a la determinación de que su intervención es necesaria a fin de garantizar la igualdad real de las partes en el proceso, para lo cual tendría que haber efectuado un ejercicio elemental de ponderación, será absolutamente válido que lo haga. Ello, lejos de evidenciar una actuación parcializada, simplemente supondría la concreción de su rol como protagonista del proceso y “garante” de la igualdad de las partes. Ahora, ¿podría el empleador cuestionar tal decisión? Indudablemente, mas no contará con elementos suficientes para acreditar una supuesta afectación de su derecho al debido proceso, pues si la actuación del juez partió de la ponderación de los valores constitucionales en conflicto, de seguro podrá ser debidamente motivada, descartando así cualquier atisbo de arbitrariedad.

Lo que intentamos decir, es que el nuevo proceso laboral no debe convertirse en el contexto de innumerables afectaciones a los derechos fundamentales,

(34) Incluso podrían presentarse casos en los cuales la actuación parcializada del juez, supuestamente en beneficio de “la parte más débil”, determine la nulidad un proceso en el que el trabajador contaba con el material probatorio suficiente para acreditar la fundabilidad de sus pretensiones.

provocadas en aras de alcanzar un mal entendido objetivo de equiparación de las partes; esa, ciertamente, no es la finalidad de la reforma. Los jueces deben, pues, evitar incurrir en cualquiera de las siguientes conductas: i) favorecer incondicionalmente al trabajador; y, ii) ejercer sus facultades de forma irrazonable o arbitraria.

Un caso de favorecimiento incondicional al trabajador, podría estar dado por una especie de generalización del dictado “automático” de medidas cautelares. No sería raro, pues, que bajo una errónea interpretación del deber de “igualar” a las partes, los jueces opten por presumir la existencia de los presupuestos para su concesión (peligro en la demora, verosimilitud del derecho y adecuación), lo que, en nuestra opinión, no tendría justificación alguna⁽³⁵⁾.

En cuanto al segundo tipo de conductas, es preciso que nos detengamos, aunque sea brevemente, en el análisis de la facultad que tienen los jueces de ordenar la actuación de pruebas de oficio, la cual, de no mediar su uso razonable, podría dar pie a una serie de arbitrariedades. Es cierto que esta facultad ya se encontraba prevista en el artículo 28 de la LPT⁽³⁶⁾, pero hay quienes entienden que en el marco del nuevo proceso laboral, caracterizado entre otras cosas por la intermediación y el diálogo directo entre las partes y el juez, su utilización debería ser más constante.

Si bien no coincidimos con la idea planteada por Chioyenda de que “existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes”⁽³⁷⁾, especialmente en un proceso como el laboral, donde el juez necesariamente tiene a su cargo el impulso procesal (entre otros motivos, por el principio de veracidad), creemos acertadas las palabras de Pasco Cosmópolis, cuando señala que es un “difícil equilibrio, sin duda, el que se le exige al juez al autorizarlo para actuar a la búsqueda de la verdad, pero sin que pueda obviamente sobrepasar el límite de lo que es responsabilidad de la parte; y difícil también la determinación de ese límite”⁽³⁸⁾. Queda claro, pues, que la utilización regular de la prueba de oficio para suplir las deficiencias probatorias de las demandas presentadas por los trabajadores conllevaría serias complicaciones al momento de determinar si

(35) Cabe anotar que si bien el artículo 54 de la NLPT únicamente hace referencia expresa a la adecuación, ello no quiere decir que los demás presupuestos para la concesión de una medida cautelar no tengan que estar presentes.

(36) “Artículo 28.- PRUEBAS DE OFICIO.- El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción”.

(37) PICO I JUNOY, Joan. “La actividad probatoria del juez y sus límites”. En: *Revista Peruana de Derechos Procesal*. N° 2, p. 18.

(38) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., p. 53.

la actuación de los jueces es imparcial o no. Recordemos que “el juez no puede fungir de abogado defensor”⁽³⁹⁾.

En atención a lo anterior, corresponde que esta facultad sea ejercida dentro de ciertos límites, quizás más laxos que los del proceso civil⁽⁴⁰⁾, mas no de forma indiscriminada. Esto último, únicamente contribuiría a que se cuestione permanentemente la imparcialidad del juez laboral, debiendo anotarse, además, que de acuerdo al propio artículo 22 de la NLPT, su utilización es excepcional.

Uno de estos límites, como indica Paredes Palacios, es el principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, que impone “la prohibición específica al juez de que su conocimiento privado sobre los hechos en torno a la causa que ha de juzgar no (sic) sea el medio que sirva para acreditarlos en el proceso”⁽⁴¹⁾, exigencia que como bien señala el citado autor, se vincula al respeto del derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

V. CONCLUSIONES

El juez laboral, al igual que cualquier otro órgano jurisdiccional, debe ser imparcial en la tramitación y resolución de los conflictos que tenga a su cargo; en este sentido, no puede estar subjetivamente predispuesto a favorecer a alguna de las partes del proceso.

Sin embargo, ello no quiere decir que este deba permanecer indiferente a la situación de desigualdad inherente a la relación entre trabajador y empleador que, sin lugar a dudas, se proyecta a la relación procesal entre ambos.

El nuevo proceso laboral peruano ha sido diseñado, pues, con la clara intención de compensar tal desigualdad al interior del proceso, lo que se traduce en la asignación de un rol protagónico al juez, como sujeto llamado a plasmar sus principios en la práctica.

Así las cosas, un proceso que pretende constituirse en instrumento para la efectiva tutela de los derechos laborales, y que para la consecución de este objetivo depende en gran medida de los jueces, exige de estos básicamente dos cosas: i) un ejercicio razonable y responsable de las facultades que se les han

(39) Ídem.

(40) Una descripción de los límites de la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil, puede encontrarse en: PICO I JUNOY, Joan. “La actividad probatoria del juez y sus límites”. En: *Revista Peruana de Derechos Procesal*. N° 2, pp. 27-28.

(41) PAREDES PALACIOS, Paul. Ob. cit., p. 141.

conferido, no para defender incondicionalmente al trabajador, sino para garantizar la igualdad procesal y la efectividad de la tutela jurisdiccional; y, ii) una mayor rigurosidad en la motivación de sus decisiones, pues ella permitirá determinar si estas son el resultado de un ejercicio constante de ponderación, o si, por el contrario, suponen un ejercicio arbitrario de la función jurisdiccional, informado quizás por una errónea concepción del rol y los deberes del juez en el nuevo proceso laboral.

Una actuación parcializada de los jueces, lejos de beneficiar a los trabajadores, podría conllevar una “amparización” de los conflictos laborales y, lo que es peor, la deslegitimación de una reforma largamente esperada.

En suma, es cierto que el proceso de la NLPT ha de permitir una efectiva tutela de los derechos laborales, pero no podemos olvidar que dicha tutela debe darse en el marco de un proceso respetuoso de todas las garantías que integran el derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, las que asisten tanto a trabajadores como a empleadores. El derecho a un juez imparcial es una de ellas.

VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Trotta, Valladolid, 1995.
- BAYLOS GRAU, Antonio. “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”. En: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_004_107.pdf>. Consulta: 7 de agosto de 2010.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Constitución y proceso de trabajo”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N° 38, pp. 209-262.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Juez independiente, juez imparcial y algunos otros temas vinculados a estas materias en los escenarios europeo, interamericano y peruano.” En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 82, pp. 13-29.
- GOZAÍNI, OSVALDO. “La imparcialidad de los Jueces y el debido proceso”. En: *Proceso & Justicia*. N° 5, pp. 112-130.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis, Bogota, 1996.

- MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GOMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*. Bosch, Barcelona, 1991.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. ARA, Lima, 1997.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997.
- PICO I JUNOY, Joan. “La actividad probatoria del juez y sus límites”. En: *Revista Peruana de Derechos Procesal*. N° 2, pp. 15-28.
- PICO I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Bosch, Barcelona, 1998.
- PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*. Año XIII, N° 26, pp. 273-292.
- VINATEA RECOBA, Luis. “Los principios del derecho del trabajo y el proceso laboral”. En: AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pp. 97-107.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS LEGISLACIONES PERUANA Y FRANCESA

DELMAS BUR BAPTISTE⁽¹⁾

Según León Duguit, jurista francés del fin del XIX siglo, “Los hombres del mismo grupo social son solidarios unos de otros:

- 1º Porque tienen necesidades comunes de las cuales pueden asegurar satisfacción solo por la vida común,
- 2º Porque tienen necesidades distintas y aptitudes diferentes y porque aseguran la satisfacción de sus necesidades diferentes por el intercambio de servicios recíprocos debidos al desarrollo y al empleo de sus aptitudes diferentes”.

Esta citación traduce perfectamente el particularismo de la relación laboral, y de manera más amplia, del trabajo, en cada sociedad humana: el Hombre, como ser humano, necesita trabajar para alejarse “del vicio, de la necesidad, y del fastidio” (como dijo el filósofo francés Voltaire); pero también la colectividad goza del fruto de su trabajo. Así, el trabajo conlleva en este dos aspectos inseparables: un ámbito individual y otro colectivo. El Hombre y su familia gozan de su trabajo para vivir; los Hombres gozan del trabajo de cada uno para construir la sociedad. Pero en cada sociedad, los trabajadores son los que “alquilan su mano de obra a los empleadores” (K. Marx), y al contrario, los empleadores tienen el capital económico y financiero. Por eso, la relación laboral es, por esencia, desigual. El propio contrato de trabajo, de manera distinta del contrato civil, es de crear una relación de subordinación

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Mención honrosa de concurso universitario.

entre el trabajador y el empleador. Cuando el asalariado firma el contrato de trabajo, acepta subordinarse al contratante, es decir, a su empleador. Pero esta aceptación no es la misma que la de derecho civil. En efecto, trabajar es una necesidad. El contrato de trabajo tiene un objetivo social, a diferencia del contrato civil: el de asegurar medios de supervivencia al trabajador y a su familia. Por eso, si la relación de subordinación propia a la relación laboral es necesaria, también hay que protegerla a fin de evitar abusos, y de manera excesiva, la esclavitud. Hay que encontrar un equilibrio. Y uno de los instrumentos que existen para lograr este objetivo es la negociación colectiva. En efecto, para salir de la desproporción económica entre el trabajador y el empleador, hay que pasar por el colectivo. Es cierto que más numerosos, los trabajadores son más poderosos que cuando son solos, delante de su empleador: el que permite al asalariado sobrevivir.

Toda negociación se puede definir como una serie de entrevistas e intercambios a fines de llegar a un acuerdo, mientras que el colectivo corresponde a un conjunto de personas o de cosas. Así, la negociación colectiva se define como una serie de entrevistas entre dos grupos de personas cuyos los intereses son antagonistas (aquí los trabajadores y sus representantes por un lado, y los empleadores de otro lado), con vistas a llegar a un acuerdo. Según el jurista peruano Alfredo Villavicencio Ríos, “la función unitaria de la negociación colectiva es la de ser un instrumento para la composición tendencialmente equilibrada del conflicto entre trabajadores y empleadores”. En efecto, es gracias a la negociación colectiva que la repartición entre el capital de una parte, y el trabajo por otra parte, puede ser equilibrada. El empleador busca beneficios máximos, con una inversión mínima (inversión financiera, tecnológica, y humana); aunque el trabajador quiere trabajar lo menos posible y ganar el máximo de dinero. Estos dos intereses no son compatibles. Por eso hay que encontrar un consenso.

Pero hay que plantear la cuestión de saber a quién corresponde el papel de buscar este equilibrio: ¿al legislador, o a los interlocutores sociales? Recordemos que la ley promulga el derecho en vigor en un Estado de derecho. Y el derecho es el instrumento de una sociedad para alcanzar a la justicia. Uno de los papeles del derecho en una sociedad es de promover la justicia y la paz social. Por lo que es de los interlocutores sociales, su objeto es la protección y la reivindicación de los derechos de los que representan. Por ejemplo, los sindicatos obreros defienden los derechos sociales que ya tienen, y tratan de obtener nuevos. Por consiguiente, pertenece al legislador el papel de definir las normas y las reglas de repartición entre el capital y el trabajo, en relación con los representantes de los trabajadores y de los empleadores. La ley tiene que definir el mínimo legal del derecho laboral, con vistas de proteger, de manera abstracta y general, los trabajadores. Pero la riqueza jurídica del derecho

laboral es que está compuesto de normas heterónimas, productos por el legislador, pero también de normas autónomas. Primero, en el caso de inaptitud del legislador, la autónoma colectiva de los interlocutores sociales permite llenar el vacío o la insuficiencia jurídica. Por eso, el derecho laboral es, en potencia, un derecho democrático. Segundo, la negociación colectiva permite tomar en cuenta las especificidades de la rama o del gramo en el cual se negocia, lo que no puede hacer una ley que, por definición, es general y abstracta. El riesgo es que según la coyuntura económica, social, las fuerzas sociales sean desiguales, y por consiguiente que el objetivo de la negociación colectiva no sea logrado, o peor, que el producto de la negociación desfavorece los derechos de los trabajadores. Por eso, antes todo derecho de la negociación colectiva, el papel del legislador es definir el mínimo legal que permite una repartición justa y equilibrada entre los intereses laborales y empleadores.

El tema de este artículo es cómo las legislaciones peruana y francesa rigen la negociación colectiva en materia laboral. Lo que nos interesa aquí solo es lo que prevea la ley en cada uno de estos dos países. No se trata de una investigación sobre el contenido del fruto de la negociación colectiva: el convenio colectivo. Por supuesto, negociación colectiva y convenio colectivo son atados, pero el objeto de este artículo es saber que plaza las legislaciones peruana y francés acuerdan a la negociación colectiva, y por consiguiente, en qué medida la protección de los derechos de los trabajadores está asegurada, en una época de crisis económica internacional.

La comparación entre la ley francesa y peruana es interesante por al menos dos elementos. Primero, al nivel jurídico, el derecho laboral francés es más viejo que el peruano. La legislación laboral francesa goza de años y siglos de construcción. Se puede observar con la existencia en Francia de un código del trabajo cada vez más complejo, mientras que el Perú no tiene código laboral. Así, se podía pensar que el derecho laboral francés es más completo y garante de los derechos de los trabajadores. Por una parte es verdadero, pero por lo que es de la negociación colectiva, hay que relativizar esta afirmación. La legislación laboral francesa actual no favorece los intereses de los trabajadores. Es un punto común con el Perú. Segundo, los dos países no tienen un desarrollo económico igual. Francia es un país rico aunque el Perú es un país “en vía de desarrollo”. Esta dimensión económica es importante porque el derecho es vinculado con la economía, y de manera más amplia, con la sociedad en la cual se construye. Entonces, las legislaciones tienen que adaptarse con el contexto económico y social para ser las más eficaces. Por ejemplo, respecto a la negociación colectiva, hay que tomar en cuenta el hecho que en el Perú existen más pequeñas empresas que en Francia. Es importante para determinar quién puede negociar, y sobre que... Pero la diferencia económica tampoco

puede ser un argumento para justificar una legislación desigual e injusta. Al final, siempre es una cuestión de voluntad política y de elección de sociedad.

¿Cómo las legislaciones peruana y francesa rigen el derecho de la negociación colectiva? Existen similitudes y diferencias. Pero lo que tienen en común es que las leyes actuales no favorecen los intereses de los trabajadores y de sus representantes: los sindicatos. El derecho de la negociación colectiva se divide en dos partes: el dominio de la negociación colectiva (I), y los niveles de la negociación colectiva (II). Hay que comparar las dos legislaciones en estas dos partes.

I. EL DOMINIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS LEGISLACIONES PERUANA Y FRANCESA

Con vistas a estudiar el dominio de la negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa, hay que conocer las fuentes del derecho de la negociación colectiva en estos dos países (A), y el contenido de aquella negociación (B).

A) Las fuentes del derecho de la negociación colectiva en ambas legislaciones

Las fuentes del derecho de la negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa son las mismas. Existen fuentes internas (1) e internacionales (2). Pero se puede observar que el derecho internacional, con los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, tiene un papel diferente en los dos ordenamientos jurídicos. En efecto, mientras que en Francia, las normas sociales internacionales existen en complementariedad de las leyes, en el Perú, estas normas internacionales pueden permitir llenar una carencia legislativa.

1. Fuentes internas

En las dos legislaciones, la Constitución (a) y la ley (b) definen el derecho de la negociación colectiva.

a) La Constitución

En el Perú como en Francia, la Constitución, en la cumbre del sistema de jerarquía de las normas, asegura que todos tienen el derecho y el deber de trabajar. Según el artículo 22 de la Constitución peruana, “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; mientras que el preámbulo de la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946, que hace parte del bloque de constitucionalidad, dispone que: “Cada uno tiene el derecho de trabajar

y el deber de obtener un empleo”. De la misma manera, los dos textos prevén que los trabajadores tienen el derecho de defender sus derechos, aún las redacciones son diferentes. En efecto, la Constitución peruana dispone que: “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo” (art. 23), y “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”. (art. 28). Por lo que es de la Constitución francesa, el preámbulo de la Constitución de 1946 dispone: “Todo Hombre puede defender sus derechos y sus intereses por la acción sindical y adherirse al sindicato que el elige”. Se nota la diferencia en la redacción de los dos textos: en el peruano, el Estado es el sujeto, mientras que en el francés, el sujeto es el trabajador. Esta diferencia no es anodina, y revela qué concepción tiene cada legislación de la negociación colectiva, o sea, a quién pertenece el papel de mejorar los derechos sociales de los trabajadores. En uno, el Estado tiene que intervenir, y en el otro, son los interlocutores sociales los que tienen que intervenir. Es la distinción norma heterónima / norma autónoma.

b) La ley

El punto común entre las dos legislaciones es que los sindicatos no sacan su poder de negociación de la Constitución sino de la ley. En efecto, por lo que es del Perú, es la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) en vigor, en su artículo 41, que define el poder de negociación colectiva de los representantes de los trabajadores: “Una Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de estas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores”. En el caso de Francia, es el artículo L 2221-1 del código del trabajo que dispone: “El libro presente es relativo a la determinación de las relaciones colectivas entre empresarios y asalariados. Define las reglas según las cuales se ejerce el derecho de los asalariados en la negociación colectiva del conjunto de sus condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo así como de sus garantías sociales”.

Además de las fuentes internas existen fuentes internacionales.

2. Fuentes internacionales

La fuente internacional más importante es la normativa de la OIT (a), pero también existen normas internacionales sociales en otros instrumentos jurídicos internacionales (b).

a) La OIT

El artículo 2 del Convenio OIT N° 154 señala que el convenio es suscrito “con la finalidad de a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre trabajadores y empleadores y c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones de trabajadores y una organización o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores para lograr todos estos fines a la vez”. Para lograr este objetivo, la OIT ha adoptado convenios y ha emitido recomendaciones. Pero su efectividad en las legislaciones peruana y francesa no es la misma. Sobre la negociación colectiva de trabajo, la OIT ha aprobado los Convenios N°s 87 y 98 sobre “la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” y sobre “la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva” (ratificados por el Perú en 1959 y en 1963, y por Francia en 1951). Este último tiene por objeto tratar el procedimiento de la negociación colectiva, las garantías del ejercicio del derecho sindical entre empleadores y trabajadores, la protección de la libertad sindical de los trabajadores, la garantía de los trabajadores contra todo acto discriminatorio, la garantía contra la injerencia del empleador y/o el Estado en los asuntos propios de la organización sindical, objetivos necesarios para asegurar el normal desenvolvimiento de las negociaciones colectivas de trabajo. El Convenio N° 154 habla que la negociación colectiva de trabajo es bilateral, autónoma y libre (convenio no ratificado por el Perú y Francia). Sobre las recomendaciones, se tiene la N° 163, igual que el Convenio N° 143, que expresan la necesidad de ahondar la negociación en los principios básicos del deber de negociar, de hacerlo de buena fe, así como el derecho de información. Versa, igualmente, sobre el nivel de negociación, el que puede presentarse por rama de actividad, industria y para varios niveles. Habla también sobre el deber de información; en fin, sobre la libertad de la negociación. Las N°s 135 y 143 sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en las negociaciones colectivas. La N° 91 habla sobre el alcance de la negociación colectiva y su extensión.

La asimilación de las normas internacionales sociales producidas por la OIT no es la misma en el Perú y en Francia. En efecto, Francisco Gómez Valdez (Derecho del trabajo, relaciones colectivas del trabajo) recuerda

que la asimilación de la normativa de la OIT en el Perú “ha sido de grave imperfección”. Aunque el Estado ha ratificado los convenios 87 y 98, considerados como convenios fundamentales, en los hechos, el derecho de la negociación colectiva en el Perú es imperfecto, y los órganos de control de la OIT han conocido numerosas quejas por parte de los representantes de los trabajadores. En 1951, el Comité de la libertad sindical fue instituido, encargado de examinar las quejas sobre las violaciones de los principios de la libertad sindical, aún el Estado en causa no ha ratificado los convenios interesados. Desde su creación, el Comité ha conocido 108 casos en el Perú, 18 están en seguimiento y 9 otros están activos. La última queja fue presentada por la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP), el 26 de julio de 2010. Recientemente, el Comité ha llamado de manera particular la atención del Consejo de Administración de la OIT, sobre la queja presentada en agosto de 2008 por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMSP), que alega que como consecuencia de la declaración de ilegalidad de una huelga por parte de la autoridad administrativa se efectuaron numerosos despidos de dirigentes sindicales y sindicalistas en el sector minero; asimismo, alega que en este contexto fueron asesinados dos sindicalistas. Sin embargo, aunque la legislación peruana no garantiza de manera eficaz la aplicación de los convenios de la OIT, se puede observar que existen casos en los cuales el Comité de la libertad sindical tiene una influencia cierta. Por ejemplo, el caso N° 2689, queja presentada por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) el 2 de diciembre de 2008, caso en el cual el sindicato alegaba que empresas en el sector telefónico negaban de negociar colectivamente con una federación representante de sindicatos. Bajo las observaciones del Comité, el gobierno ha cancelado las decisiones administrativas favorables a las empresas y ha reconocido el derecho de la federación a negociar directamente con las empresas. Por lo que es de Francia, el Comité ha conocido 42 casos, y 2 están activos. El último fue presentado por la Confederación General del Trabajo (CGT) el 2 de diciembre de 2009. Un caso interesante es el N° 2457 en el cual el sindicato francés la CGT alegaba la violación de los convenios 87 y 98 por un decreto. Antes que el Comité dé observaciones sobre el caso, el Consejo de Estado había anulado el decreto, anticipando la sanción de la OIT. Entonces, los casos conocidos por el Comité revelan una asimilación diferente de la normativa de las normas internacionales sociales en las legislaciones peruana y francesa: en el Perú el Estado reacciona después de las observaciones mientras que las jurisdicciones francesas ajustan de manera preventiva su jurisprudencia a lo que pudiera decir la OIT.

b) Otras fuentes internacionales

Las Naciones Unidas no se ocupan de cuestiones laborales en cuanto tales y, en un acuerdo que concluyeron en 1946 con la OIT, reconocieron a esta como organismo especializado al que incumbe emprender las acciones que considerara apropiadas para el cumplimiento de los objetivos previstos en su Constitución. No obstante, las Naciones Unidas han adoptado normas y principios que también se refieren a cuestiones laborales, en particular a los derechos sindicales, esencialmente en el marco de los instrumentos relativos a los derechos humanos. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (ratificada por el Perú y Francia), y posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, y el Pacto y Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, han consagrado derechos y libertades que son indispensables para el libre ejercicio de los derechos sindicales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya influencia moral está fuera de duda, establece, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas (art. 20.1), así como derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art. 23.4). Los Pactos mencionados, que entraron en vigor en 1976, contienen disposiciones sobre el derecho de asociación, en particular el de fundar sindicatos, y sobre el derecho de huelga. Conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la OIT informa al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) acerca de los progresos realizados en lo que concierne al cumplimiento de las disposiciones del Pacto que corresponden a su campo de actividades. El Consejo de Administración ha confiado esta tarea a la Comisión, la cual ha examinado la situación existente en ciertos Estados Partes, sobre todo en lo que se refiere a la aplicación de los artículos pertinentes del Pacto.

Una vez conocidas las fuentes del derecho de la negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa, hay que estudiar quién negocia y sobre qué en los dos países.

B) El contenido de la negociación colectiva

Antes de saber sobre qué temas se puede negociar en las dos legislaciones (2), hay que saber quién puede negociar (1).

1. Los actores de la negociación colectiva

En las dos legislaciones los empleadores pueden intervenir a título individual cuando la negociación colectiva es promovida en la empresa, o pueden intervenir en conjunto a una organización cuando se trata de una negociación al nivel de la rama de actividad o del gremio. En los dos países también

los trabajadores como los empleadores pueden ser asesorados por abogados y otros profesionales del derecho. Más complejo es la representación de los trabajadores. Los sistemas peruano y francés son ambos basados sobre el principio de la mayoría: lo que es buscado por ello es la representatividad de las organizaciones sindicales, con vistas de producir un convenio colectivo que responda a los intereses de la mayoría de los trabajadores. Por eso son legislaciones democráticas. Sin embargo, la legislación francesa se presenta más compleja que la peruana. Hay que distinguir la representación de los trabajadores en la rama de actividad (a) de la representación en la empresa (b).

a) La representación de los trabajadores en la rama de actividad o gremio

Las legislaciones peruana y francesa prevén la constitución de organizaciones sindicales en el ámbito de la rama de actividad o gremio, que en ambos países son definidos como la reagrupación de empresas del mismo sector de actividad (por ejemplo la construcción civil). Los sindicatos pueden constituirse en federación (conformada por no menos de dos sindicatos) y en confederación que agrupa a no menos de dos federaciones. Por lo que es de la clasificación de las organizaciones sindicales según un criterio jerarquía, no hay muchas diferencias. Sin embargo, las legislaciones son diferentes para determinar qué sindicato tiene el derecho de negociar al nombre de los trabajadores de la rama de actividad.

En el Perú, el artículo 14 de la LRCT dispone que para constituir un sindicato en el ámbito de la rama de actividad, hay que afiliar por lo menos cincuenta trabajadores del sector de actividad. Tiene la representación “la organización sindical o conjunto de ellas de la rama correspondiente” (artículo 47 de la LRCT). Si hay un solo sindicato o una sola federación, le corresponderá la representación a uno u otro, de tener afiliados a la mayoría absoluta de trabajadores (artículo 9 de la LRCT); de existir varios sindicatos o federaciones, le correspondería la representación a la que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores en la actividad o el gremio. O sea, para que un sindicato pueda negociar, tiene que representar al menos el 50% de los trabajadores de la rama de actividad o del gremio (aunque los interlocutores sociales puedan fijar un otro cuántum). Lo que tiene consecuencias inexistentes en el sistema francés. En efecto, la LRCT prevé que al no alcanzar el cuántum exigido, el convenio colectivo se podrá aplicar solo a los asalariados afiliados a la organización firmante, mientras que en la legislación francesa, basta cumplir los requisitos para que la norma colectiva se aplique a todos los trabajadores, aún no están afiliados a la organización negociadora. Es lo que dispone el art. 46 de la LRCT: “Para que el producto de una

negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas. En caso no se cumplan los requisitos de mayoría señalados en el párrafo anterior, el producto de la negociación colectiva tiene una eficacia limitada a los trabajadores afiliados a la organización u organizaciones sindicales correspondientes”. Además, el artículo 9 de la LRCT prevé que de no contar algún sindicato o federación con la mayoría absoluta, todos los sindicatos ejercerán esa representación, proporcionalmente al número de sus afiliados. De no haber acuerdo, cada organización sindical representa únicamente a los trabajadores comprendidos en su ámbito. Es una concepción original de la naturaleza jurídica del convenio colectivo. En efecto, el propio de la norma negociada es que sus destinatarios son todos los trabajadores del ámbito en el cual ocurrió la negociación, ya que la negociación colectiva existe para mejorar los derechos de los asalariados. Los artículos citados tienen por consecuencia que en la misma rama de actividad, ciertas empresas gozarán de mejoras sociales, mientras que en otras no. Entonces, ciertos empresarios tendrán un costo social más importante que otros, lo que, al final, puede disuadir de negociar.

En Francia, la representación de los trabajadores fue redefinida por la ley del 20 de agosto de 2008 sobre la renovación de la democracia social. Esta ley ha cambiado el paisaje de la acción sindical francesa con una gran novedad: un criterio de audiencia electoral. Desde ahora, para negociar, un sindicato tiene que ser “representativo”. Por eso tiene que cumplir 7 requisitos legales, imperativos, acumulativos y limitativos. Se trata de: 1) La obligación de respetar los valores republicanos (la prohibición de sindicatos racistas por ejemplo), 2) El criterio de transparencia financiera, 3) La independencia del sindicato frente al empleador, 4) El criterio de la antigüedad (2 años), 5) La influencia del sindicato “prioritariamente caracterizado por la experiencia y la actividad”, 6) El criterio del efectivo y de las cotizaciones, y 7) El más importante: el criterio de la audiencia electoral. Este último criterio supone que el sindicato, en las últimas elecciones profesionales, ha cumplido al menos un 8% del sufragio en la empresa, y un 10% en la rama de actividad. Además, la ley subordina la validez del convenio colectivo al hecho de que el sindicato firmante del acuerdo representa al menos un 30% del sufragio. Dos sindicatos pueden unirse para lograr el cuántum requisito.

A la diferencia del sistema peruano, el sindicato no tiene que representar al mínimo un 50% de los trabajadores para que el producto de la negociación se aplique a todos. El umbral de 50% no fue adoptado por el legislador porque parecía demasiado apremiante. En efecto, el objetivo del criterio electoral es determinar los sindicatos capaces de negociar al nombre de los que representen. Pero este requisito no debe ser un obstáculo a la libertad fundamental de negociación colectiva previsto por los convenios 87 y 98 de la OIT.

b) La representación de los trabajadores en la empresa

El artículo 14 de la LRCT dispone que para constituir un sindicato en una empresa, hay que afiliar por lo menos 20 trabajadores. En la empresa interviene, como una de las partes, el conjunto de trabajadores organizados, ya en una organización sindical, ya coligados solo para este efecto si no tienen organización sindical. Las organizaciones sindicales participan en la negociación colectiva de pleno derecho, ejerciendo una facultad inherente a la personalidad sindical. La representación de los trabajadores corresponde al sindicato si hay uno (artículo 47 de la LRCT). De la misma manera que en la rama de actividad, la legislación prevé que para que el convenio sea aplicable a todos los trabajadores de la empresa, el sindicato tiene que representar la mayoría de estos (Regl. del TUO de la LRCT, artículo 4). Si hay varios sindicatos el sindicato mayoritario representará a los trabajadores (TUO de la LRCT, artículo 9). La representación puede también corresponder al conjunto de sindicatos: si existen varios sindicatos en la empresa, pueden ejercer conjuntamente la representación de los trabajadores. Determinan la forma de representación, y en el caso de desavenencia, cada sindicato representa sus afiliados (artículo 9 de la LRCT). La representación puede corresponder a la delegación de los trabajadores si no hay sindicato, es decir a “los representantes expresamente elegidos por mayoría absoluta de trabajadores” (artículo 47 a) de la LRCT). En fin, la federación de los trabajadores de la empresa puede representar a los trabajadores de la empresa (artículo 8 a, b, de la LRCT, Const. artículo 54). En todo ámbito, en el caso peruano, el artículo 47 prevé que la representación de los trabajadores estará a cargo de una comisión de negociación compuesta de dirigentes sindicales (artículo 47 TUO de la LRCT).

Por lo que es de la Francia, en principio, la representación de los trabajadores en la empresa corresponde al delegado sindical. Sin embargo, el código del trabajo impone requisitos de umbral: el delegado sindical solo puede negociar en las empresas en las cuales hay por mínimo 50 asalariados. En este caso, además de cumplir con los requisitos para ser

reputado como “sindicato representativo”, el sindicato tiene que representar por el menos el 30% de los trabajadores. Si existen varios sindicatos en la empresa, pueden unirse para alcanzar al quórum exigido. Esta obligación, impuesta por la nueva ley sobre la renovación de la democracia social tiene consecuencias nefastas por el sindicalismo. En efecto, desde su vigencia, los sindicatos tienen que unirse a costa de otros sindicatos, lo que al final, divide los sindicalistas. En las empresas de menos de 50 trabajadores, y en las empresas de más 50 trabajadores pero en las cuales no hay delegado sindical (por razones de hecho o de derecho: ningún trabajador quiere ser delegado sindical, o ningún sindicato cumple los requisitos), el legislador ha previsto que los representantes de los trabajadores pueden negociar. La ley impone una jerarquía. Primero, hay que privilegiar la negociación con los representantes elegidos de la plantilla. Ellos podrán negociar en el caso de ausencia de delegado sindical, bajo tres condiciones: 1) solo se tratan de las empresas con menos de 200 trabajadores; 2) el o los firmantes tienen que representar al menos el 50% del sufragio cuando las últimas elecciones profesionales; y 3) el representante elegido solo puede negociar sobre medidas cuya puesta en ejecución es subordinada por la ley a un convenio colectivo. Luego, se puede negociar con un asalariado comisionado por una organización sindical representativa en el ámbito de la rama de actividad cuya pertenece la empresa. Esta negociación solo ocurre en las empresas de más de 200 trabajadores y en las empresas con menos de 200 trabajadores pero en las cuales no hay representantes elegidos de la plantilla. El acuerdo firmado por el asalariado comisionado tiene que ser aprobado por la mayoría de los trabajadores de la empresa. En fin, si no hay delegado sindical, si no hay representantes elegidos de la plantilla y tampoco hay asalariado comisionado, la representación de los trabajadores corresponderá al nuevo representante de la sección sindical de la empresa: se trata del representante de un sindicato no considerado como “representativo” ya que no cumple con los 7 requisitos pero con solo 3 excluido él de la audiencia electoral, o que está afiliado a un sindicato “representativo” sobre el plano nacional. Es un sucedáneo del delegado sindical: puede negociar pero tiene poderes limitados. Es muy criticado por la doctrina francesa (por ejemplo por el profesor Antonio Mazeaud).

Así, los actores de la negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa son semejantes. En ambos casos se busca la representatividad y la legitimidad de las organizaciones sindicales, o sea, que el convenio colectivo responde a los intereses de la mayoría de los trabajadores del ámbito en el cual ocurre la negociación colectiva. En su esencia,

es democrático. Sin embargo los umbrales son diferentes. Mientras que la LRCT en el Perú fija un quórum de 50%, el código del trabajo lo fija a 30%. El riesgo es de impedir de hecho la negociación colectiva, y este riesgo se realice en el Perú: durante la vigencia de la LRCT, ninguno convenio colectivo por rama de actividad o gremio fue firmado. Precisamente, hay que estudiar el contenido de la negociación colectiva en ambas legislaciones.

2. El contenido de la negociación colectiva

Las leyes francesa y peruana no prevén el mismo contenido negociable en las negociaciones colectivas (a), y en los hechos, se puede observar que el contenido es casi el mismo (b).

a) El contenido previsto por ambas legislaciones

En el Perú, es la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) en vigor, en su artículo 41, que prevé el contenido de la negociación colectiva: “Una Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás”. En el caso de Francia, el artículo L 2221-1 del código del trabajo dispone que *la* negociación colectiva trata de “condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo así como de sus garantías sociales”.

Por consiguiente, aunque en el Perú, se puede negociar sobre las remuneraciones, las condiciones de trabajo, de productividad y “demás”, en Francia se puede negociar sobre las condiciones de empleo, de formación profesional, de trabajo, y las garantías sociales. Induce observaciones. Primero, por lo que es del caso francés, la jurisprudencia tuvo dificultades para determinar lo que se puede entender por “garantías sociales”. La pregunta era: ¿se puede negociar sobre el derecho de huelga? Hasta una sentencia del 7 de junio de 1995, la Corte de Casación (corte suprema en el dominio del derecho privado) y el Consejo de Estado (Corte suprema en el dominio del derecho público) contestaban que sí se puede. Hoy día la cámara social de las dos jurisdicciones aceptan la negociación colectiva sobre las condiciones de conflictos colectivos, pero prohíben a los interlocutores negociar sobre el tema de la huelga. Segundo, por lo que es del caso peruano, el legislador parece muy impreciso: ¿que significa “demás”? Significa que los representantes de los trabajadores pueden negociar con los empleadores sobre todo los otros temas en respecto con el derecho laboral, incluido los derechos sindicales, la huelga... o hay limites? El legislador no precisa, lo que puede ser peligroso por el respeto de los derechos fundamentales del trabajador.

b) El contenido de la negociación colectiva en los hechos

En los hechos, los temas negociados en el Perú y en Francia son diferentes. En efecto, aunque en ambos países, el tema de los salarios es redundante, los otros temas negociados no son los mismos. Por lo que es de la remuneración, las estadísticas demuestran que en 2005, en el Perú, el 98% de las cláusulas de los convenios trataba de los salarios, mientras que en Francia, en 2009, el 94% de los acuerdos trataba de los salarios. Pues, este tema es el más negociado por los interlocutores sociales tanto en el Perú como en Francia. Pero es el solo punto común. Después, los sindicatos negocian sobre la jornada laboral (el 10% de las cláusulas en 2005 en el Perú, mientras que representa un 54% de los acuerdos en Francia), la formación (un 10% de las cláusulas en el Perú, y un 70% en Francia), la seguridad y la salud (un 5% en el Perú, y un 89% en Francia). Por fin, un 75% de las cláusulas de los convenios en el Perú en el mismo año 2005 trataba de bonificaciones especiales. Por consiguiente, existen diferencias importantes en el contenido negociado en ambos países. Se puede observar que el abanico de los temas negociados es más amplio en Francia que en el Perú. Y no obstante, la legislación peruana no es más estricta que la francesa ya que la LRCT prevé que se puede negociar sobre todos los temas laborales (con su “y demás”...). Las razones de tales diferencias son estructurales y económicas. En efecto, la legislación peruana dispone que para negociar en el ámbito de la empresa, por el menos 20 trabajadores tienen que afiliarse a la organización sindical. Pero en 2007, situación semejante a la de 2005, las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática peruano demostraban que un 82,8% de las empresas peruanas eran microempresas (es decir de 2 a 5 trabajadores), y otro 10% representaba empresas de 6 a 9 trabajadores. Así, la mayoría de los trabajadores peruanos no tienen acceso al derecho de la negociación colectiva. Lo que quiere decir que los convenios colectivos no pueden responder a las necesidades laborales como las condiciones de un empleo decente: la salud y la seguridad, la formación, la jubilación... Otra razón de la debilidad de la negociación en el Perú, la importancia del número de trabajadores sin contratos o con contratos a modalidades. En efecto, en 2007, un 62,6% de los asalariados privados eran sin contrato. Por consiguiente, no hacían parte de la plantilla de la empresa, pues el umbral de 20 trabajadores no puede ser alcanzado. Además, solo 10,1% de los asalariados privados eran contratados de manera indeterminada. Lo que quiere decir que todos los otros contratos son a modalidad. El problema es que estos tipos de contratos, en la mayoría de los casos, impiden de hecho la sindicación y la negociación ya que los trabajadores no están ciertos de

ser contratados una vez más al fin del contrato, lo que les disuade de afiliarse a un sindicato para proteger sus derechos. Por estas razones, en el año 2005, en el Perú, solo 7,38% de los trabajadores estaban cubiertos por la negociación colectiva. Lo que quiere decir que todo el resto de la población económica activa se contentaban de los mínimos legales. De tal manera que en el Perú, la negociación colectiva no permite lograr su objetivo que es mejorar los derechos de los trabajadores según sus necesidades propias en el ámbito en el cual se negocia el convenio. Sin embargo, aunque en Francia el abanico de los temas negociados es más amplio, las leyes sucesivas relativas al nivel de negociación favorecen de hecho al empresario, a costa de los trabajadores.

Para concluir esta parte, se puede observar que existen similitudes y diferencias entre ambas legislaciones sobre el dominio de la negociación colectiva. Primero, la estructura del dominio de la negociación colectiva en los dos países es semejante ya que ambas legislaciones tienen fuentes, actores, y temas de negociación semejantes. Pero estas similitudes se pueden explicar por el carácter sociológico del derecho laboral: en efecto, al contrario del derecho civil, el derecho laboral se construye sobre la realidad del mundo del trabajo. Así, es necesario que los trabajadores sean representados (por sindicatos o representados elegidos) si son demasiado numerosos; el contenido de la negociación responde a necesidades cotidianas del trabajo. Sin embargo, existen diferencias importantes entre los dos países. La representación de los trabajadores y el contenido de la negociación colectiva son más complejos y más definidos en la legislación francesa que la peruana, lo que permite una negociación más interesante y por consiguiente más justa. Pero hay que estudiar los niveles de la negociación colectiva en ambas legislaciones para observar que el caso francés se acerca del caso peruano sobre un plan: las legislaciones favorecen el poder de negociación del empleador.

II. LOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS LEGISLACIONES PERUANA Y FRANCESA

Ambas legislaciones prevén niveles específicos de negociación colectiva (A), y criterios para articular normas negociadas y normas estatales (B).

A) Los niveles de negociación previstos

Aunque las legislaciones peruana y francesa favorecen la negociación al nivel de la empresa, la negociación en rama de actividad o al nivel nacional es más frecuente en Francia que en el Perú (1), lo que tiene consecuencias sobre los derechos de los trabajadores (2).

1. El nivel de empresa privilegiado en ambas legislaciones

Aunque ambas legislaciones favorecen la negociación en el ámbito de la empresa (a), la negociación en rama de actividad o al nivel nacional es más evidente en Francia (b).

a) La negociación colectiva en el ámbito de la empresa

El TUO de la LRCT dispone que el ámbito de la negociación colectiva “será el que las partes acuerden” (art. 44). La norma indicada expresa también: “Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior (empresa, actividad o gremio), las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo la negociación se llevará a nivel de empresa” (art. 45). “De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de las partes” (art. 45). “De existir un nivel de negociación en determinada rama de actividad esta mantendrá su vigencia” (art. 46). Quiere decir que por el TUO de la LRCT se ha conferido a los empleadores la facultad de fijar el nivel de la negociación colectiva, puesto que depende de ellos acordarlo. En consecuencia, si un sindicato o una federación por rama de actividad o gremio promueven una negociación colectiva en representación de los trabajadores de las empresas de esa actividad o gremio, y los empleadores o la organización de empleadores niegan a negociar, no es posible la negociación a ese nivel; lo que obliga a cada organización sindical de empresa a presentar por separado su pliego de reclamos. Ello significa que, en realidad, se ha suprimido el derecho de negociar colectivamente de las federaciones y sindicatos de rama de actividad, y que, contradictoriamente, ese derecho ha sido transferido a los empleadores o a sus organizaciones, situación que alcanza caracteres aberrantes en las actividades en las que es imposible materialmente la existencia de sindicatos de empresa por la naturaleza o la modalidad del trabajo, como por ejemplo en las empresas con menos de veinte trabajadores (Jorge Rendón Vásquez, en su Derecho del trabajo colectivo), observa que el antecedente legislativo inmediato de las reglas del TUO de la LRCT es la legislación chilena del gobierno de Pinochet, cuya primera expresión fue el “Plan de trabajo” aprobado por el D. Ley N° 2756, del 29/6/1979).

Por lo que es de la legislación francesa, hasta 2004 había que favorecer la competencia de los niveles, permitiendo a todos los actores de todos los niveles negociar sobre la misma cosa, y reteniendo solo la norma más favorable, así mejorando los derechos de los asalariados. La competencia de los niveles y el principio de favor hacían que habría siempre mejoras

para los asalariados. Esquema puesto en un estado lastimoso por la ley de 2004. Este Ley modifica el esquema de una competencia a todos los niveles de producción. Se da prioridad a los acuerdos de empresa. Antes de 2004 había competencia, en 2004 la lógica cambia y pasamos al principio de prioridad dado a los acuerdos de empresa. Esto quiere decir que cuando se tiene sobre la misma cuestión competencia entre un acuerdo de empresa y un acuerdo de rama, desde la ley de 2004 es el acuerdo de empresa que se aplica, sea o no favorable. Sistema fundado sobre el principio de proximidad (de la norma con su campo de aplicación). Esta regla sostiene dos excepciones: hay ciertas cuestiones sobre las cuales los acuerdos de empresa no pueden prever disposiciones menos favorables (salarios mínimos, garantizadas por previsión). La segunda excepción: esta regla de prioridad puede ser apartada por un acuerdo de rama, supletivo, o sea que los interlocutores sociales pueden al nivel de la rama decidir que en su rama los acuerdos de empresa no serán prioritarios, pueden pues restablecer el principio de favor anterior 2004. Los interlocutores sociales pueden optar por un sistema nacido del derecho anterior 2004. La ley del 20 de agosto de 2008 fue más lejos. Primero en su aspecto democracia social, ella acompaña este movimiento legal de báscula de un sistema de competencia a un sistema de prioridad, a través del fortalecimiento de la legitimidad de los sindicatos, particularmente en la empresa a través de la redefinición de los criterios de calidad de representativo. Sobre todo, hay el segundo aspecto de la ley del 20 de agosto de 2008, en materia de jornada laboral, la ley fue más lejos todavía en tres casos, ya que en estos casos es más un sistema de prioridad a los acuerdos de empresa, pero en un sistema de subsidiariedad invertida, es decir que en el sistema de la ley de 2004 los acuerdos de empresa pueden contravenir a los acuerdos de rama, o sea de los que pueden disponer menos favorablemente, mientras que en el sistema Ley de 2008 desde que hay un acuerdo de empresa, el acuerdo de rama no puede más aplicarse, esto no es más una cuestión de competencia o de complementariedad, es que el acuerdo de empresa fija las reglas, entonces las normas negociadas al nivel de la rama son excluidas del debate. Ningún acuerdo de rama en la ley de 2008 puede decir lo contrario, mientras que estuvo previsto con la ley de 2004. Vamos poco a poco hacia más autonomía de la empresa. No obstante, la legislación francesa permite la negociación colectiva al nivel de la rama, más que en el caso peruano.

b) La negociación colectiva en los otros niveles

Mientras que en el Perú, desde la vigencia de la actual ley LRCT, no ha sido posible concluir convenciones colectivas de trabajo al nivel de la

rama, en Francia, en 2009, 1161 convenios colectivos fueron concluidos al dicho nivel, que sean nacionales, regionales o locales. Estas cifras son vinculadas al estado de la negociación colectiva en el Perú. En efecto, según los datos del MTPS, se puede apreciar que los pliegos de reclamos presentados a nivel nacional muestran una tendencia decreciente en forma constante (el número de pliegos de reclamos presentados en el 2001 con respecto a 1990 se redujo 73.6%), esta misma tendencia se aprecia en los Convenios Colectivos, lo cual se evidencia en el número total de convenios registrados que presentó en el 2001 una variación negativa de 76.3% con respecto a 1990.

Desde la ley de 2004, en Francia, hay en el código del trabajo disposiciones específicas al acuerdo interprofesional nacional. Se hizo el nivel privilegiado de los interlocutores sociales, desde la ley de 2007, ley de modernización de Diálogo social, que impone al gobierno antes de depositar en la oficina del Congreso un proyecto de Ley que interesa a los interlocutores sociales, de coger estos de una demanda para saber si desean apoderarse del proyecto, si el gobierno les deja a los representantes de los trabajadores y de los empleadores el tiempo de negociar. Es decir, la ley hace del escalón profesional un tipo de alternativa a su propia competencia, lo que es un no sentido. La ley no puede forzar el gobierno. Hay una voluntad de los poderes públicos de insistir en la negociación con los interlocutores sociales. La inmensa mayoría de las grandes reformas legislativas han sido precedidos por una negociación interprofesional: el sistema del paro ASSEDIC UNEDIC, la 4^a semana de vacaciones pagadas... Ahora bien, en los hechos, el gobierno deja los interlocutores negociar sobre el tema pero al final, no está obligado a retomar lo dispuesto por los representantes sociales. Por lo que es del desarrollo de la negociación la ley de 2008 modifica la legislación vigencia. En lo sucesivo, la ley subordina la validez del acuerdo interprofesional al hecho de que uno o varios signatarios del acuerdo representan por lo menos el 30% de las vías asalariados medido al nivel nacional interprofesional. Esta exigencia de una audiencia mínima se añade al derecho de oposición mayoritaria, pero la noción de mayoría cambió: en 2008, es una mayoría por audiencia, lo que cambia todo ya antes de 2008, el sindicato más pequeño tenía la misma importancia que el sindicato más representativo.

El nivel de rama es el nivel privilegiado en Francia. Cada año unos 1000 convenios son concluidos en ese nivel. Las condiciones de su desarrollo son las mismas que en la negociación nacional. Tiene un inconveniente: el acuerdo que se va a concluir al nivel de la rama se aplicará solo en las empresas de la organización patronal signataria. Pues en la rama va

a tener allí un régimen a dos velocidades: las empresas en las cuales el acuerdo se aplicará, y otras. Pues puede ser del interés de los empresarios y asalariados que un acuerdo de rama se aplica a todos los asalariados de todas las empresas de la rama. El problema es que para aplicar un acuerdo colectivo en empresas no representadas a la negociación, hay que pasar del contrato al reglamentario, es el objeto del procedimiento de extensión: esto sirve para aplicar un acuerdo colectivo sin modificar el campo de aplicación, pero a todas las empresas hasta cuando no firmaron el acuerdo. En esta hipótesis, las organizaciones patronales que firman el acuerdo, firman para ellas pero también para otras empresas que no representan. Este procedimiento debe ser aceptado por el ministerio del trabajo y por una comisión ad hoc. El acuerdo así amplio también puede ser ensanchado: lo que permite modificar el campo de aplicación de un acuerdo extenso y hacerle producir efecto en otro sector de actividad u otra área geográfica en el cual inicialmente ha sido negociado. Por ejemplo, un acuerdo de rama está ensanchado a otra rama, o un acuerdo departamental está ensanchado a otro departamento. La extensión consiste en generalizar el acuerdo en su campo de aplicación, el ensanche extiende el acuerdo a otro campo de aplicación.

La estructura de los niveles de negociación tienen consecuencias sobre el derecho de la negociación colectiva. En efecto, la negociación de empresa favorece los intereses de los empleadores a costa de los laborales.

2. Los efectos nefastos de la negociación empresarial sobre el sindicalismo

La negociación colectiva privilegiada en el nivel de empresa por las legislaciones francesa y peruana es nefasta al sindicalismo ya que los sindicatos son más débiles en ese nivel de negociación (a), por eso, los derechos sociales de los trabajadores deben ser negociados al nivel nacional o internacional (b).

a) La atomización de las fuerzas sindicales

La ventaja de la negociación colectiva en el nivel de la empresa es que los interlocutores sociales puedan adaptar la norma aplicable a los trabajadores según la realidad de las condiciones de empleo en la empresa. Sin embargo, los requisitos para constituir un sindicato al nivel de empresa (por mínimo 20 trabajadores deben afiliarse al sindicato) y la estructura de la economía en el Perú hace que en la mayoría de los casos, de hecho, no hay negociación colectiva en las pequeñas empresas, es decir, en la mayoría de las empresas peruanas. En realidad, la negociación colectiva tiene más inconvenientes que ventajas. En efecto, la negociación colectiva en el nivel de la empresa tiene dos inconvenientes. El primero es que ese nivel no es el nivel donde los sindicatos son

los más fuertes. Los sindicatos son más fuertes en el nivel nacional y de rama de actividad. En el ámbito de la empresa, la fuerza de los sindicatos depende del tamaño de la empresa y de la cultura del empleador. El proceso de autonomía de las empresas tiene por consecuencia la atomización de los fueros sindicales. Divididos, los sindicalistas no tienen un poder de negociación bastante fuerte frente al empleador o a la organización de empleadores. Segundo inconveniente: los sindicatos de empresa no tienen bastante distancia frente a la realidad de la empresa, y el riesgo es el chantaje al empleo. En efecto, al negociar en el ámbito de la empresa, los sindicatos tienen una suerte de corresponsabilidad con el empleador, lo que puede desacreditar los representantes laborales. Pero sobre todo, en la empresa el empleador, por su poder económico, tiene un poder de negociación más fuerte ya que puede obtener de los trabajadores la aceptación de una jornada laboral más larga con un sueldo más débil al lugar de un despido. Pues, el objetivo de la negociación colectiva puede ser alcanzado solo si las partes en la negociación son equilibradas, y este equilibrio se consigue en el nivel de rama de actividad, en el nivel nacional o internacional.

b) La importancia de una negociación al nivel nacional e internacional

Según Francisco Gómez Valdez, la situación de la negociación colectiva en el Perú coloca el país “a la zaga de la evolución de la institución negociadora a nivel latinoamericano”. En efecto, la pobreza de la negociación colectiva en el Perú, que sea por el número débil de pliegos de reclamos o de convenios colectivos concluidos, o también por el contenido de las convenciones colectivas, es preocupante. La legislación peruana no permite a los interlocutores sociales escoger el nivel de negociación colectiva, lo que es contrario al convenio 87 de la OIT que prevé que las legislaciones no deben obstaculizar el desarrollo de las relaciones laborales, y sobre todo, que la elección del nivel de negociación debe corresponder a los propios interlocutores en la negociación. Entonces, el legislador peruano tiene que permitir a los interlocutores sociales escoger realmente el nivel de negociación, y no solo en abstracto. Es el papel del legislador en un objetivo de justicia social. Pero también es el papel de las empresas multinacionales, y en este caso, de las empresas francesas implantadas en el Perú. En efecto, esas empresas tienen que asumir su responsabilidad social: mientras que Francia goza de años de experiencia en la negociación colectiva en el nivel de la rama de actividad o nacional, esta experiencia debe aprovechar a los trabajadores de esas empresas. Aunque los empresarios franceses aprovechan de un costo de mano de obra barato, les pertenece asegurar a sus asalariados una formación esencial sobre sus derechos, incluidos sus derechos

colectivos. En el contexto de la globalización, el legislador no puede ser el único responsable y garante de la justicia social, ya que derecho y economía son estrechamente vinculados. En este sentido, una nueva forma de negociación colectiva de trabajo debía ser una negociación al nivel internacional.

Las legislaciones francesa y europea ya prevén la negociación colectiva al nivel de un grupo económico compuesto de una sociedad madre y de sus filiales. Pero todavía esa negociación no está bastante desarrollada. El porvenir de la justicia social se ubica en el nivel internacional con una negociación y una sindicación al nivel internacional. En efecto, mientras que los grupos económicos, gozando de la abertura de las fronteras, tienen un poder muy fuerte, los representantes laborales se quedan dentro de su frontera, luchando cada uno en su país, aunque existen sindicatos regionales e internacionales como la Confederación Sindical Internacional. Ahora bien, para que los derechos laborales sean defendidos y que los interlocutores sociales sean iguales, hay que fomentar la negociación al nivel internacional, y por eso el sindicalismo en ese nivel, a fin de unir todos los trabajadores de una misma empresa implantada en unos países del globo. Sin embargo, la idea de dotar un estatus internacional a la negociación colectiva a la fecha sigue siendo una idea o en todo caso un deseo de buena voluntad: estamos en todo caso en un plano embrionario. Aunque la recomendación de la OIT N° 91 habla de la normativa del convenio colectivo sobre el plano internacional, todavía no existe un derecho internacional del convenio colectivo. Esa cuestión está frente a problemáticas jurídicas. En efecto, si se trata de acuerdos internacionales, entonces, deberán participar necesariamente los Estados y los agentes sociales concernidos. Aquí se trata de derecho internacional público, mientras que las convenciones colectivas de trabajo son sujeto al derecho internacional privado. Pues, la cuestión es cómo establecer los mecanismos que permiten una combinación de ambos derechos para hacer viable un acto internacional como este? El primer requisito será una voluntad política de los Estados, o más realista, una unión de hecho entre los trabajadores y la elaboración de nuevas formas de reivindicación de derechos laborales al nivel internacional. Sobre este plano, hay que construir todo, y la responsabilidad pertenece tanto a los peruanos como a los franceses...

Una vez determinados los niveles en los cuales se puede negociar en las legislaciones peruana y francesa, una problemática aparece naturalmente: cuando la negociación lleva, nace un convenio colectivo. Por consiguiente, hay que definir las pautas para que este convenio viva en armonía con las otras fuentes del derecho laboral.

B) La articulación de las normas colectivas en ambas legislaciones

La extrema diversidad de las fuentes del derecho laboral necesita una articulación entre ellas a fin de asegurar el buen funcionamiento del conjunto. Las legislaciones peruana y francesa han escogido el mismo criterio de solución de los conflictos entre las normas sociales, o sea, cuando en el mismo colectivo se aplican al mínimo dos tipos de normas sociales, sobre el mismo objeto. Este criterio es el principio de favor (1), que tiene límites (2).

1. El principio de favor escogido por ambas legislaciones

Mientras que en el Perú este criterio no es muy útil (a), en Francia, está en regresión (b).

a) Un criterio discutible en el Perú

El artículo 45 de la LRCT dispone que: “Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad”. Así, en caso de conflicto entre convenios colectivos, hay que aplicar la más favorable al trabajador. En la doctrina peruana, autores piensan que el legislador no ha recogido el criterio de solución jerárquico frente a concurrencia conflictiva de normas convencionales, por haber optado por una estructura negocial de tipo descentralizado, donde se potencia las negociaciones a nivel de empresa, supuesto jerárquico que potencia un sistema negocial con prevalecía de convenios centralizados. En realidad el criterio de favor no es útil en la legislación peruana ya que no existen convenios colectivos en otros niveles que en la empresa. En efecto, resulta contradictorio que si el legislador optó por un sistema negocial de tipo descentralizado no haya recogido el criterio de solución de especialidad de nivel, donde se potencia negociaciones de tipo descentralizado, al hacer depender la solución del conflicto por colisión de cláusulas a la negociación más cercana a la empresa. Pareciera que el legislador ha querido disfrazar su intervención en la negociación colectiva, limitadora de la autonomía colectiva, aplicando el principio de la convención colectiva más favorable para el trabajador, criterio que no necesariamente tiene una conexión lógica con el sistema de relaciones colectivas de tipo descentralizado adoptado por el legislador peruano, tal sería el caso de que se opte por el convenio de rama de actividad en vez del de empresa, por ser más favorable para el trabajador, en aplicación del artículo 45.

Por otro lado, en realidad parece que el criterio escogido por el legislador es el criterio cronológico ya que aún el artículo 45 no lo reconoce,

de una forma indirecta se regula el criterio cronológico en la variante que da prevalencia al convenio pactado en primer lugar en aplicación del artículo 43, inciso B) de la LRCT, así se señala que la convención colectiva rige a partir del día siguiente de la caducidad de la convención anterior (el convenio posterior tendrá que respetar lo establecido en el convenio anterior, pero solo con respecto a los trabajadores antiguos, ya que no se podrá sostener lo mismo con relación a los trabajadores que ingresen a laborar con fecha posterior a la vigencia de la convención colectiva concluida en segundo lugar). Entonces, el criterio de favor en el Perú no tiene en los hechos una gran importancia. En Francia este principio está en recesión.

b) Un criterio en recesión en Francia

En 1997 el Consejo Constitucional de Francia rechazó el valor constitucional del principio de favor. Sin embargo, este principio es reputado como principio fundamental del derecho del trabajo, o sea, cada vez que la ley u otra norma social no prevé nada, hay que aplicar la norma más favorable para el trabajador. Ahora bien, en la realidad, las últimas leyes en materia de derecho del trabajo debilitan el alcance de este criterio de solución de los conflictos entre distintas fuentes laborales. En efecto, hasta 2004, el principio es el orden público social: la ley prevé una norma mejorable en cada nivel, por ejemplo el sueldo mínimo. En ese contexto, el objetivo del derecho del trabajo es el mejoramiento permanente de la condición de los trabajadores. En el caso de conflicto entre normas que tienen el mismo objeto, se aplica la más favorable al trabajador (artículo L 2251-1 del código del trabajo). Sin embargo, desde una ley de 2004, por lo que es de los conflictos entre convenios colectivos solo, excluidos los conflictos entre convenios colectivos y contratos de trabajo o la ley, en lo sucesivo la convención aplicable la más próxima de su campo de aplicación: se trata del principio de proximidad. Lo que importa no es más el contenido del convenio colectivo sino el nivel donde es producida. Sin embargo existen dos excepciones: no se puede negociar in peius por lo que es de los sueldos mínimos definidos por la ley, las clasificaciones profesionales, y garantías de previsión; los acuerdos de nivel superior pueden descartar el principio de proximidad.

Por otro lado, la ley prevé tres categorías excepcionales que no son regidas por el orden público social: se trata de los órdenes públicos absolutos, derogatorios, y opcionales. Primero, el orden público absoluto representa las disposiciones cuyas en ningún caso se puede ir contra (por ejemplo las pautas electorales). Luego, el orden público derogatorio corresponde a las hipótesis en las cuales el legislador prevé algo pero permite que los

interlocutores sociales, en condiciones estrictas, negocian menos favorablemente para los trabajadores. En fin, el orden público opcional es aquel en el cual existe una norma de principio pero los interlocutores pueden elegir otro régimen jurídico definido por el legislador. Pues, el principio de favor en Francia en recesión, en el mismo tiempo que el orden público social. Lo que traduce una nueva visión del derecho laboral, que no existe más en el objetivo de mejoramientos laborales y sociales. Por otro lado, el principio de favor conoce límites intrínsecos.

2. Los límites del principio de favor

En el Perú como en Francia el principio de favor conoce dificultades en su aplicación (a), y ambas legislaciones tienen técnicas de solución diferentes (b).

a) Las dificultades de aplicación del principio de favor

Primero, la aplicación del criterio de favor necesita por lo menos dos normas que tienen el mismo objeto, pero a veces, determinar el mismo objeto es problemático. Por ejemplo, en un establecimiento donde existen dos acuerdos colectivos sucesivos: un convenio colectivo celebrado al nivel de la empresa otorga a los trabajadores la conversión de horas extras en días de reducción de jornada laboral, y otra convención celebrada al nivel del establecimiento otorga a los trabajadores días de vacaciones suplementarios. Si las dos convenciones están reputadas regir el mismo objeto, entonces, hay que aplicar el principio de favor. Al contrario, si los dos acuerdos no tienen el mismo objeto, pues hay que aplicar los dos y acumular las ventajas para los trabajadores. La diferenciación es sutil. En este caso, se puede presumir que los días de reducción de la jornada laboral recompensan los días de trabajo, mientras que los días de vacaciones representan una compensación al cansancio. Entonces, tendrá que aplicar los dos acuerdos a los trabajadores.

El segundo problema es la medida del carácter favorable o no de un convenio. Por ejemplo si un acuerdo prevé 37 horas de trabajo en la semana pagadas 39 horas, y otro prevé 35 horas de trabajo pagadas 37: ¿cuál acuerdo es el más favorable a los trabajadores? La solución depende de los valores privilegiados por el intérprete. En efecto, si el más importante es el dinero, entonces el primer acuerdo es el mejor; pero si el más importante es el tiempo, entonces es el segundo acuerdo el más favorable. Para escoger, las legislaciones francesas y peruanas han puesto de manifiesto soluciones.

b) Las soluciones puestas de manifiesto por ambas legislaciones

En el Perú, el legislador ha optado por aplicar el criterio de favor utilizando el englobamiento o conjunto (el artículo 45 de la LRCT dispone:

“En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad”). La adopción de dicho criterio tiene como fundamento el hecho de que no es aceptable que el órgano sentenciador escoja las cláusulas convencionales más ventajosas de cada convenio colectivo materia de colisión, porque en dicha hipótesis estará creando una nueva fuente normativa con invasión de lo adoptado por los interlocutores sociales en forma autónoma rompiendo de esta manera el equilibrio negocial y unidad del convenio colectivo, ya que cada cláusula convencional se pactó en función de las demás. Dado que las cláusulas materia de comparación en la colisión muchas veces son de carácter heterogéneo, en razón de los intereses contrapuestos de las partes negociadoras. Así se puede mencionar un englobamiento de carácter institucional, aplicando cláusulas sobre un tema concreto que resulten más favorables al trabajador en forma colectiva. Algunos autores como Guillermo Boza, estiman que no es posible establecer esta clase de englobamiento de carácter institucional, al señalar que el englobamiento presupone aplicar una cláusula convencional en su totalidad, no pudiendo aplicarse sobre unidades o instituciones que entran en conflicto como por ejemplo las vacaciones.

En Francia, el juez ha creado dos principios de evaluación del criterio de favor. Primero, hay que adoptar un método objetivo y no subjetivo. Quiere decir que hay que determinar el carácter más favorable in abstracto y no in concreto (según el interés del trabajador). Mejor dicho, ni siquiera un trabajador estima que por ello es más favorable, el juez decide que para los trabajadores en general la norma es más favorable o no. La sola excepción es el caso del conflicto entre una convención colectiva y el contrato de trabajo. Segundo, el juez prefiere el método analítico al método global. Es todo lo contrario a la solución escogida por el legislador peruano. En efecto, el juez francés compara ventajas por ventajas cuyo objeto es el mismo. La excepción es cuando se trata de un acuerdo colectivo indivisible en el cual las ventajas son vinculadas entre ellas, por ejemplo cuando los sindicatos abandonan prerrogativas y ganan otras. En este caso la medida del carácter favorable o no se hace de manera global: si globalmente el acuerdo es más favorable, aún una ventaja particular sea menos favorable, el trabajador gozará de esta convención. Lo que es discutible.

En conclusión, se puede deducir de la observación del derecho de la negociación colectiva en las legislaciones peruana y francesa que:

- Las fuentes del derecho de la negociación colectiva son iguales aunque existen diferencias de redacción. La Constitución reconoce el derecho

- de la negociación colectiva, y los sindicatos sacan su poder de negociación de la ley. En ambas legislaciones se aplican las normas sociales internacionales pero la asimilación de tales normas falta en el Perú.
- En ambas legislaciones el derecho de negociar pertenece a los sindicatos más representativos aunque los requisitos de mayoría son diferentes con problemática de umbral ya que el requisito de 50% del sufragio en el Perú impide de hecho la negociación colectiva, lo que es contrario a los convenios 87 y 98 de la OIT. La construcción y el procedimiento de la negociación son más complejos en Francia con pautas particulares según los actores de la negociación. En el Perú la ley actual es antisindical ya que impide de hecho la negociación colectiva en la gran mayoría de las empresas del país por el requisito de 20 trabajadores para constituir un sindicato.
 - El contenido de la negociación previsto por las legislaciones es más amplio en el Perú pero en realidad el número de convenios y los temas de negociación son muchos más importantes en Francia.
 - En ambas legislaciones, la negociación al nivel de la empresa es privilegiado lo que atomiza la fuerza sindical. Sin embargo en Francia se negocia más en el nivel de rama de actividad mientras que en el Perú no existen acuerdos colectivos en este nivel, lo que es preocupante por los derechos fundamentales de los trabajadores. La legislación debe ser modificada bajo la responsabilidad del legislador y de las empresas multinacionales. El futuro de la negociación colectiva se ubica al nivel internacional con nuevas formas de sindicación internacional.
 - La articulación de las normas sociales en ambas legislaciones está asegurada por el criterio de favor, lo que no es muy útil en el Perú ya que solo se negocia en el nivel de la empresa, y en Francia este criterio está en recesión ya que las últimas leyes privilegian el principio de proximidad de la norma a su campo de aplicación.
 - Ambas legislaciones conocen dificultades de aplicación del criterio de favor pero tienen soluciones diferentes: en el Perú, la medida del favorable se hace por englobamiento mientras que en Francia el juez compara ventaja por ventaja.
 - Por fin, el derecho de la negociación colectiva es más desarrollado en Francia que en el Perú, pero ambas legislaciones favorecen los intereses de los empleadores. En un contexto de grave crisis económica internacional, el papel del derecho laboral debería ser la protección

de los trabajadores contra los efectos nefastos de la globalización. Es el papel del derecho: asegurar la justicia. El jurista tiene que tomar en cuenta la realidad económica pero no debe ser el economista el que dicta al jurista la ley.

III. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ VALDEZ, FRANCISCO. *Derecho del trabajo, Relaciones colectivas de trabajo*. Edición 2005
- RADÉ, CHRISTOPHE. Cours de droit du travail, Université Montesquieu Bordeaux IV, année 2009-2010.
- RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE. *Derecho del trabajo colectivo, relaciones colectivas en la actividad privada y en la administración pública*. Sétima edición, 2007.
- RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE. *Derecho del trabajo I, teoría general*. Segunda edición, 2007.
- JIMÉNEZ Y SILVA, CARLOS HUMBERTO. Estructura de la negociación colectiva y los niveles de negociación. Tesis Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1999.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Libertad sindical y negociación colectiva*. 1994.
- Anuario estadístico del Ministerio de trabajo y Promoción del Empleo del Perú, 2009.
- La negociation collective en 2009. Bilan et rapports, Ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique.
- Trabajo decente: diagnóstico subregional Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Red Laboral Andina PLADES, 2010.
- Trabajo decente: diagnóstico nacional del Perú, Red Laboral Andina, PLADES, 2010.
- Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Conférence internationale du travail, 99^e session, 2010.
- Reporte regional sobre los derechos colectivos del trabajo en los países andinos, PLADES, primera edición, 2003.

EL TELETRABAJO Y LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

FIORELLA LISSETTE CORREA PRIETO⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Es imprescindible empezar el presente ensayo planteando una cuestión básica: que es el cambio vertiginoso que el mundo ha experimentado con el tema de la globalización y los avances tecnológicos. Cambio que a su vez crea la necesidad de adaptar la legislación vigente a las nuevas realidades de organización del trabajo que se presentan ante nosotros como un reto pendiente de superar.

La computadora a mediados de la década pasada tuvo un uso exclusivo, sin embargo, en la era actual este instrumento se ha convertido de uso universal. De igual forma, las personas no se habían puesto a pensar que las comunicaciones iban a llegar a ser tan globales y claro ejemplo de ello son: el Internet y el teléfono celular, que son plataformas de medios convergentes que permiten grabar y escuchar sonidos e imágenes en el lugar donde nos encontremos.

A medida que la historia se ha ido escribiendo; la sociedad ha evolucionado a partir del pensamiento del hombre. Las necesidades del hombre antiguo no son las mismas del hombre moderno y ante esto las distintas disciplinas del derecho también deben reformularse. Por esta razón, en el derecho de trabajo resulta necesario replantear algunos conceptos básicos (centrando nuestra atención en la estructura organizativa), con la finalidad de asegurar

(1) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Mención honrosa en concurso universitario.

una protección integral de los derechos del trabajador y las nuevas relaciones laborales que están apareciendo.

Con base en lo dicho líneas arriba, no basta con dar un acercamiento puramente dogmático por la rigidez que implica este tipo de análisis. Por ello, considero que lo más apropiado es realizar un análisis histórico-crítico que parta de la comprensión de la existencia de la necesidad de un cambio en la regulación laboral actual y que ponga atención a la realidad práctica del momento.

Con el objetivo de alcanzar los fines que busco con el presente trabajo, realizaré el análisis de la cuestión planteada sobre la base de la siguiente estructura: determinación de los factores determinantes del cambio y sus elementos; estudio de las nociones básicas de teletrabajo mención de las ventajas y desventajas de la adopción de las nuevas formas de organización del trabajo; y el estudio del teletrabajo en sus aspectos más esenciales, como arquetipo de las nuevas formas de organización laboral.

EL TELETRABAJO Y LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

II. FACTORES DETERMINANTES PARA LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES

A) Nociones generales

La diversidad y complejidad de las nuevas situaciones laborales que nos presenta la realidad son producto de los cambios tecnológicos y productivos que se han realizado en las últimas décadas. Pero, curiosamente esto no es el resultado de un fenómeno aislado, sino el producto de un factor envolvente que se ha ubicado en la base de todo este proceso de transformación de la sociedad: la globalización⁽²⁾.

Sin embargo, al margen de los beneficios de las nuevas formas de producción, la Organización Mundial del Trabajo (OIT) considera que la propagación de las innovaciones tecnológicas ha contribuido a ensanchar la brecha entre ricos y pobres: dislocando la división internacional del trabajo, modificando su naturaleza y destruyendo puestos de trabajo sin crear forzosamente

(2) DOUMBIA-HENRY, C., GRAVEL, E. "Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: evolución reciente". [207-231]. En: *Revista internacional del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra, 2006, N° 3, pp. 208-211.

otros nuevos. Además se ha extendido la convicción de que el proceso de integración económica mundial está ahondando la desigualdad entre la capacidad negociadora del capital y del trabajo⁽³⁾.

Hoy, nos podemos dar cuenta que el fenómeno globalizador ha llegado a un nivel de inserción en la sociedad tal, que se ha convertido en indispensable para mantener y desarrollar la producción y el empleo de un país y su sistema de bienestar social⁽⁴⁾. Un ejemplo bastante claro del nacimiento de esta exigencia en los ordenamientos actuales nos la da Rusia, país en donde la nueva estructura económica tuvo como efecto la derogación de las leyes de su antiguo régimen laboral. “Su nuevo Código de Trabajo [del 2002] introduce un grado bastante grande de flexibilidad laboral”⁽⁵⁾. Situación que nos demuestra que uno de los factores determinantes para el desarrollo de un país en nuestros tiempos se basa en el nivel de permeabilidad de su ordenamiento jurídico frente a la creciente transformación del mundo y de las relaciones personales.

B) Factores que exigen un cambio de regulación

1. **Aparición de alianzas comerciales:** Agrupaciones que forman redes de empresas que se rigen por vínculos más o menos sólidos de dependencia económica. Esto lleva a cuestionarse acerca de quién asumirá la responsabilidad en cuanto al respeto de los derechos del trabajador y a la asunción del poder de dirección.
2. **Establecimiento de vínculos de autonomía controlada:** Tipo de autonomía que se forja dentro de relaciones de dependencia económica entre distintas empresas. Presupuesto que trae consigo nuevas formas de dependencia que el derecho laboral deberá regular e incorporar al ordenamiento para no perder su rasgo diferenciador dentro de todos los tipos de relaciones personales.
3. **Los fenómenos masivos de descentralización de la producción:** Procesos que ponen en juego la unidad clásica de la empresa como entidad social y económica. Esto, a su vez hace que se debilite la función reguladora que desempeñaban los convenios colectivos dentro de los mercados nacionales que predominaron en el siglo XX.

Lo que aquí se pone en entredicho no es, como salta a la vista, uno u otro aspecto concreto de la regulación de las relaciones de trabajo, susceptible

(3) DOUMBIA-HENRY, C. “Acuerdos de libre... Ob. cit., p. 209.

(4) AUER, P. “La internacionalización... Ob. cit., p. 133.

(5) BRONSTEIN, A. “El nuevo Derecho del Trabajo de la federación de Rusia”. [274-393]. En: *Revista internacional del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra, 2005, N° 3, p. 317 y ss.

de ser alterado sin alterar la comprensión básica de la disciplina, sino nada menos que la “llave maestra” que determina la aplicación de las normas laborales⁽⁶⁾, la subordinación.

La “regulación aislada” que hoy nuestro ordenamiento le da a algunas de estas nuevas formas de organización del trabajo hace que se caiga en la contradicción: de regular estas nuevas formas de organización del trabajo dentro de la categoría de relaciones laborales, pero, sin reconocerles todos los derechos laborales que le corresponden a un trabajador de una relación laboral típica. Un claro ejemplo lo podemos encontrar en el artículo 96 de la LPCL – en la última parte de su primer párrafo– cuando dice expresamente: “[El trabajador a domicilio] no está comprendido en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales reguladas por el Decreto Ley N° 18846”.

Otro ejemplo lo encontramos incluso en la nueva Ley Procesal del Trabajo, que si bien ha sido dada recientemente con el fin de dar solución a los grandes conflictos normativos de nuestra legislación vigente; ya es posible encontrarle fallas netamente estructurales que reflejan la carencia de una reformulación de conceptos básicos. Uno de los conflictos de esta norma se ve en la disposición que establece la presunción de la subordinación solo a efectos procesales, quedando en manos del empleador la probanza en contrario⁽⁷⁾ y en base en esto, se pueden plantear dos posibles riesgos:

- El crear una especie de prueba diabólica, en los casos donde no exista subordinación pero que sea difícil probar lo contrario.
- Otorgar una ventaja injustificada, en los casos en que los indicios tradicionales nos indican que no hay subordinación, pero, si analizáramos de una manera amplia los conceptos nos diéramos con la sorpresa que en realidad sí debe haber subordinación por tratarse de un nuevo tipo de trabajo que al regirse por el derecho de trabajo implica la existencia de ese elemento caracterizador.

Por esta razón creo conveniente reformular las leyes laborales, pero esta vez partiendo de los elementos esenciales del Derecho del Trabajo para así construir una base sólida sobre la cual pueda edificarse todo un ordenamiento laboral coherente con nuestra realidad.

(6) SANGUINETI RAYMOND, W. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. ARA, Lima, 1996, p. 24.

(7) Norma que se encuentra regulada en: Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley N° 294997. Publicada el 15 de enero de 2009.

C) Elementos esenciales

1. **El espacio:** Consiste en analizar dónde es que se realiza el trabajo en los casos de las relaciones personales, que se realizan teniendo como principal soporte cualquiera de los instrumentos tecnológicos, que impliquen un cambio en las formas típicas de llevar a cabo la prestación del trabajo a cargo de una determinada persona. Análisis que nos llega a la conclusión de que todos los trabajadores, que se someten a estas nuevas formas de organización del trabajo, realizan sus actividades en un lugar distinto donde se realizaba el trabajo en la empresa, de forma típica. Además, en la mayoría de los casos se trata de un lugar que se encuentra fuera de la propia empresa. Ejemplos claros son los de los trabajadores que realizan sus actividades en un centro de trabajo que no pertenece a la empresa de la cual son empleados⁽⁸⁾ y el de los trabajadores que llevan a cabo su trabajo desde su domicilio⁽⁹⁾.

Por ello se dice que, este es uno de los elementos determinantes al momento de definir estas nuevas realidades, es así como en el caso del teletrabajo, por ejemplo, distintos grupos como la Asociación Catalana de Teletrabajo lo definen como: “una forma flexible de organización de trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional, sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario laboral”⁽¹⁰⁾. Esto nos hace ver que con la comprobación de este dato ya tenemos el primer indicio, que nos hace caer en la cuenta de que, no nos encontramos en un supuesto típico de ejercicio del trabajo.

2. **La tecnología:** Se trata de otro indicio que consiste en observar cuándo el trabajo se encuentra caracterizado por una utilización intensiva de la información y de las nuevas técnicas de telecomunicaciones, tales como: Internet, intranet, correo electrónico, teléfono, fax, etc. Elemento que, a su vez, se ve influenciado por el paso del tiempo y la aparición de nuevas tecnologías o innovaciones.

Hay que tener en cuenta que este elemento, a diferencia del anterior, no siempre se observa con gran claridad en todas las clases nuevas de

(8) Supuesto que engloba a los trabajadores por destaque, en el caso de la intermediación laboral; y a los trabajadores desplazados, en el caso de la tercerización. Para mayor información consultar: Ley de intermediación laboral y la Ley de tercerización.

(9) Supuesto regulado en: Ley de Productividad y Competitividad Laboral... Ob. cit., Título IV, bajo la denominación de trabajo a domicilio.

(10) Definición tomada de: <<http://www.telecat.net>. [visitada el día 24 de mayo de 2010]>.

organización del trabajo. Con base en la dirección a la que apunta su análisis, considero que se trata de una nota característica propia del teletrabajo y así es como lo expresa el jurista Puntriano al afirmar que aquí es donde se aprecia la trascendencia que deben tener las herramientas técnicas y/o de telecomunicaciones para que el teletrabajador pueda ejercer de manera efectiva su actividad laboral⁽¹¹⁾.

3. La capacidad de organización: Se trata de un elemento que se define en función de la forma que establece la empresa para organizarse, ya sea a nivel interno o externo. Lo difícil en este punto es dar con el criterio que sirve de base para la determinación del modelo organizativo; y este grado de dificultad se debe a que este criterio no siempre ha sido el mismo a lo largo del tiempo. Por esta razón, siguiendo el planteamiento de la profesora Morin es posible analizar estas nuevas clases de relación personal siguiendo básicamente dos líneas⁽¹²⁾, que se traducen en:

- Tomar como centro de la entidad productiva el lugar donde se circunscribe la relación laboral y donde se sitúa el centro decisorio de esta.
- Centrarse en el reparto de los riesgos económicos y sociales inherentes a la producción y al trabajo de las personas que concurren en ella.

III.- EL TELETRABAJO DENTRO DE LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

A) Delimitación de la noción de teletrabajo

La historia nos ha demostrado que hoy en día una persona puede realizar distintos trabajos, en diferentes empresas y en cualquier lugar del mundo, sin importar la ubicación geográfica donde se encuentre y utilizando diversas Tecnologías de Información y Comunicación; surgiendo, como era de esperar, una nueva forma de organización del trabajo que genera oportunidades adicionales en materia de flexibilidad, pero también riesgos en el equilibrio entre la vida laboral y la vida privada.

(11) PUNTRIANO ROSAS, C. “El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores”. [157-178]. En: *Ius et Veritas*. Año XIV. N° 29. p. 161.

(12) MORIN, M. “El Derecho del Trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”. [5-27]. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2005, p. 6.

Con el objetivo de analizar con más detalle los “pro” y los “contra” de estas nuevas realidades, me centraré en la modalidad del Teletrabajo, porque es la nueva clase de organización del trabajo, que más nos va a ayudar a entender la magnitud del cambio que ha sufrido la realidad laboral. Este análisis también podrá ser aplicado en las otras formas de organización del trabajo que han aparecido en la actualidad –trabajo a domicilio, tercerización, intermediación laboral, etc.– porque poseen las mismas notas características.

Pese a que han transcurrido varios años desde la aparición del teletrabajo, resulta frustrante observar que aún no existe una definición adecuada⁽¹³⁾ que nos permita identificar cuál es su esencia y qué es lo que lo distingue de otras clases de trabajo. Realidad que, a su vez, se convierte en una primera dificultad al momento de intentar llevar a cabo su regulación formal.

Lo anterior no significa que no se haya dado ninguna definición que intente explicar este fenómeno, lo que pasa es que se han dado muchas que buscan aproximarse, pero ninguna que logra unificar todas sus notas características. Una de ellas afirma que “el teletrabajo es una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de este fuera del espacio habitual de trabajo, durante una parte importante del horario laboral, pudiendo realizarse a tiempo parcial o completo. Engloba una amplia gama de actividades y requiere el uso frecuente de tecnologías de información y comunicación para el contacto entre el trabajador y la empresa”⁽¹⁴⁾.

Desde mi punto de vista y siguiendo las notas características de las nuevas formas de organización del trabajo, considero que el teletrabajo puede ser definido como: trabajo subordinado, personal y remunerado, cuyas características principales son la flexibilidad –tanto en el tiempo como en el lugar de realización de este– y el uso casi permanente de los diferentes medios de información y comunicación que se determinan de acuerdo a la vanguardia tecnológica del momento.

De acuerdo con el profesor Pérez de los Cobos es posible encuadrar al teletrabajo tanto en el ámbito civil como laboral y esto va a depender del tipo de contrato que se haya realizado⁽¹⁵⁾ y desde este punto de vista, es correcto regularlo de dos formas:

(13) Situación que la explica muy bien el caso español, para una mayor explicación véase: PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob.cit., p. 35 y ss.

(14) SALAZAR, C. “El teletrabajo y la inclusión laboral de las personas con discapacidad” [en línea]. En: *Revista Internacional de sostenibilidad, tecnología y humanismo*. 2007, N° 2, p. 71. <<https://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/4233/1/Salazar.pdf> [consulta: 4 de junio del 2010]>.

(15) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 37.

- Teletrabajo por cuenta ajena (régimen laboral), donde el teletrabajador es dependiente.
- Teletrabajo por cuenta propia (régimen civil), donde el teletrabajador es autónomo.

Esta posibilidad de una doble regulación, desde mi punto de vista, se circunscribe en el hecho de considerar al teletrabajo como un tipo de “trabajo”. Interpretación que acoge nuestro ordenamiento jurídico al hablar de: contrato laboral y contrato de locación de servicios. Por tanto, si esto es posible con los tipos de trabajo tradicionales, por qué habría que hacer una distinción con el teletrabajo que tan solo es un nuevo tipo de trabajo, pero que a fin de cuentas sigue siendo “trabajo humano”.

Como ya se ha venido explicando, la aplicación de las modernas tecnologías a los procesos productivos está permitiendo el surgimiento de modalidades “descentralizadas” de trabajo, que no participan de las características típicas que hasta el momento han venido acompañando a la prestación de servicios en régimen de dependencia. Realidad en la que encontramos al teletrabajo que alude a un tipo muy singular de trabajo “a distancia”, en el que la dirección y el control directos sobre la actividad del trabajador han sido sustituidos por la comunicación con este a través de medios informáticos o audiovisuales⁽¹⁶⁾.

Tanto es así que, la causa directa de esta nueva modalidad de empleo la encontramos en el campo de la gestión empresarial que se basa en la utilización de medios telemáticos. Por ello, se presenta como un servicio orientado a personas de alta movilidad que fuera de su oficina requieren obtener información corporativa y crítica. Pero, pese a tener en la actualidad una gran acogida por su enorme utilidad y facilidad de aplicación, el teletrabajo presenta un problema que –no consiste en ver su utilidad que, a fin de cuentas, la práctica ya se encargó de comprobar– se centra en el ejercicio de este tipo de actividades laborales, sin tomar en cuenta los derechos y la protección propios de una relación netamente laboral⁽¹⁷⁾.

Frente a la afirmación que antecede, corresponde aclarar que son las notas de dependencia y ajenidad, y no el lugar donde se realiza la prestación, las que definen y diferencian al contrato de trabajo de otros contratos vecinos; por esta razón, es importante entender que el transferir la prestación de trabajo al domicilio del trabajador o a un telecentro responde únicamente a

(16) SANGUINETI RAYMOND, W. *Contrato de trabajo...* Ob. cit., p. 58 y 59.

(17) ZUNGELY ESCALANTE, L. “El TT y sus implicancias legales en el estado Zulia” [en línea]. En: *Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*. Vol. 4, 2005, Nº 1, p. 2, <<http://dialnet.unirioja.es> [consulta: 31 de mayo de 2010]>.

razones organizativas, razón que no justifica un tratamiento jurídico distinto para actividades que son materialmente idénticas⁽¹⁸⁾. Este análisis nos permite entender que al momento de intentar regular situaciones de este tipo, es importante tener en cuenta que el eje de todo está en el nivel de dependencia y ajenidad que exista en la relación de trabajo que se esté analizando.

Por otro lado, al momento de establecer cuáles son los vínculos que existen entre el teletrabajador y el empleador, es posible aplicar analógicamente los indicios que plantea el ordenamiento laboral para las relaciones de trabajo tradicionales (dirección, sumisión, remuneración formación, etc.), porque la esencia sigue siendo la misma. Sin embargo, también resulta necesario introducir nuevos indicios (referidos, más que todo, a los nuevos medios de producción) que complementen a los anteriores y que vayan más acorde con las peculiaridades de esta nueva modalidad de trabajo.

Por todo lo expuesto anteriormente creo conveniente que antes de empezar a explicar las peculiaridades propias del teletrabajo, resulta necesario empezar por analizar cómo fue que surgieron estas nuevas formas de organización del trabajo y cuáles son las ventajas y desventajas que traen consigo. Solo así podremos construir una base sólida sobre la cual seguir avanzando en el análisis de la regulación que debe dársele a estas nuevas modalidades de trabajo.

B) Riesgos y beneficios de la regulación del teletrabajo

Como toda innovación verdaderamente importante, estas nuevas realidades se constituyen en un gran desafío para la sociedad y el derecho.

Desde el punto de vista del empleador las ventajas son numerosas y de variada condición⁽¹⁹⁾, pero nombro las siguientes por ser las que saltan a la vista:

- **Reducción de costos fijos:** Situación que se origina tras la notoria reducción de la necesidad de un “espacio inmobiliario” como consecuencia de la utilización de las nuevas tecnologías e innovaciones.
- **Flexibilidad en la organización de los recursos humanos de la empresa:** Situación que se debe a las características propias de estas nuevas formas de organización que permiten una prestación laboral muy flexible en cuanto a: lugar, tiempo y modo de realizar dicha prestación.

(18) Interpretación sacada de la lectura de: PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob.cit., p. 37 y 38.

(19) ESPAÑA, MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. PÉRES DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAUT ARANDA, J. *El teletrabajo en España, perspectiva jurídica laboral*. Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001, p. 25 y ss.

- **Atención al cliente en el lugar donde se encuentra:** Modalidad que se origina básicamente como consecuencia de la utilización de los medios de telecomunicación que permiten realizar una conexión directa con la otra persona sin la necesidad de realizar algún tipo de desplazamientos por parte de alguna de ellas.
- **Incremento de la productividad:** Realidad que se debe al apoyo tecnológico con el que cuentan los trabajadores. Situación que también ayuda a eliminar el margen de los periodos de tiempo perdido.

Del mismo modo, en el caso de las desventajas, si bien son mínimos los niveles de riesgo en relación con el número de ventajas, no significa que la incidencia que tengan sea también menor. Este ámbito negativo comprende:

- **Incremento de gastos en equipamiento y conexiones:** Es el requisito necesario para la utilización de las nuevas tecnologías. Aspecto que va acorde con las exigencias de competitividad y de flexibilidad de las empresas que plantea la economía mundializada⁽²⁰⁾.
- **Dificultades de dirección y control:** Esto es algo que dependerá más que todo del tipo de relación a la que el trabajador se someta; y del hecho que estas nuevas formas de trabajo suponen, también, nuevas formas de dependencia que implican, a su vez, nuevas formas de actuación.
- **Peligro de no confidencialidad de la información:** Esto es un aspecto importante porque la confidencialidad es uno de los pilares de las relaciones laborales a nivel empresarial y de todo trabajo en general.

Por otro lado, desde el punto de vista de los trabajadores las ventajas son vistas como atractivos que estas nuevas modalidades ofrecen para simplificar el trabajo. Las más importantes son:

- **Una mayor autonomía dentro de la relación de trabajo:** Es un punto que implica una mayor libertad del trabajador al momento de establecer las condiciones en las que va a llevar a cabo sus actividades. No se trata de una liberación del trabajador al poder de dirección del empleador, porque, pese a estos mayores rangos de autonomía que se le dan, este sigue obligado a estar en conexión con la empresa, lo que implica dedicar a su trabajo un número determinado de horas que le permitan desarrollar las tareas que le han sido asignadas⁽²¹⁾. Por ello no debe entenderse como una autonomía de carácter absoluto.

(20) MORIN, M. "El Derecho del Trabajo... Ob. cit., p. 5.

(21) SANGUINETI RAYMOND, W. *Contrato de Trabajo...* Ob. cit., p. 63.

- **Ahorro de tiempo y flexibilidad horaria:** Criterio que da un mayor margen de libertad al trabajador para atender temas familiares u otro tipo de actividades de desarrollo personal o cultural.
- **Posibilidad del trabajador de participar en procesos productivos a escala internacional:** Es lo que hace posible que el trabajador amplíe sus fronteras profesionales gracias a la utilización de medios de comunicación masiva.
- **La integración de colectivos que habían quedado fuera por tener ciertas dificultades para desempeñar un trabajo de la manera tradicional:** Aquí se habla de otorgar igualdad de oportunidades en materia laboral a grupos minoritarios, como es el caso de los discapacitados.

Por esta razón las desventajas vienen a ser la faz amarga por la que tienen que pasar algunos trabajadores tras el deterioro de sus condiciones de trabajo. Situación que tiene su origen en la despreocupación que muestran los empleadores por el tema de la salud y seguridad laboral; aptitud que intentan justificar en el hecho de que el trabajador ya no se encuentra físicamente dentro de los establecimientos de la empresa, razón por lo que, según ellos, ya no se encuentra bajo su responsabilidad. Todo esto, ocasiona:

- **Aislamiento del trabajador:** Situación que se debe a la extracción del trabajador del ámbito común o de concurrencia del trabajo. Cuestión que origina un debilitamiento de los derechos colectivos del trabajador, como es el caso de las libertades sindicales.
- **Prolongación e intensificación de la jornada laboral:** Se trata de una consecuencia bastante común de estas nuevas formas de trabajo, ya que el trabajador al no tener posicionada en su mente la idea de un periodo fijo e inamovible en el que debe realizar su trabajo, con el tiempo, desarrolla una confusión que no le va a permitir distinguir su tiempo libre del tiempo que debe dedicar al trabajo. Esto último ocasiona que termine por sumergirse por completo en el trabajo, dejando de lado sus demás ámbitos de desarrollo personal. Esto lo explica muy bien el profesor Pérez de los Cobos al decir que “la libertad individual para regular el ritmo de trabajo puede dar lugar a una sobrecarga y, en los casos más extremos, suponer que se está disponible las 24 horas del día”⁽²²⁾; esto quiere decir, que en la realidad, dicha libertad, funciona como un arma de doble filo que debe usarse con cautela.

(22) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 80.

- **Eliminación de la carrera y de las posibilidades de promoción profesional:** Significa que con el paso del tiempo el excesivo uso de los medios de comunicación como únicos medios de contacto con la realidad, hace que el trabajador se vuelva un tanto “autista” al estar inmerso dentro de una burbuja o “mundo cibertecnológico” que solo le brinda una apariencia de satisfacción y comodidad.
- **Menores niveles de protección social:** Esto es consecuencia de usar como justificación el uso de las nuevas tecnologías para que el empresario pueda desvincularse de sus obligaciones sociales para con el trabajador.
- **Conflictos entre la vida laboral y familiar:** Cuestión que puede llevar a una desintegración del núcleo familiar, porque en los casos en que se dan problemas familiares, el trabajo puede ser usado como un pretexto para no hacerse cargo de dichos problemas a pesar de encontrarse físicamente dentro del ambiente familiar⁽²³⁾ como para hacer algo al respecto.
- **Utilización de estas figuras como medios para la externalización de la actividad y la reducción de los costes laborales:** Esto a su vez arrastra consigo el peligro de llegar a restarle valor al trabajo humano, debido a que con el “boom tecnológico” es posible que se llegue a comparar el trabajo humano con el netamente mecánico, al punto de considerar más rentable el que es realizado por las máquinas. Si partimos de este punto, es más que probable que se llegue a un momento en que el propio hombre va a permitir de manera voluntaria la cosificación de su trabajo, con base en la insaciable necesidad de conseguir un puesto de trabajo que le permita subsistir.

Esta gran desproporción que observamos entre las ventajas que nos ofrece esta nueva realidad y las desventajas a las que nos someten es una simple consecuencia del caos normativo en el que vivimos. La verdad de las cosas es que si dejamos que los ordenamientos jurídicos sigan dando normas con el fin de ir a la par con las innovaciones tecnológicas y las nuevas formas de organización del trabajo, pero, sin plantear mecanismos que mantengan vigentes los fundamentos básicos que giran en torno a la protección de la persona, terminaremos por crear un derecho que en vez de protegernos nos condena a soportar una serie de abusos, más aún en un derecho como el Derecho del Trabajo donde la asimetría entre las partes de la relación laboral está muy marcada.

(23) Esto, en el caso del trabajo a domicilio, lleva a cuestionarse la necesidad de entender el concepto de hogar desde dos perspectivas: una cuando se encuentra funcionando como centro de trabajo y la otra cuando se refiere al lugar donde habita la familia.

C) Elementos esenciales de la relación laboral y el teletrabajo

Para poder entender que esta nueva forma de prestación del servicio es sólo una condición más del contrato de trabajo, de acuerdo con el profesor Pérez de los Cobos, se debe tener en cuenta el análisis de los siguientes indicios⁽²⁴⁾:

- **Subordinación:** Se demuestra mediante la elección, por el empresario, del programa informático que determina, encauza y controla la prestación del servicio a realizar. Otra forma de manifestarse es a través del ulterior control del resultado solicitado por el desarrollo de las tareas asignadas.
- **Sometimiento a determinadas obligaciones:** Criterio que queda demostrado cuando, en el contrato, se deja en claro la obligación que tiene el trabajador de asistir a reuniones periódicas o la obligación de disponer un tiempo en favor del empleador.
- **Instrumentos de trabajo:** Consiste en ver que la empresa sea propietaria o titular de los medios de producción o materiales utilizados por el teletrabajador.
- **Remuneración:** Consiste en verificar que se abone periódicamente una cantidad fija por los servicios prestados por el teletrabajador; y que, si fuera el caso, el empleador asuma los gastos que implica el realizar el trabajo fuera de la empresa.
- **Formar parte de la empresa:** Tiene que ver con el hecho de tener una acreditación de la empresa, figurar en la lista de distribución interna de documentos de la empresa o incluso en cuestiones sencillas como el estar en los directorios electrónicos de esta.
- **Capacitación:** Puede demostrarse al acreditar que existe la obligación del teletrabajador de participar de los cursos de perfeccionamiento que pueda llegar a brindar la empresa, si fuera el caso.

D) Cláusulas contractuales dentro del teletrabajo

De acuerdo a lo que postula el profesor Pérez de los Cobos⁽²⁵⁾, existen aspectos dentro de una relación laboral que, si bien no son de carácter obligatorio, revisten un interés particular en los supuestos de teletrabajo y por ello requieren ser introducidos dentro del contrato. Con base en ello, se ha establecido que la forma más rápida y eficaz de introducirlos es a través de las

(24) Para mayor información contrastese con: *Ibíd.*, p. 39 y ss.

(25) *Ibíd.*, p. 48 y ss.

cláusulas contractuales. Razón por la cual, conviene analizar las cláusulas más resaltantes:

- **Cláusula de confidencialidad:** Exigencia que permite convertir al trabajador en responsable directo de lo que se haga con la información que llega a sus manos por medio de los medios telemáticos; esto, con el objetivo de evitar filtros de información que perjudiquen el interés del empleador.
- **Cláusula de no concurrencia:** Se basa en que el teletrabajo consiste en una práctica flexible de recursos humanos que permite tanto atraer, como retener a los empleados que son o los más cualificados o los más escasos de conseguir dentro el mercado laboral⁽²⁶⁾. Cabe aclarar que, esta cláusula no busca prohibir todas las clases de concurrencia de varias contrataciones de teletrabajo, sino prohibir únicamente este tipo de situaciones en la medida que con dicha actuación se dañe al empleador.
- **Cláusula de plena dedicación:** Es la que le otorga al empleador la posibilidad de establecer en el contrato un “acuerdo de exclusividad laboral”. Acuerdo que debe ser entendido como un medio, para lograr que el trabajo que el teletrabajador desarrolle o la información que adquiera únicamente van a poder ser usadas para y salvaguarda de los intereses de la empresa o del empleador que haya llevado a cabo la celebración de un contrato de teletrabajo con la inclusión de esta cláusula.
- **Cláusula de custodia y restitución del material entregado:** Tiene su origen en la necesidad de hacer que las empresas adopten innovadores métodos de organización, con el objetivo de aprovechar las potencialidades de las nuevas tecnologías de información y comunicación. Esto, a su vez, les exige potenciar e implementar sus sistemas organizativos actuales para poder hacer frente a su entorno, que se encuentra en una constante evolución⁽²⁷⁾. Esto explica la necesidad de regular esta cláusula para asegurar el correcto uso de los materiales entregados por el empleador al teletrabajador; y su posterior devolución una vez terminado el contrato o disuelta la relación laboral.

(26) PÉREZ PÉREZ, M... et al. “Factores explicativos de la difusión del teletrabajo” [en línea]. En: *Revista de Economía Industrial*. N° 369, p. 5; <<http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/369/177.pdf>>. [consulta: 24 de mayo de 2010]>.

(27) SÁNCHEZ MANGAS, R. “Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información” [en línea]. En: *Laboratorio de alternativas*. 2005, N° 81, p. 6; <<http://dialnet.unirioja.es>> [consulta: 31 de mayo de 2010]>.

E) Una posible clasificación del teletrabajo

Luego de haber dado una definición, explicado su naturaleza y establecido sus características principales del teletrabajo; es necesario plantearnos una posible clasificación, para lo cual, nos guiaremos de la propuesta del profesor Puntriano⁽²⁸⁾ y utilizaremos tres criterios básicos. El primero de ellos es el criterio locativo, dentro del cual se engloban básicamente tres tipos de teletrabajo:

1. **Teletrabajo a domicilio:** Es el que se caracteriza por ser ejecutado en el propio domicilio del teletrabajador. Además, debe subrayarse el hecho de que por ser esta la forma más frecuente de teletrabajo, puede llegar a confundirse con el trabajo a domicilio. Por ello hay que aclarar que de acuerdo al artículo 87 de Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el trabajo a domicilio es el que se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este y que puede ser llevado a cabo por una o varias personas; aspectos en los que coincide en su totalidad con el teletrabajo, por ello, el punto clave para distinguir al teletrabajo a domicilio con el trabajo a domicilio es el uso o no de medios telemáticos. Con esto hasta se podría decir que el teletrabajo a domicilio se trata de un trabajo a domicilio evolucionado.
2. **Teletrabajo en centros de teletrabajo o telecentros:** Es el que se lleva a cabo en centros que ponen al servicio de los usuarios todos los medios o infraestructuras necesarias para la realización del teletrabajo, tales como: equipos informáticos, teléfonos, fax, fotocopiadoras, despachos, salas de reuniones, etc.

Lo peculiar aquí es la utilización de estos centros ubicados en lugares diseñados especialmente para esta función en particular, por ello, en su gran mayoría, se encuentran en la periferia de grandes ciudades o en zonas rurales. A mi parecer esta es una de las clases de teletrabajo que menos problemas causa al momento de analizar el tema de la subordinación.

3. **Teletrabajo móvil, itinerante o nómada:** Se trata de una situación donde el centro de trabajo no se sitúa en un lugar determinado, esto se debe a que el teletrabajador cuenta con un equipo telemático portátil que le permite desarrollar su actividad donde quiera que se encuentre en ese momento.

También tenemos el criterio comunicativo compuesto solo por dos clases de teletrabajo:

(28) PUNTRIANO ROSAS, C. El teletrabajo, nociones... Ob. cit., p. 160.

1. **Teletrabajo off line o desconectado:** Se presenta en las situaciones en que no existe comunicación telemática entre el teletrabajador y el empleador. Esto quiere decir que el teletrabajador, tras recibir unas indicaciones iniciales no vuelve a tener contacto alguno con la empresa del empleador hasta el momento en que entrega los resultados de su trabajo.
2. **Teletrabajo on line o conectado:** Se da cuando existe una conexión telemática directa con la empresa, de manera que las órdenes, el desarrollo y el producto final del trabajo se reciben a través de los medios de telecomunicaciones. La información que se trasmite con base en esta modalidad puede llegar ser de dos tipos: unilateral, cuando el teletrabajador está conectado con el empleador para el envío de información, pero no existe la posibilidad de que dicho empleador pueda controlar directamente lo que hace; o recíproca, cuando la conexión que existe entre ambos permite un intercambio conmutativo.

El tercer criterio es el organizativo que es aquel que se determina en función del modo y las características con que el teletrabajador realice su trabajo. Comprende cinco clases de teletrabajo.

1. **Teletrabajo individual:** Es el que se realiza por una persona determinada, dentro de un ambiente donde sólo se encuentra ella y siguiendo las características de cualquiera de las modalidades que haya elegido. Por esta peculiaridad, considero que es el tipo de teletrabajo que tiene mayores tendencias a producir en el teletrabajador riesgos graves en su salud o disfunciones, tales como: depresión, debilidad de carácter, falta de concentración o incluso la creación de una especie de adicción al trabajo⁽²⁹⁾.
2. **Teletrabajo colectivo:** Es el realizado en grupo, pero, donde cada quien realiza la tarea que le ha sido asignada de manera individual. Esto significa que aquí cada teletrabajador es responsable por su trabajo y que ninguno puede interferir en el trabajo del otro.
3. **Teletrabajo corporativo o de integración:** Es el que se sitúa en el núcleo de un grupo determinado de teletrabajadores que tienen que llegar a la realización de un trabajo común. Con esto me refiero a que, aquí, todos son responsables por el resultado final⁽³⁰⁾, por ello se puede llegar a hablar de una especie de trabajo en equipo.

(29) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 80.

(30) De este punto también se hace referencia en: *Ibíd.*, p. 46.

4. **Teletrabajo a tiempo completo:** Es el que se realiza en su totalidad a distancia, es decir que se basa únicamente en la comunicación por medios telemáticos y no tiene un contacto físico con la empresa.
5. **Teletrabajo a tiempo parcial:** Consiste en la utilización de las telecomunicaciones únicamente en ciertos momentos que deben estar expresamente determinados; y el resto de trabajo es realizado de manera tradicional dentro de la empresa.

IV. EL TELETRABAJO Y SUS IMPLICANCIAS COMO RELACIÓN LABORAL INDIVIDUAL

El desarrollo de este punto se ha dado en concordancia con lo que postula el profesor Belzunegui⁽³¹⁾, llegando a reconocer que este fenómeno del teletrabajo afecta al núcleo central de las relaciones laborales, por esta razón deben establecerse algunas normas organizativas de este tipo de trabajo que sirvan para su posterior regulación en nuestro ordenamiento.

A) Condiciones de acceso

Se refieren a la forma como se tiene que llevar a cabo el trabajo para que pueda llegar a ser considerado teletrabajo. De esta manera, el primer aspecto a tener en cuenta es que el trabajo, objeto del contrato de teletrabajo, debe ser realizado de forma voluntaria. La exigencia de voluntariedad es importante porque el teletrabajador debe ser una persona que posea las potencialidades necesarias para hacer frente a las peculiaridades de este tipo de trabajo.

De esta manera, el teletrabajo puede ser fruto del acuerdo entre las partes del contrato de trabajo y por lo tanto libremente aceptado⁽³²⁾, pero, también es posible que el empleador imponga esta situación al trabajador por las necesidades propias del mercado y de producción.

En los casos donde la relación de teletrabajo se basa en un contrato (de forma libre) lo más recomendable es que todas las condiciones de acceso y salida de esta relación se plasmen en dicho documento de manera expresa. Por esta razón, cuando se termina la relación laboral solo va a ser posible exigir derechos como la reinserción⁽³³⁾ cuando así este expresado en el propio con-

(31) Para una mayor información acerca de su postura, revisar: BELZUNEGUI ERASO, A. Diversificación de las condiciones de trabajo y cambios organizativos en las empresas: un estudio sobre el teletrabajo [en línea]. En: <<http://dialnet.unrioja.es> [consultada: 27 de mayo de 2010]>

(32) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 43.

(33) Ley de Productividad y Competitividad Laboral... Ob. cit., artículo 34. Comprende este derecho cuando regula la materia referida al despido arbitrario.

trato. Esto no significa que si dichos derechos no se encuentran expresamente no tienen protección, lo único que quiero dar a entender es que debido a que no existe una regulación especial para el teletrabajo, lo más beneficioso para ambas partes es que todo se exprese en el documento respectivo y en cada caso concreto.

Por otro lado, debido a que el teletrabajo es un tipo de trabajo muy especial donde la actividad no se realiza en el centro de trabajo sino en un lugar fuera de este, cuando la relación de teletrabajo se da únicamente por imposición del teletrabajador es claro que las reformas en las maneras de realizar el trabajo van a afectar también algunos ámbitos personales del trabajador. Por esa razón, el profesor Pérez de los Cobos ha visto conveniente establecer que no es posible prescindir de la voluntad del trabajador en los casos en que el empleador decida trasladarlo a su domicilio o, al sentido inverso, reintegrarlo a la empresa luego de haber estado trabajando en su casa. De manera que, solo en aquellos supuestos en los que se contempla el paso del trabajo interno al teletrabajo a un telecentro o al teletrabajo móvil, o viceversa, será posible prescindir del consentimiento del trabajador⁽³⁴⁾, porque aquí no se observa alguna repercusión considerable en su ámbito personal.

En conclusión, es razonable que el ordenamiento jurídico sea cauto en exigir el acuerdo del trabajador cuando el cambio de su modalidad de trabajo a la del teletrabajo, o viceversa, supone un cambio sustancial en la organización que dicho trabajador se había trazado, de manera personal y con base en el contrato de trabajo inicial⁽³⁵⁾. Situación que no ocurre cuando la modificación que se plantea tiene de por medio el traslado del trabajo tradicional a un telecentro o a la modalidad de teletrabajo móvil, ya que, estas modalidades de teletrabajo presentan características muy similares a las del trabajo tradicional.

B) Tiempo o duración del trabajo

El tiempo es un elemento que juega un papel muy importante en la relación laboral del teletrabajo, esto se debe a que esta modalidad de trabajo supone una gran flexibilidad en el tema del horario y del tiempo que se va a destinar a la realización de las tareas asignadas. Panorama que nos deja en claro la necesidad de hacer algunas reformas en las disposiciones jurídicas que sobre esta materia recoge la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(34) Para mayor detalle contrástese con: Pérez de los Cobos, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 44 y ss.

(35) Un planteamiento contrario implica una clara y excesiva vulneración de la esfera personal del trabajador y que se encuentra protegida por los derechos que nuestra Constitución Política.

1. Jornada de trabajo

Al analizar este punto, de acuerdo con el profesor Pérez de los Cobos⁽³⁶⁾, existen tres cuestiones que se deben aclarar: la sujeción o no al régimen legal de la jornada de trabajo, la posibilidad de realizar esta identificación jurídica, y su oportunidad.

Para ello, hay que tener en cuenta que, el régimen legal de la jornada de trabajo está regulado principalmente en el D.L. N° 854 donde en su artículo 1 establece la jornada máxima legal⁽³⁷⁾ y por tratarse de una norma de carácter general puede aplicarse de manera analógica al teletrabajo. Esto es posible porque la flexibilidad que, en este punto, plantea el teletrabajo no impide establecer un tope máximo de horas a trabajar. Además, resulta necesario un límite en la medida que dicha flexibilidad puede actuar como un arma de doble filo y terminar por absorber, por completo, el tiempo disponible e incluso el tiempo libre que posea el teletrabajador.

2.- Horario de trabajo

Aquí es importante recordar que una de las principales ventajas que ofrece el teletrabajo es precisamente la posibilidad, que tiene el teletrabajador, de elegir el horario que más crea conveniente para la realización de las tareas asignadas. Por lo que tampoco es posible aplicar, en este punto, las disposiciones generales del D.L. N° 854 que establecen que la facultad de escoger el horario corresponde primordialmente al empleador⁽³⁸⁾. Con base en que hoy la tendencia es esencialmente contraria a dicha disposición legal, considero que lo más conveniente es que, este punto, debe ser especificado de manera clara a través del contrato de trabajo.

Además, este tema se encuentra muy ligado a la llamada “teledisponibilidad”⁽³⁹⁾ que abarca la disponibilidad de tiempo con la que cuenta el teletrabajador para atender las llamadas especiales de su empleador; por ello, es importante que este tiempo también se encuentre fijado en el contrato de trabajo, para así evitar conflictos posteriores. Como se trata de una exigencia de las características peculiares del teletrabajo, no es posible computar este periodo de tiempo como un medio para completar la duración de la jornada máxima y mucho menos como horas extra.

(36) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 51.

(37) El Presidente de la República (Perú). Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo. Decreto Supremo N° 007. Publicada el 4 de julio de 2002.

(38) Ley de la jornada de trabajo.... Ob. cit., artículo 6.

(39) Mayor información en: PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 55.

C) La remuneración

Con relación a este tema, la norma general se encuentra recogida en el artículo 6° del D.S. N° 728 y establece que el pago por el íntegro de los servicios prestados puede darse en dinero o especie. Disposición que es perfectamente aplicable al teletrabajo en la medida que esta modalidad laboral sigue manteniendo el presupuesto básico –ser un trabajo netamente humano– que permite exigir el derecho a recibir una contraprestación a cambio del desarrollo de un determinado trabajo en beneficio de un tercero (empleador)⁽⁴⁰⁾.

El problema real de la aplicación directa de las normas que regulan el trabajo en general surge al momento de hacer el cálculo del monto que le corresponde al teletrabajador como remuneración y en función del trabajo que este ha realizado.

Lo anterior deja ver que la primera dificultad que salta a la vista es la incompatibilidad de las peculiaridades del teletrabajo, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral –determina que el pago de la remuneración se hará en función del cálculo del valor día o del valor hora si fuera el caso–. Esto se debe a la dificultad que presenta el teletrabajo al momento de calcular el número de horas trabajadas, cuando no se cuenta con el programa o equipo tecnológico adecuado.

Por lo explicado líneas arriba, soy de la opinión de que, la solución más adecuada, para el caso del teletrabajo aún no tan desarrollado en nuestro ordenamiento, es dejar expresamente determinado desde el inicio de la relación laboral –celebración del contrato– cuál va a ser la forma de cálculo de la remuneración correspondiente. Una forma de cálculo puede darse a través de la implementación del pago de una remuneración en función del resultado, es decir en función del trabajo efectivamente realizado; y esto solo será posible a través de la inserción de una cláusula especificadora en el contrato de teletrabajo.

V. EL TELETRABAJO Y SUS IMPLICANCIAS COMO RELACIÓN LABORAL COLECTIVA

Debido a las peculiaridades que presenta el teletrabajo creo conveniente que: “la negociación colectiva en el teletrabajo deberá entrar a regular aspectos como la base de cálculo del salario a destajo, las formas previstas para retribuir los días festivos, vacaciones, las atribuciones de los representantes del personal y de la comisión paritaria en la fijación de los precios por unidad de

(40) Constitución Política del Perú... Ob. cit., artículo 24. Reconoce constitucionalmente este derecho al hablar acerca del salario justo.

trabajo, etc”⁽⁴¹⁾. Con esto, se deja entrever que: si bien es necesaria una regulación mucho más específica del teletrabajo en estos temas, el hacer esta salvedad no implica descartar la posibilidad de aplicar al teletrabajo todas las disposiciones generales que le sean aplicables sin dejar de lado sus notas distintivas.

En la mayoría de países donde se ha logrado una regulación del teletrabajo –aunque aún un tanto precaria– se ha podido observar una actuación bastante cauta de los sindicatos, respecto a este tema, razón que junto con las características particulares de esta modalidad laboral, han influido para que aún no exista un desarrollo amplio y satisfactorio de los derechos colectivos que puede llegar a tener el teletrabajador.

Una gran dificultad se ve en el alto nivel de autonomía de la que goza el teletrabajador y las condiciones mismas que implica trabajar fuera del ámbito de concentración de la empresa. Presupuestos que nos hacen pensar que resulta complicado reconocer, en este ámbito en concreto, derechos como: libertad sindical y el derecho de huelga.

Por las razones antes expuestas e independientemente de la postura que puedan acoger los sindicatos en nuestro país, es claro que, el teletrabajo se constituye como un gran reto en materia de representación laboral; ya que, por estar ajeno a la estructura clásica de la organización sindical, produce el debilitamiento de la certeza institucional de esta. Consecuencia que se entiende al recordar que los sindicatos surgieron como una reacción a los abusos cometidos en ambientes de trabajo con un alto nivel de concentración de trabajadores (las fábricas, durante el periodo industrial)⁽⁴²⁾.

Todo esto nos lleva a plantearnos la siguiente interrogante: ¿es posible plantear una reestructuración de los derechos colectivos del trabajo sin perder su esencia?, o ¿es posible introducir algunas normas laborales de carácter colectivo en el teletrabajo?

Ante este fuerte cuestionamiento, me atrevo a plantear algunas soluciones posibles, para salvar esta aparente incompatibilidad entre las normas colectivas y la realidad laboral:

1. En el caso de la libertad sindical la solución pueden encontrarse en el uso de medios informáticos por parte de los sindicatos, medida que ayuda a eliminar el problema de la comunicación entre trabajador-sindicato, permitiendo el intercambio continuo de información entre ambos para conseguir de esta manera un mayor grado de representación,

(41) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 61.

(42) MONTOYA MELGAR, A. Introducción... Ob. cit., p. 110 y ss.

independientemente de las modalidades organizativas sindicales que puedan existir. Otra medida puede ser considerar a cada tipo de teletrabajadores como parte de un colectivo único y común, un ejemplo es considerar a todos los teletrabajadores a domicilio como centros de trabajo capaces de unirse en un colectivo común.

2. En el caso de los convenios colectivos, una solución razonable es introducir cláusulas que hagan referencia expresa al teletrabajo, de modo que si estamos ante una telenegociación (entendida como aquella negociación realizada entre un empleador y su trabajador; y que se lleva a cabo no por los medios tradicionales sino a través de medios telemáticos), lo más lógico será tratar sobre los derechos, condiciones y demás aspectos de los teletrabajadores exclusivamente.
3. En el caso del derecho de huelga, al ser considerado como la típica manifestación de autotutela laboral, es preciso buscar la forma que el teletrabajador no se vea desprovisto de este importante derecho. Solución que, nuevamente la encontraremos en la utilización de los medios telemáticos con los que cuenta. Un ejemplo es enviar correos electrónicos con el fin de publicar sus medidas de fuerza.

Estos son solo algunos alcances que muestran que sí existe la posibilidad de adecuar la estructura de los derechos colectivos de trabajo, con el fin de que puedan abarcar a estas nuevas formas de organización del trabajo. Posibilidad que va unida a la exigencia de una reforma normativa que, cada vez, se ve con mayor apremio, debido a que la realidad nos demuestra que a través de estas nuevas modalidades laborales también es posible atentar contra los derechos de los trabajadores.

Un claro ejemplo de esta necesidad apremiante y que nos puede terminar de aclarar el panorama, nos lo da España cuando al inicio de la aparición del teletrabajo en su sistema organizativo, fue observado como sinónimo de bajos salarios y malas condiciones de trabajo, en general⁽⁴³⁾. Situación que reflejaba la urgencia de una regulación estricta de esta nueva realidad para así poner fin, o reducir en la medida de lo posible, los constantes abusos que puede llegar a cometer el empleador.

Por tanto, no me queda más que concluir diciendo que existen muchos aspectos que debemos empezar a mejorar en nuestro sistema laboral y de manera rápida y eficiente. Sobre la base de ello, con el presente trabajo, lo único que intentado hacer es abrirles los ojos ante estas nuevas realidades; de lo

(43) PÉREZ DE LOS COBOS, F. El teletrabajo... Ob. cit., p. 91.

contrario tendremos la sensación de tener un ordenamiento desfasado y una realidad cargada de conflictos sociales.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo del presente trabajo, nos hemos podido dar cuenta de que el Derecho del Trabajo es una de las ramas del derecho que más se encuentra unida a la naturaleza del hombre, en cuanto sujeto de derechos y deberes. Razón por la cual, es comprensible que la evolución del derecho de trabajo, de su normativa, se haya venido desarrollando en función de los distintos movimientos ideológicos que ha venido acogiendo la sociedad, a lo largo de los años. Es que, según mí entender, la razón es sencilla: todo lo que involucre al hombre, va a terminar por exigir algún tipo de modificación en el derecho laboral.

Del mismo modo, ha quedado claro que, el factor netamente determinante para el inicio de este proceso vertiginoso de cambios es, sin lugar a dudas, la globalización, porque es el fenómeno que ha traído consigo todo el “boom tecnológico” que hoy conocemos. Situación que no solo nos presenta beneficios y adelantos tecnológicos, sino que también trae toda una gama de riesgos que de no ser neutralizados a tiempo, pueden llevarnos a la destrucción de todo el sistema, e incluso del propio hombre.

En cuanto al panorama que presenta nuestro país, frente a esta desafiante realidad, hemos llegado a la conclusión de que realmente es urgente una modificación verdadera –a conciencia– de la mayoría de las normas de nuestro sistema laboral. Se trata de una necesidad apremiante por el hecho de ver: tan solo con las instituciones que ahora mismo regula, son claras las contradicciones e insatisfacciones resultantes de su aplicación, que es lógico pensar que con la regulación de estas nuevas realidades, con el ordenamiento tal como está, lo único que se va a lograr es crear un ámbito más grande de desprotección, que el que actualmente tenemos.

Por otro lado, en cuanto a las nuevas formas de organización del trabajo, ha quedado claro que existen tres elementos que determinan, actualmente, estas nuevas realidades: el espacial, el tecnológico y el organizativo. Lo cual, no significa que es necesaria la concurrencia de todos ellos para recién decir que nos encontramos ante estas nuevas modalidades de trabajo. Lo trascendental aquí es que cada uno de estos elementos, como notas características de las nuevas clases de trabajo, nos da un alcance acerca del nivel de quebrantamiento que ha sufrido el esquema organizativo tradicional del trabajo.

Siguiendo esta línea de análisis, se ha podido observar que todo este cambio organizacional trae consigo tanto beneficios, como riesgos para ambas partes de la relación laboral. Circunstancias que deben ayudarnos a determinar los alcances de los derechos y deberes que pueden llegar a tener las partes al momento que se establezca una regulación formal para estas nuevas realidades laborales.

También es cierto que, con base en las notas características que presentan estas nuevas formas de trabajo, en un principio, se llegó a cuestionar el hecho de llegar a considerarlas como relaciones laborales, ya que, aparentemente provocaban un desajuste con las notas distintivas de la relación laboral (subordinación, poder de dirección, etc.); sin embargo, se pudo comprobar que en realidad no es que dichas notas no se encuentren presentes en estas nuevas formas de trabajo, lo que pasa es que se encuentran de manera distinta. Sobre la base de ello, se llegó a la conclusión de que era necesaria una interpretación amplia de dichos conceptos básicos.

Resulta comprensible empezar un análisis de estas nuevas formas de organización del trabajo, a partir de la figura del “teletrabajo”, debido a que es la que reúne todos los elementos propios de las nuevas formas de trabajo en una sola realidad. Por esta razón, se terminó por aceptar que el análisis realizado a esta modalidad era factible de ser usado para el análisis de las demás formas de trabajo actuales.

Entre los elementos característicos del teletrabajo se encontró que, el uso permanente de los medios tecnológicos era lo que proporcionaba, tanto los riesgos, como los beneficios que derivan de estas nuevas formas de trabajo. Concluyendo que se trataba de un arma de doble filo que de no encontrarle el uso correcto terminaría por dañarnos a nosotros mismos.

Por último, se buscó descubrir si existía la posibilidad de aplicar analógicamente las normas del trabajo tradicional, a estas nuevas formas de trabajo. Análisis que nos demostró que esta aplicación analógica solo era posible en cuanto a las normas genéricas y siempre con una u otra salvedad. Por ello, considero conveniente que la manera más rápida y eficiente de limar las asperezas que puedan existir como consecuencia del uso de las tecnologías, que es lo que más impide una completa semejanza entre ambas formas de trabajo, es: utilizar estos mismos medios tecnológicos para actualizar la regulación actual y encontrar mecanismos de adecuación a las nuevas realidades.

El cambio continuo y acelerado no debe entenderse como sinónimo de desregularización de todas las formas o realidades que no se ajusten a la estructura tradicional, porque significaría inmovilizar el derecho, cuando en realidad

el derecho es una ciencia capaz de ser permeable y flexible ante nuevas realidades. Postura que no elimina la obligación de ser cautos al momento de decir el derecho –analizar las posibles consecuencias de la aplicación de dichas normas– y velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas que son la base de todo ordenamiento.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARÉVALO VELA, J. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Grijley, Lima, 2008.
- AUER, P. “La internacionalización del empleo, ¿un reto para una globalización justa?”. [131-149]. En: *Revista Internacional del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2006, N° 1-2.
- BELZUNEGUI ERASO, A. *Diversificación de las condiciones de trabajo y cambios organizativos en las empresas: un estudio sobre el teletrabajo* [en línea]. <<http://dialnet.unrioja.es> [consultada: 27 de mayo de 2010]>.
- BRONSTEIN, A. “El nuevo Derecho del Trabajo de la federación de Rusia”. [274-393]. En: *Revista internacional del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2005, N° 3.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Segunda edición, Palestra, Lima, 2006.
- CIFRE, E. “Teletrabajo y salud: un nuevo reto para la psicología” [en línea]. En: *Papeles del psicólogo: revista del colegio oficial de psicólogos*. 2002, N° 83, pp. 100-1005; <<http://dialnet.urioja.es> [consulta: 15 de mayo de 2010]>.
- DIRECCIÓN ELECTRÓNICA: <<http://www.galileo.it/crypto/teletrabajo> [consulta: 10 de mayo de 2010]>.
- DIRECCIÓN ELECTRÓNICA: <http://www.telecat.net>. [visitada el día 24 de mayo de 2010].
- DOUMBIA-HENRY, C., GRAVEL, E. “Acuerdos de libre comercio y derechos laborales: evolución reciente”. [207-231]. En: *Revista internacional del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2006, N° 3.
- ESPAÑA, MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. PÉRES DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAUT ARANDA, J.

El teletrabajo en España, perspectiva jurídica laboral. Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001.

- “Factores explicativos de la difusión del teletrabajo” [en línea]. En: <<http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/369/177.pdf> [consulta: 14 de abril de 2010]>.
- GALA DURÁN, C. “Teletrabajo y sistema de seguridad social” [en línea]. *Revista Relaciones Laborales*. N° 15/16. Año XVII. Madrid: La Ley, Agosto 2001. <<http://dialnet.unirioja.es> [consulta: 19 de mayo de 2010]>.
- MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*. Vigésima edición. Tecnos S.A, Madrid, 1999.
- PÉREZ PÉREZ, M... et al. “Factores explicativos de la difusión del teletrabajo” [en línea]. En: *Revista de Economía Industrial*. N° 369. <<http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/369/177.pdf>. [consulta: 24 de mayo de 2010]>.
- PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *La Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ley N° 294997. Publicada el 15 de enero de 2009.
- PERÚ. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. *Ley de productividad y competitividad laboral*. Decreto Supremo N° 003. Publicado el 27 de marzo de 1997. Título IV. Artículos 87-96.
- PERÚ. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. *Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo*. Decreto Supremo N° 007. Publicada el 4 de julio de 2002.
- PUNTRIANO ROSAS, C. “El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores”. [157-178]. En: *Ius et Veritas*. Año XIV. N° 29.
- SANGUINETI RAYMOND, W. *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos*. ARA, Lima, 1996.
- MORIN, M. “El Derecho del Trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa”. [5-27]. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2005.
- SALAZAR, C. “El teletrabajo y la inclusión laboral de las personas con discapacidad” [en línea]. En: *Revista Internacional de sostenibilidad, tecnología y humanismo*. 2007. N° 2. <<https://upcommons>.

upc.edu/revistes/bitstream/2099/4233/1/Salazar.pdf [consulta: 4 de junio de 2010]>.

- SÁNCHEZ MANGAS, R. “Productividad y nuevas formas de organización del trabajo en la sociedad de la información” [en línea]. En: *Laboratorio de alternativas*. 2005. N° 81. <<http://dialnet.unirioja.es> [consulta: 31 de mayo de 2010]>.
- ZUNGELY ESCALANTE, L. “El TT y sus implicancias legales en el estado Zulia” [en línea]. En: *Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*. Vol. 4. 2005. N° 1. <<http://dialnet.unirioja.es> [consulta: 31 de mayo de 2010]>.

EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ENRIQUE MANUEL ARIAS DÍAZ⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1979 instauró un modelo de seguridad social que se encontraba centralmente a cargo de una institución pública y permitía de forma complementaria la participación de entidades privadas a fin de obtener prestaciones mejores o adicionales. Nuestra actual Constitución no ha establecido –al menos de manera expresa– la preeminencia de la participación de algún tipo de institución.

En efecto, la Constitución de 1993 señala en su artículo 11 que: “[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas”; evidenciándose con ello que ya no se otorga un papel protagónico a alguna organización estatal, asumiendo el Estado un rol supervisor y/o de garantía en las prestaciones de la seguridad social.

Es así que hoy en día, en materia previsional, existe un modelo privado que opera de forma paralela al sistema público históricamente imperante. En tal sentido, consideramos interesante observar lo señalado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), última palabra en asuntos constitucionales, en relación las notas definidoras del sistema privado y a la inserción de este dentro de nuestro sistema de seguridad social.

(1) Estudiante de la Facultad de derecho de la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú. Mención honrosa en concurso univertario.

II. LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Como señala la doctrina, “[l]a seguridad social es el más reciente y perfecto de los mecanismos de superación de las necesidades sociales que ha creado la humanidad⁽²⁾”. Así pues, la seguridad social ha sido definida como aquel “conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables⁽³⁾”, agregándose la idea de que tendencialmente tales medidas “se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas⁽⁴⁾” (énfasis original).

De ese modo, puede identificarse a la seguridad social como un mecanismo mediante el cual la sociedad afronta determinadas contingencias que afectan a los individuos, tales como la enfermedad, la incapacidad permanente o temporal, la vejez, el desempleo, etc.; en consideración a que ellas implican un estado de necesidad que requiere ser superado, usualmente mediante el goce de una determinada asistencia, como la médica, o mediante la obtención de una prestación económica (pensión).

En la actualidad, la seguridad social constituye un ordenamiento independiente y diferenciado del Derecho del Trabajo⁽⁵⁾, teniendo entre sus principios inspiradores los de universalidad, igualdad, solidaridad, unidad, protección e internacionalidad⁽⁶⁾. Al igual que en los demás ordenamientos jurídicos, tales principios cumplen con las tareas de información, interpretación e integración⁽⁷⁾. Conforme apunta Ermida Uriarte “los principios permitirán (o deberían permitir) dar soluciones coherentes tanto a los casos no previstos cuanto a los dudosos (funciones integradora e interpretativa), e inspirarán y determinarán (o deberían inspirar y determinar) las nuevas normas a dictarse (función informadora)⁽⁸⁾”.

(2) NEVES MUJICA, Javier. *La seguridad en la Constitución*. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNMSM. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1988.

(3) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de la Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1995, p. 38.

(4) Ídem.

(5) ERMIDA URIARTE, Oscar. “Los principios de la seguridad social”. En: *La seguridad social en el Uruguay*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.

(6) Principios señalados por ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ibidem*, p. 32 y GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Universidad, Montevideo, 1997.

(7) PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1978, pp. 11-13; citado por GRZETICH LONG, Antonio. *Ibidem*, p. 24.

(8) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Ibidem*, p. 31.

La Constitución Política de 1993 reconoce a toda persona el derecho a la seguridad social como un derecho universal y progresivo orientado a la protección de las contingencias que precise la ley y a la elevación de la calidad de vida (artículo 10). En adición a ello, como hemos referido, nuestra norma fundamental señala que el Estado es el encargado de garantizar el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento (artículo 11).

Sobre esta materia, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad seguido en los Expedientes N°s 050-2004-AI-TC y acumulados, que la seguridad social:

“es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado –por imperio del artículo 10 de la Constitución– al amparo de la ‘doctrina de la contingencia’ y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en ‘la elevación de la calidad de vida’.” (fundamento jurídico número 54).

En materia pensionaria, nuestro ordenamiento jurídico cuenta básicamente con dos grandes sistemas que presentan una relación de alternatividad⁽⁹⁾: uno público regulado por el Decreto Ley N° 19990, denominado Sistema Nacional de Pensiones (en adelante, SNP) y otro privado regulado actualmente por la Ley N° 25897 y su correspondiente Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF, denominado Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (en adelante, SPP).

La principal diferencia entre ambos sistemas recae en el destino y reparto de los aportes. En el SPP los afiliados aportan a un fondo propio denominado “Cuenta Individual de Capitalización” (CIC) y las pensiones se definen en función de la rentabilidad generada por la correspondiente CIC de cada persona. En el SNP los afiliados aportan a un único fondo común que permite a los afiliados activos financiar a los pasivos y a los de mayores ingresos a los de menores ingresos, lo que define a este sistema como uno de reparto y lo constituye como una herramienta importante en la búsqueda del equilibrio social.

(9) NEVES MUJICA, Javier. “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria” En: *Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2006, p. 825.

De lo señalado se hace evidente la presencia del principio de solidaridad en el SNP. Tal principio ha desempeñado siempre un papel protagónico en el campo de la seguridad social, al punto que ha sido identificado como el “basamento axiológico⁽¹⁰⁾” y como la “finalidad esencial⁽¹¹⁾” de aquella. Así, la población no solo obtiene un mecanismo de protección social, sino también uno de redistribución de la riqueza nacional⁽¹²⁾. Consecuentemente, los dos sistemas que concurren en competencia se distinguen en sustancia por la presencia y por la no presencia de solidaridad en su funcionamiento.

Así las cosas, pasamos a destacar algunos aspectos del sistema previsional a cargo de entidades privadas a la luz de lo señalado por el TC, a fin de tener una idea más clara de la implicancia de este sistema en nuestro ordenamiento.

III. EL TC, LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SPP

El SPP, cuya gestión opera a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, “AFP” en singular y “AFPs” en plural), ha sido caracterizado principalmente en las sentencias relacionadas con la libre desafiliación del SPP y de manera tangencial en algunos otros pronunciamientos.

1. El SPP como sistema de seguridad social

A lo largo del tiempo, el máximo intérprete de la Constitución ha definido en diversas sentencias la idea de la seguridad social y la necesaria presencia de solidaridad que dicha materia conlleva.

Así, el TC ha señalado que la “seguridad social (...) es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad” (Expediente N° 011-2002-AI/TC, fundamento jurídico 14). Asimismo, en la sentencia referida a los expedientes N°s 050-2004-AI-TC y acumulados el mismo tribunal menciona que: “(...) el constituyente debe respetar los principios de solidaridad y progresividad, subyacentes en todo sistema de seguridad social que provee un derecho a la pensión con equidad”.

(10) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?” En: *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 1998, p. 171.

(11) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ób. cit., p. 40.

(12) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ídem.

La concepción del TC de esta institución es la concordante con las líneas caracterizadoras señaladas por la doctrina especializada en la materia; sin embargo, la existencia del SPP (sistema en el que no se presencia solidaridad) ha dado lugar a una posición contradictoria con tal idea imperante de seguridad social.

En tal sentido, el tribunal entiende al SPP como un válido sistema de pensiones insertado en nuestro modelo de seguridad social constitucional, no realizándole cuestionamiento alguno a su condición de sistema de pensiones alternativo. Según el TC, la habilitación de este sistema es posible “a partir de lo previsto por la Constitución en su artículo 11, gracias a la implementación en el país de un sistema de pensiones mixto en el que coexiste un sistema público con uno privado (...)” (Expediente N° 1776-2004-AA/TC, fundamento número 18).

Más aún, el TC ha reconocido que el Estado realizó una clara campaña de favorecimiento al SPP. Señala el tribunal que en la década pasada “(...) se promovió la generación de un sistema paralelo (SPP) frente al hasta entonces sistema único estatal (SNP). Pero es innegable que fue el Estado el que en todo momento, conociendo de la situación del SNP, propició las afiliaciones a las AFP. Es imperioso recordar la crisis en la que había estado sumergido el SNP, lo cual produjo el traslado indiscriminado, y muchas veces mal informado, hacia el SPP” (Expediente N° 1776-2004-AA/TC, fundamento número 19).

Sin embargo, no se hace algún juicio acerca de la validez de tal proceder del gobierno, el cual llevado a su máximo extremo podría dar lugar a la sustitución del régimen previsional a cargo del Estado y entregar totalmente al SPP funcionamiento de la seguridad social en pensiones, con las implicancias negativas que en el caso peruano ello significa en materia de pensiones.

En efecto, los sistemas de seguridad tienen un eminente carácter público debido no solo a que su regulación se encuentra en las normas estatales, sino también –y fundamentalmente– a que se encuentra en juego el derecho fundamental de las personas a una determinada prestación de la seguridad social. Sin embargo, ello no obsta para que la gestión de algún régimen de seguridad social pueda encontrarse a cargo de los privados, pero tal circunstancia no convertirá al régimen en una institución de naturaleza privada⁽¹³⁾. Se trata pues, de aspectos que deben ser claramente distinguidos.

En consideración a ello, en el caso peruano sí sería cuestionable dejar la seguridad social en pensiones en manos exclusivas del SPP, ya que, como

(13) MARTÍNEZ VIVOT, Julio. “La privatización en la seguridad social”. En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 30.

veremos, se trata de un sistema en el no hay válidos rastros de la aplicación del principio de solidaridad. Cabe preguntarse si a la luz de los principios que rigen el ordenamiento de la seguridad social, así como lo prescrito en las normas internacionales resulta válido que la población encuentre a su disposición únicamente un régimen donde no existe solidaridad. En respuesta a ello, coincidimos con Vidal que un sistema acorde con el ordenamiento constitucional e internacional debe ser uno que resulte equitativo, solidario y que, por ende, dirija sus esfuerzos hacia el logro de la universalidad⁽¹⁴⁾. Caso contrario, se renunciaría a una arista importante del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho en el cual la seguridad social se desempeña como una garantía institucional.

El TC ha pasado sin más a analizar –evidentemente porque no se trataba de las materias que le correspondía evaluar- algunos concretos problemas relacionados con el SPP. No ha existido, pues, una evaluación del paso previo consistente en la concepción del propio sistema privado y de sus implicancias llevadas a extremo.

Adicionalmente, véase lo prescrito en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC, en el que se anota que el privado es un sistema de capitalización personal y no de tipo colectivo, “manejado por empresas privadas que no apelan a la solidaridad sino al individualismo y concurren el mercado en una relación simétrica de competencia, con relación a los usuarios”. De ese modo, se reconoce que se trata de “regímenes pensionarios de naturaleza y origen distinto” (Expediente N° 9107-2006-AA, fundamento jurídico número 8); es decir, de un modelo en sustancia distinto al SNP en donde el funcionamiento opera de cara a distintos parámetros.

Como venimos mencionando, ello es contrario al carácter público que tiñe a todos los regímenes de la seguridad social, así como a la presencia de solidaridad que debe evidenciarse en todo sistema para poder ostentar válidamente la denominación de uno seguridad social en la actualidad.

2. Obligaciones de las AFPs en el marco de la seguridad social

Ligado al punto anterior, ahondamos en algunos pronunciamientos del TC relativos a la participación de las entidades privadas en la realización de actividades propias de la seguridad social.

(14) VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro. “Importancia del Convenio N° 102 de la OIT en la implementación de una reforma solidaria en pensiones”. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009, p. 463.

Así, en la sentencia referida al Expediente N° 011-2002-AI, el TC ha señalado que:

“aunque es perfectamente posible la intervención de entes privados en el otorgamiento de servicios de salud y seguridad social, también es inherente al Estado, cuando menos como supervisor permanente, la prestación de estos derechos sociales, manteniéndose siempre latente la posibilidad de su participación directa cuando se quebranten los mínimos presupuestos que aseguren la idoneidad del servicio. Debe quedar claro que, siendo el Estado la expresión más acabada de la vocación y el compromiso natural del hombre por la convivencia, su función social no queda en modo alguno desvirtuada por la ‘delegación’ de aquellas facultades que, en principio, aparecían como substanciales al mismo”. Subrayado agregado.

De lo dicho se observa que si bien al Estado le compete un rol central en materia de seguridad social, realizando las políticas públicas que sean necesarias para hacer cada vez más real y efectiva tal garantía institucional, también es posible que los privados brinden y gestionen servicios en materia de la seguridad social (salud y pensiones).

Como hemos esbozado previamente, en tales casos existe un interés público –y por lo tanto preponderante al privado– en la manera en que son brindadas y gestionadas las prestaciones de la seguridad social, razón por la cual el Estado asume un rol supervisor y garante en el adecuado cumplimiento de estas, de la misma forma en que asume un rol garante en determinados servicios públicos, solo que en este caso existe la especial nota de encontrarse en juego derechos fundamentales que requieren en la mayoría de casos una especial y pronta asistencia y/o protección. Así, se han señalado medidas especiales las relacionadas con el respeto del derecho a la pensión, el brindar oportunidades para el mejor disfrute de los derechos, la prevención contra elementos que afecten los derechos sociales⁽¹⁵⁾.

En la misma línea, en las sentencias referidas a la libre desafiliación, se destaca que las personas que acceden al SPP califican como usuarios y, por ende, la información que reciben resulta fundamental para equilibrar la asimetría informativa presente en una relación de consumo. En estos casos los derechos constitucionales en juego son los consagrados en el 2 numeral 4 y 65 de la Constitución.

A mayor profundidad, cuando los privados brindan servicios propios de la seguridad social se insertan en el sistema y actúan como garantes del derecho

(15) Véase la sentencia del Expediente N° 01776-2004-AA, fundamento jurídico número 21.

fundamental a obtener una adecuada prestación en materia de seguridad social. A manera de símil, véase lo resuelto por el TC acerca de los servicios de salud brindados por un empleador:

“cuando la ley delega en un empleador (particular o público) la prestación de servicios de salud, la garantía estatal de libre acceso a la seguridad social se pone de manifiesto, debiendo la entidad privada brindar las prestaciones en un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, propios de la seguridad social. Sin embargo, en este supuesto la seguridad social no solo opera como garantía institucional, sino que el empleador se convierte en destinatario del derecho fundamental a la seguridad social. Esta faz de la seguridad social supone un derecho que ‘(...) asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales pueda obtener recursos de vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos’, de modo tal que pueda obtener una existencia en armonía con la dignidad, teniendo presente que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado” (subrayado agregado) (Expediente N° 09600-2005-PA/TC, fundamento jurídico número 9).

En el caso del sistema previsional a cargo de los privados (SPP), el TC ha mencionado que:

“(…) se reconoce la existencia de un SPP, el mismo que incluye a las AFP como destinatario novedoso del derecho a la pensión, en tanto observación explícita de la *drittwirkung* –eficacia frente a terceros– de los derechos. Las AFP son los nuevos responsables de la prestación exigida constitucionalmente, pero siempre el principal obligado de asegurar el acceso a la prestación es el Estado. (...)”

Por decirlo así, el sistema pensionario no cambia de naturaleza jurídica por el hecho de que sea administrado por el Estado o por agentes privados o mixtos. Sigue siendo el mismo tipo de prestación, de manera que el Estado, con relación al SPP, no solo debe promocionarlo, sino también ha de establecer las características y condiciones mínimas que no lo desvirtúe.” (Expediente N° 1776-2004-AA).

Conforme al mismo fundamento, el TC ha mencionado que las AFPs, como destinatarias y especiales garantes del derecho a la pensión, tienen la obligación de realizar el pago de pensiones aun cuando el empleador haya incumplido con realizar el pago efectivo de los aportes descontados. Así:

“(…) se puede considerar que el derecho de los afiliados a tener una pensión, bajo el principio de la dignidad pensionaria, remarcado en la STC N° 0050-2004-AI/TC y otros, no puede ser diferido y menos aún desconocido

en su verdadera dimensión por un inconveniente en el pago por parte de la empleadora a la AFP a la cual se esté afiliado. No es posible que un problema económico entre ambas entidades se traslade a un contexto que comporte la vulneración del ejercicio de un derecho fundamental de la persona, que incluso puede afectar su vida, máxime si la propia normatividad prevé los mecanismos procesales para que la AFP reclame el pago de la empleadora. Es más, algo similar ya está reconocido en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), y si bien hay diferencias entre el SNP y el SPP (tal como se dejó sentado en la STC N° 1776-2004-AA/TC), no puede admitirse que el ejercicio de derechos fundamentales pueda ser totalmente diferente según el sistema en el cual se encuentra la persona; y, en el caso concreto, no habrá de permitirse que por el incumplimiento de pago de un empleador a la entidad encargada de la pensión (ONP, en el SNP; AFP, en el SPP), esta última pueda dejar en desamparo a la persona que requiere el pago de una determinada pensión”.

De lo anterior se deriva que, pese a tratarse de instituciones del ámbito privado la relación entablada presenta un claro encuadre público en virtud del derecho fundamental a la pensión, por lo que se establece un rol especial a los privados que prestan servicios o participan en la gestión de los sistemas de seguridad social. Así, además de la condición de entidades que buscan lucrar existe un marco institucional público que modula el actuar privado.

3. ¿Existen rasgos de solidaridad en el SPP?

El principio al cual nos referimos en este punto constituye la nota esencial que caracteriza a la seguridad social y se encuentra relacionado con la financiación de la seguridad social. Así, toda persona debería participar en el sostenimiento del sistema, independientemente que tenga una efectiva prestación por parte de este⁽¹⁶⁾.

Una de las manifestaciones de este principio es la solidaridad intergeneracional, según la cual “cada generación activa proveería a la tutela de las generaciones pasivas⁽¹⁷⁾”, es decir, implica “sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos⁽¹⁸⁾”. Igualmente, conlleva sacrificios de “los sanos frente a los enfermos; a los ocupados laboralmente, frente a los que carecen del empleo que quieren y necesitan; a los vivientes, con relación a las familias de los fallecidos; a los carentes de carga de familia, para los que la soportan, económicamente al menos; y a las actividades en auge y a las empresas prósperas, respecto

(16) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ób. cit., p. 39.

(17) Ídem.

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Loc. cit.

de sectores deprimidos y quehaceres en crisis⁽¹⁹⁾”; lo que puede ser entendido como una solidaridad intrageneracional, es decir, al interior de la generación.

Según refiere Ermida Uriarte⁽²⁰⁾, este principio conlleva dos consecuencias trascendentales: la obligatoriedad del aseguramiento y la finalidad redistributiva de la seguridad social respecto de los beneficios o riqueza nacional. Se trata del paso de recursos de un grupo más beneficiado a uno necesitado. Esta segunda consecuencia –la redistributiva– es esencial en la seguridad social “conforme a la doctrina, los instrumentos internacionales y los organismos internacionales⁽²¹⁾”.

Profundizando lo señalado líneas arriba, en diversos pronunciamientos el supremo intérprete de la Constitución ha dejado constancia de la gravitante importancia de la solidaridad en materia de seguridad social, conforme se observará a continuación.

Según el TC el principio de solidaridad deriva “directamente de la cláusula de Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica[ndo] el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado (...)”. Debido a ello, nos encontramos ante un “orden constitucional solidario” (Expediente N° 050-2004-AI-TC, fundamento jurídico número 47).

En la sentencia recaída sobre los Expedientes N°s 050-2004-AI-TC y acumulados, se ha señalado que, como garantía institucional, la seguridad social cuenta con un contenido constitucionalmente protegido conformado de los siguientes tres aspectos:

“En primer lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, lo cual no significa que sea irreformable, sino que su reforma requeriría de una mayor carga de consenso en cuanto a su necesidad, oportunidad y proporcionalidad. En segundo lugar, por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación. En tercer lugar, por el principio de solidaridad, explicado *supra*, que es portador de la justicia redistributiva subyacente en todo sistema de seguridad social.” (fundamento jurídico número 55) (subrayado agregado).

De una manera más precisa, el TC menciona que:

(19) Ídem.

(20) ERMIDA URIARTE, Oscar. Óp. cit., p. 40.

(21) Íbidem.

“la solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo, sino consustancial. El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. Ello tiene que ver con la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales.” (Expediente 2016-2004-AA, fundamento jurídico número 15).

En adición a esto, se señala que “el valor de la solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social (...), el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del ‘otro’, frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada”. (Expediente N° 050-2004-AI-TC, fundamento jurídico número 66). Un último ejemplo es que el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 011-2002-AI/TC, menciona que: “Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones”.

Volvemos a recalcar, la jurisprudencia constitucional hace evidente la necesaria relación que debe existir entre la solidaridad y todo sistema de seguridad social, lo cual en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho conlleva la finalidad de redistribución de los beneficios existentes en la sociedad.

Pese a la necesaria aplicación de dicho principio, el TC reconoce al SPP como un sistema válido de seguridad social enmarcado en nuestro ordenamiento. Por un lado se afirma que todo sistema de seguridad social debe presenciar el principio de solidaridad, según deriva de la propia garantía institucional de la seguridad social⁽²²⁾, pero por otro, tal principio no es necesario en un con-

(22) Intangible no solo para el legislador ordinario, sino incluso para el legislador que actúa como constituyente, según lo prescrito en la sentencia referida a los Expedientes N°s 050-2004-AI y acumulados.

creto sistema (el SPP) pese a que se le reconoce como una forma de seguridad social. No se repara en que ello lleva a que en la población existan personas cuyos aportes sí ingresan a un régimen donde se hace efectiva la presencia de la solidaridad y existan otras cuyos aportes no permitan aplicar tal principio.

Así las cosas, debemos hacer referencia a algunos elementos hoy en día presentes en la regulación del SPP que, en opinión del TC, evidenciarían, al menos tangencialmente, la presencia de solidaridad en este sistema.

Una primera cuestión es la referida a la utilización de los recursos del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales (FCR) a efectos de financiar una pensión mínima en el SPP. En principio, el Decreto Legislativo N° 817 establecía en su artículo 16 que el FCR tiene como objeto respaldar las obligaciones de los regímenes a cargo de la ONP –eminentemente público–; sin embargo, la Ley N° 28991, Ley de libre desafiliación informada, pensiones mínima y complementarias, y régimen especial de jubilación anticipada, estableció que el financiamiento del pago de la pensión mínima del SPP sería cubierta mediante los recursos y la rentabilidad del FCR luego de agotados los recursos de la CIC y del Bono de Reconocimiento, de ser el caso.

En la sentencia referida a la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28991, el TC ha señalado que la constitucionalidad de la disposición antes referida debe analizarse a la luz del principio de intangibilidad de los fondos de la seguridad social establecido en el artículo 12 de la Constitución. Así, el TC resuelve que no existe incompatibilidad alguna con las normas constitucionales en materia de seguridad social, siendo que por el contrario, se encuentra acorde con el principio-derecho de dignidad, siendo además que la intangibilidad no se refiere respecto de un sistema pensionario en específico. En tal sentido el TC entiende que no puede suponerse que “no puedan existir aportes solidarios entre los recursos de cada uno de los sistemas pensionarios a favor de los pensionistas”.

Agrega el supremo intérprete del orden constitucional que esta medida “bien puede ser entendida como un paso adicional en el camino de la unificación progresiva que ha sido promovida por este Colegiado y que debe desarrollarse bajo la senda del contenido axiológico del principio de solidaridad sobre el que se sustenta el sistema de seguridad social (artículo 10 de la Constitución) de un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), regido por una economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución)” (Expediente N° 00014-2007-AI, fundamento jurídico 31).

Sin embargo, esta nota de solidaridad que pretende aceptarse para el caso del SPP no resulta coincidente con la idea de solidaridad en el marco de seguridad social que mantiene la doctrina, la cual parte de los partícipes del

sistema con relación a la forma de financiación a fin de lograr una progresiva universalidad y una mayor distribución de la riqueza entre la sociedad.

Por el contrario, esta circunstancia que mostraría un supuesto rasgo de solidaridad resulta inequitativa e injusta, ya que los recursos del FCR provienen de las reservas actuariales de los regímenes previsionales del Sector Público administrados por la ONP, así como de otros recursos que se destinan por parte del Tesoro Público para este fin. Es decir, un fondo público al cual aportan los afiliados del SNP debe financiar la pensión mínima de personas que no aportan al fondo común.

Entonces, ¿es así como se garantiza una pensión, quitando recursos a los fondos del ya menospreciado sistema estatal? Evidentemente, creemos que ello no es apropiado y, además, no sería acorde al ordenamiento constitucional que consagra la intangibilidad de los fondos de la seguridad social. Creemos pues, que la garantía de la intangibilidad centra su accionar en la manera en que se emplean los fondos destinados a un determinado régimen de la seguridad social, por lo que una utilización indistinta entre los recursos de los diversos regímenes resulta cuestionable. ¿Es que acaso es legítimo ser “solidarios” con los “no solidarios”?

Somos de la opinión que la posición del TC se ve forzada en razón a la inapropiada regulación de los sistemas de pensiones público y privado como alternativos, ya que al depender este último únicamente de los fondos individualmente generados el riesgo de no contar con una pensión digna o mínima va inherente al modelo y el Estado se ve en la necesidad de implementar paliativos que resultarían injustos. Probablemente, distinto sería el panorama en caso existiera un sistema estatal al cual aportarían todos los ciudadanos maximizando los esfuerzos colectivos⁽²³⁾.

En esa línea, este defecto tiene un origen interno, que ha forzado al legislador y al TC ha forzar la esencia de las cosas para mantener una relación que causa cada vez mayores perjuicios: ¿hasta cuándo será posible sostenerse en esta labor de apagar incendios, sin hacer algo por atacar la causa de este?

Una segunda cuestión es la relacionada con el deber de las AFPs de compartir el riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones. De forma sucinta, el TC ha señalado que el hecho de que las pérdidas generadas en la inversión de los fondos de los pensionistas afecten únicamente a los

(23) Se ha calculado que de cerrarse el sistema privado de pensiones e instaurarse la primacía de un régimen estatal podría superarse el déficit del sistema y además sería posible aumentar en un alto porcentaje las pensiones de los jubilados. Al respecto: FRANCKE GUEBALDE, Pedro. “El Sistema Privado de Pensiones peruano: Balance y perspectivas”. En: *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*. Congreso de la República, Lima, 2009, p. 67.

propios afiliados es contrario al deber del Estado de defender a los usuarios de los servicios públicos, a la garantía institucional de un sistema de seguridad social y al principio de solidaridad que rige todo sistema de seguridad social. En ese sentido, exhorta al legislador y a la SBS para que emitan normas dirigidas a que las AFPs asuman también el riesgo en la administración de los fondos con su correspondiente patrimonio que incluye un porcentaje de las comisiones con las cuales se les retribuye.

Ahondando en el principio de solidaridad que permite sustentar su exhortación a realizar tales medidas, el TC ha mencionado que “en aplicación del principio de solidaridad perteneciente al núcleo esencial de la garantía institucional de la seguridad social (...) es constitucionalmente necesario que el riesgo de la inversión realizada con los recursos del fondo privado de pensiones sea también afrontado, solidariamente, con el patrimonio de las AFPs representado por el cobro de las comisiones de administración. Y es que solo de ese modo queda asegurado el compromiso de las referidas empresas en la adecuada gestión de los fondos pensionarios, (...) y solo así queda garantizada la eficiencia en la realización de un servicio público *iusfundamental*, o, en su caso, la debida protección constitucional ante la reducción de la mencionada eficiencia, manifestada en la correspondiente reducción de la contraprestación (las comisiones) por un servicio que no se ha prestado debidamente, todo lo cual deriva de una adecuada interpretación del artículo 65 de la Constitución”. (Expediente N° 0014-2007-PI/TC).

En concordancia con lo antes señalado, creemos que si bien lo dispuesto por el TC implica un mayor involucramiento de los privados en su papel de garantes del derecho fundamental a la pensión, ello tampoco coincide con las líneas características del principio de solidaridad que ha definido la doctrina y el propio TC en su reiterada doctrina.

4. A manera de conclusión

La concepción y la manera en la cual el SPP ha sido insertado en el ordenamiento jurídico peruano –como uno de capitalización individual con carácter alternativo al SNP– hacen posible el cuestionamiento de este sistema como uno de seguridad social.

Tal cuestionamiento se debe a la no presencia del principio de solidaridad que identifica a la seguridad social. Este principio parte de los propios partícipes del sistema, se avoca al financiamiento y trae consigo la finalidad de distribución de los recursos en la sociedad. Así, si bien generaciones pasadas fueron solidarias con nuestra generación, la actual será una generación que no corresponde al aporte de las pasadas y dejará la misma herencia para las futuras.

De lo señalado en su jurisprudencia, el TC ha aceptado la válida configuración del SPP como uno de seguridad social, pese a que este mismo colegiado ha aceptado como nota distintiva de esta garantía institucional el principio de solidaridad.

Si bien el Tribunal ha tratado de sostener la aplicación del principio en el sistema previsional a cargo de los privados mediante lo dispuesto en algunas disposiciones normativas y exhortaciones al legislador y a la SBS, creemos que tales medidas no coinciden con la concepción mayormente aceptada por la doctrina acerca del principio de solidaridad, ni tampoco con su propia concepción; por el contrario, fuerzan el principio y siguen forzando la idoneidad del sistema previsional privado en relación de alternatividad al SNP.

De otra parte, el TC atribuye especiales obligaciones a las AFPs –y a los demás privados que brindan servicios de seguridad social– en razón a que son destinatarias del derecho a la pensión de determinadas personas y por ende, existe un interés público digno de especial atención. Al igual que las medidas originarias, estas salidas son parches que buscan dar determinada descongestión y coherencia al sistema de seguridad social, el cual cada vez se hace más inestable y difícil de contener.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel y José Luis TORTUERO PLAZA. *Instituciones de la Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1995.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *Los principios de la seguridad social*. En: “La seguridad social en el Uruguay”. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.
- FRANCKE GUEBALDE, Pedro. “El Sistema Privado de Pensiones peruano: Balance y perspectivas”. En: *Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones*. Congreso de la República, Lima, 2009, p. 67.
- GRZETICH LONG, Antonio. *Derecho de la Seguridad Social*. Universidad, Montevideo, 1997.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio. “La privatización en la seguridad social”. En: *Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 30.
- NEVES MUJICA, Javier. *La seguridad en la Constitución*. Ponencia presentada en el Quinto Congreso Peruano de Derecho del Trabajo

- y de la Seguridad Social. UNMSM. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1988.
- NEVES MUJICA, Javier. “Los sistemas públicos y privados de pensiones: de la relación alternativa a la complementaria”. En: *Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Arequipa, 2006.
 - PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social? En: *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*. Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Madrid, 1998.
 - VIDAL BERMÚDEZ, Álvaro. “Importancia del Convenio N° 102 de la OIT en la implementación de una reforma solidaria en pensiones. En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009, p. 463.

