





# Laborem

N° 14 / 2015

---

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

---

## EMPRESA Y RELACIONES DE TRABAJO EN EL SIGLO XXI

(Actas del II Curso Internacional de  
Estudios Avanzados  
en Derecho Social)

Número monográfico coordinado por:

Guillermo Boza Pró

Wilfredo Sanguinetti Raymond



SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA  
DE DERECHO DEL  
TRABAJO Y DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL

**Laborem 14**

PRIMERA EDICIÓN  
FEBRERO 2015

500 ejemplares

Prohibida su reproducción  
total o parcial  
DERECHOS RESERVADOS  
D. Leg. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL  
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL  
DEL PERÚ  
2015-02686

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

DISEÑO DE CARÁTULA  
Martha Hidalgo Rivero  
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES  
Miguel Ángel Salinas Arica

SOCIEDAD PERUANA  
DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RUC N° 20108098512

Av. Víctor Andrés Belaunde N° 395  
San Isidro, Lima

Impreso en:

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

## ÍNDICE

Presentación	
Jaime Zavala Costa y Raúl G. Saco Barrios .....	9
Prólogo	
Guillermo Boza Pró y Wilfredo Sanguineti Raymond .....	11

---

### CONFERENCIA INAUGURAL

---

#### MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Los derechos constitucionales de los trabajadores en la Unión Europea.....	17
--	----

---

### PONENCIAS

---

#### MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA

Flexibilidad en condiciones de trabajo y adecuación de plantillas. Alcance y límites.....	33
---	----

#### ORLANDO DE LAS CASAS

Los poderes de dirección y control y sus límites en la sociedad de la información.....	55
--	----

#### ESTELA OSPINA SALINAS

El Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo en la legislación vigente.....	81
---	----

**WILFREDO SANGUINETI RAYMOND**

El impacto de las dificultades económicas de la empresa en las relaciones de trabajo..... 115

**JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU**

El tratamiento jurídico de las reestructuraciones empresariales en el Derecho Laboral peruano ..... 129

**ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS**

El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado ..... 153

**GUILLERMO BOZA PRÓ**

Negociación colectiva y arbitraje potestativo ..... 187

**MIGUEL F. CANESSA MONTEJO**

Transformaciones del trabajo y nuevas formas de representación colectiva de los trabajadores en la empresa..... 195

---

**CONFERENCIA DE CLAUSURA**

---

**ADRIÁN GOLDIN**

Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del Derecho del Trabajo..... 237

## **SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **Consejo Directivo 2013-2015**

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

### **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 (†)	Arbulú Alva, Luis (†)
Arce Ortiz, Elmer	Arévalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo Sergio	Balta Varillas, José
Barrenechea Calderón, Julio César	Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Boza Pró, Guillermo	Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Canessa Montejo, Miguel Francisco	Carrillo Calle, Martín Alberto
Castillo Montoya, Nixon Javier	Castro Otero, José Ignacio
Cavalié Cabrera, Paúl	Ciudad Reynaud, Adolfo
Cornejo Vargas, Carlos	Cortés Carcelén, Juan Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia	Cuzquén Carnero, Jaime
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando	De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Espinoza Escobar, Javier	Ferro Delgado, Víctor
Franco Pérez, Julio	Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando	García Landaburu, María Katia
Gonzáles Hunt, César José	González Nieves, Orlando
Guzmán Barrón Leidinger, Cecilia	Herrera Gonzales-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo	Lengua Apolaya, César
Marcenaro Freís, Ricardo Arturo	Matallana Ruiz, Roberto

Matos Zegarra, Mauricio  
Mejía Madrid, Renato  
Morales Corrales, Pedro Gonzalo  
Morales Morante, Carlos Guillermo  
Neves Mujica, Javier  
Ospina Salas, Estela  
Paredes Palacios, Paúl  
Pasco Lizárraga, Mario  
Pizarro Díaz, Mónica  
Puntriano Rosas, César Alfredo  
Quispe Montesinos, Carlos Alberto  
Saco Barrios, Raúl Guillermo  
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan  
Tsuboyama Shiohama, Liliana Pilar  
Ugaz Olivares, Mauro  
Vidal Bermudez, Álvaro  
Vilchez Garcés, Lidia  
Villacorta Ramírez, Edmundo  
Vinatea Recoba, Luis  
Zavaleta Cruzado, Róger Enrique

Mayorga Miranda, Víctor  
Mendoza Legoas, Luis  
Morales González, Néstor  
Mortola Flores, Italo Román  
Núñez Paz, Sandro  
Pacheco Zerga, Luz  
Pasco Cosmópolis, Mario Martín (†)  
Pilotto Carreño, Luigino  
Prelle Mayuri, Herbert  
Quiñones Infante, Sergio Arturo  
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán  
Sanguinetti Raymond, Wilfredo  
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis  
Toledo Toribio, Omar  
Ulloa Millares, Daniel Augusto  
Vidal Salazar, Michael  
Vilela Espinosa, Anna  
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo  
Zavala Costa, Jaime

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

Carlos Blancas Bustamante  
Ricardo Nugent López  
Néstor de Buen Lozano  
Jean Claude Javillier  
Alfredo Montoya Melgar  
Américo Plá Rodríguez (†)  
Héctor Hugo Barbagelatta (†)  
Guillermo Gonzales Rosales (†)  
Javier Vargas Vargas (†)  
Antonio Ojeda Avilés

Fernando Elías Mantero  
Jorge Capriata D'auro  
Oscar Ermida Uriarte (†)  
Emilio Morgado Valenzuela  
Fernando Suárez González  
Mozart Víctor Russomano (†)  
Manuel Alonso Olea (†)  
Ricardo La Hoz Tirado (†)  
Joaquín Leguía Gálvez (†)  
Manuel Carlos Palomeque López

## PRESENTACIÓN

Del 12 al 23 de mayo de 2014 se realizó en Lima la segunda edición del Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social, organizado conjuntamente por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca, y dirigido por Guillermo Boza y Wilfredo Sanguinetti, esta vez, dedicado al tema “Empresa y relaciones de trabajo en el siglo XXI”.

Las ponencias estuvieron a cargo de Manuel Carlos Palomeque, Manuel Álvarez de la Rosa, Orlando de las Casas, Estela Ospina, Wilfredo Sanguinetti, Jorge Toyama, Alfredo Villavicencio, Guillermo Boza, Miguel Canessa y Adrián Goldin. Todas ellas están reunidas en el presente número de *Laborem*.

Gracias a los directores del curso que han aceptado –por segunda vez, ya que en *Laborem* N° 13 publicamos las ponencias concernientes a la primera versión del curso– la iniciativa de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) respecto a publicarlas en nuestra revista institucional.

Ofrecemos, pues, a nuestros asociados y lectores esta publicación. Esperamos que sea de su mayor utilidad y provecho.

Lima, enero de 2015

**JAIME ZAVALA COSTA**

Presidente de la SPDTSS

**RAÚL G. SACO BARRIOS**

Secretario de Biblioteca y Publicaciones



## PRÓLOGO

Si algo resulta particularmente llamativo dentro de la construcción tradicional del Derecho del Trabajo, sin importar el país al que venga referida, es la muy escasa atención que suele prestar al empleador y a la empresa. Mientras las normas legales, las decisiones de los tribunales y los estudiosos dedican por lo general un enorme esfuerzo a la delimitación de los rasgos que identifican la noción de trabajador, nada de ello ocurre, en cambio, con el empleador y la empresa, que solamente interesan desde una perspectiva puramente instrumental: en tanto sujeto que recibe la prestación de servicios del trabajador y ámbito en el que esta última se desarrolla, respectivamente.

Aunque práctica, esta aproximación en clave exclusivamente “refleja” al empleador y la empresa, detrás de la que se sitúa por lo general el propósito de ampliar al máximo el ámbito de aplicación de los ordenamientos laborales por la vía de no incluir ningún requisito vinculado con la subjetividad del acreedor y la entidad de la organización dentro de la que se trabaja<sup>(1)</sup>, contradice la evidencia aportada por la experiencia histórica, a la luz de la cual el “reflejo” debería operar más bien en sentido inverso, ya que han sido la empresa capitalista y los procesos de acumulación a ella asociados los que, en todo caso, han “inventado” al trabajador<sup>(2)</sup>. A la vez, se trata de una visión que no toma en cuenta que, en una economía de mercado es el empleador el que asume un papel protagónico dentro

---

(1) Según observa J. Cruz Villalón. “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”. En: RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. (coordinador). *El empleador en el Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999, pp. 31-32.

(2) Conforme apunta DESDENTADO DAROCA, E.. *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 34.

de la relación laboral, al encontrarse dotado de poderes que le permiten configurar el contenido de la prestación del trabajador de acuerdo con su voluntad e intereses. Y que la empresa es el espacio concreto dentro del cual dichos poderes se ejercen y adquieren corporeidad.

Naturalmente, dicha concepción descansa sobre un presupuesto que pocas veces se explicita pero que no es posible mantener en la actualidad, no otro que el de la irrelevancia para el ordenamiento jurídico de las singulares características del ámbito en el que dichos poderes se ejercen, es decir, de la empresa. Una circunstancia que tiene mucho que ver con el hecho de que a lo largo de la mayor parte de la andadura del Derecho del Trabajo empleador y empresa hayan sido nociones coextensas. Y también con la existencia de unas condiciones de desarrollo de la actividad económica dentro de las cuales las singularidades de cada organización tenían una importancia menor dentro del mercado.

Transformaciones profundas en la realidad sobre la que opera el contrato de trabajo han contribuido, sin embargo, a alterar este sencillo panorama en las últimas décadas. De un lado, dando lugar a nuevas formas de organización de la producción que han hecho caer por tierra el modelo clásico y autárquico de empleador y de empresa sobre el que se asienta la construcción antes descrita. Y del otro, convirtiendo a la especialidad y la diferenciación en un elemento clave para el éxito de cualquier proyecto productivo.

El resultado de este doble movimiento, a cuyo favor soplan con cada vez más fuerza el cambio económico y tecnológico y las nuevas tendencias organizacionales, es un renovado protagonismo dentro del moderno Derecho del Trabajo, tanto del empleador como de la empresa. Al extremo de poderse decir que buena parte de las transformaciones recientes de los ordenamientos laborales apuntan, precisamente, a atender sus requerimientos, incluso a riesgo de descuidar injustificadamente la dimensión de tutela que es consustancial a las normas laborales dentro de un Estado social y democrático de derecho.

Conscientes de la importancia de esta nueva realidad en ciernes, de la necesidad de ponderar sus alcances y límites, así como su impacto sobre el ordenamiento laboral peruano, los directores del Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social, que con periodicidad anual organizamos de forma conjunta la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca, decidimos dedicar su segunda edición, que se celebró en Lima entre el 12 y el 23 de mayo de 2014, al tema Empresa y relaciones de trabajo en el siglo XXI. El resultado de esta actividad han sido las ponencias que se reúnen ahora en el presente número

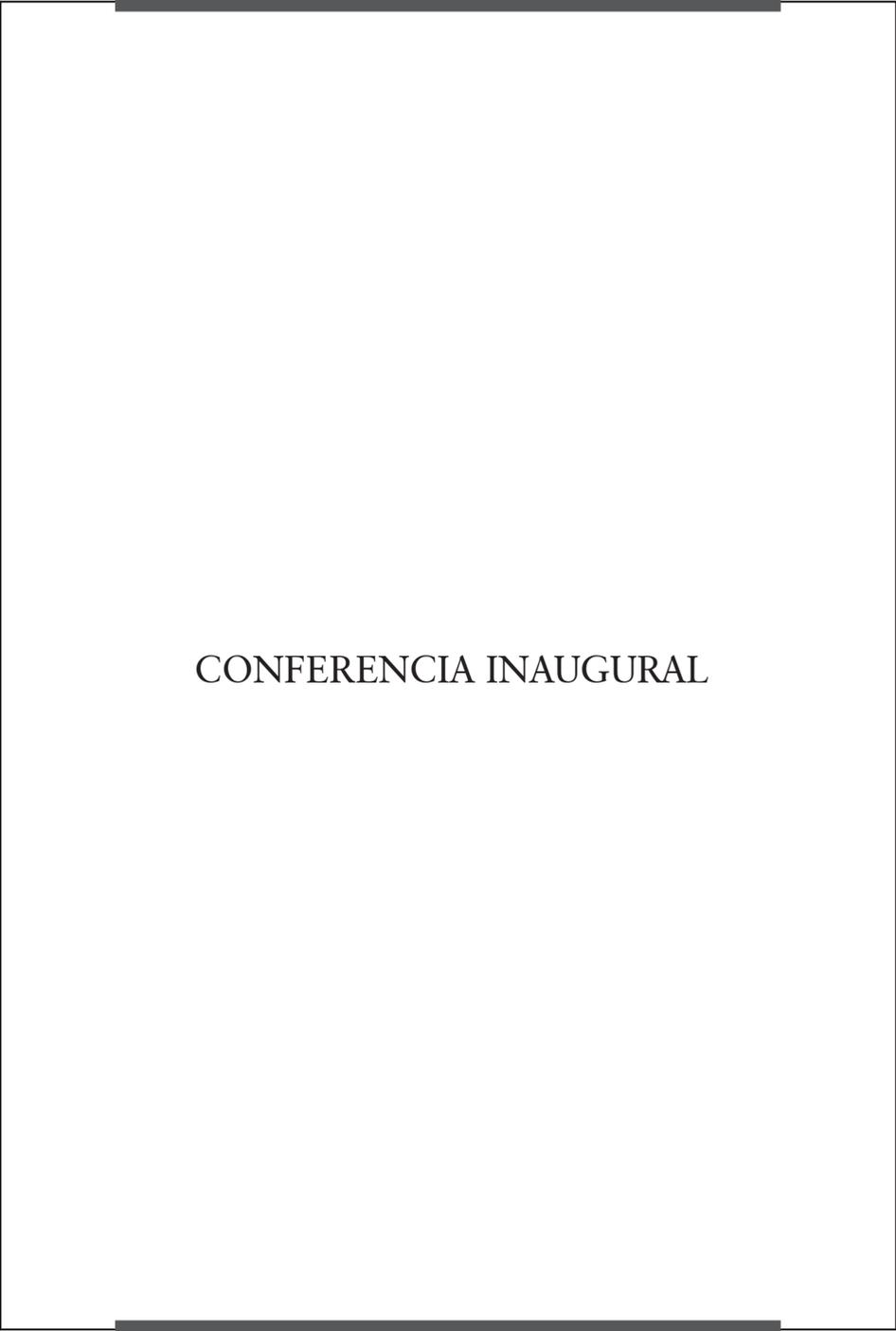
monográfico de la revista *Laborem*, gracias a la iniciativa del presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y que, una vez más, nos complacemos de poner al alcance de la comunidad académica y profesional interesada en acceder al debate más actual sobre las líneas de continuidad y de transformación del Derecho del Trabajo contemporáneo.

Lima y Salamanca, 4 de noviembre de 2014.

**Guillermo BOZA PRÓ y Wilfredo SANGUINETI RAYMOND**

Directores del II Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social





CONFERENCIA INAUGURAL



# LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ<sup>(1)</sup>

## I. LA UNIÓN EUROPEA Y EL PROCESO DE SU CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL

---

La Unión Europea (UE) es la organización supranacional resultante de la evolución institucional que acompaña al proceso de integración surgido en Europa después de la Segunda Guerra Mundial a partir de la constitución de las Comunidades Europeas: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA, Tratado de París, 18 de abril de 1951), la Comunidad Económica Europea (CEE, Tratado de Roma, 25 de marzo de 1957), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom, Tratado de Roma, 25 de marzo de 1957). La originaria Europa de los Seis (Alemania Federal, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) que surge de estos tratados fundacionales iba a experimentar de forma continuada un proceso de desarrollo caracterizado por la unificación institucional, la ampliación territorial y la progresiva asunción de fines y objetivos ampliados, con la construcción política europea como horizonte.

---

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca, España.

Las tres comunidades, que arrancaban literalmente con una organización propia para cada una, alcanzaban desde el primer momento, sin embargo, su unificación institucional, mediante la disposición de órganos unitarios para las mismas. Así, el Convenio sobre Instituciones Comunes (anexo a los Tratados de Roma) configuraba ya el Parlamento Europeo (la Asamblea), el Tribunal de Justicia y el Comité Económico y Social como órganos únicos de dichas comunidades. Por otra parte, el Tratado de Fusión (1965) establecía años más tarde un Consejo y una Comisión también unitarios para las tres comunidades. También, la inicial comunidad de seis Estados asistía a una progresiva ampliación territorial, con la sucesiva adhesión de nuevos miembros, hasta alcanzar en la actualidad el número de veintiocho Estados integrantes de la Unión Europea. Se adoptaron sucesivamente, así pues, los Tratados de adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido (1972), Grecia (1981), España y Portugal (1985), Austria, Finlandia y Suecia (1994), República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y República Eslovaca (2003), Bulgaria y Rumania (2005) y, por el momento, Croacia (2011). El proceso sigue abierto, en fin, a futuras adhesiones de otros Estados europeos.

La misión y los fines previstos de modo inicial por los tratados fundacionales de las comunidades europeas serán objeto con el tiempo, asimismo, de un continuado proceso de ampliación material, cuyos hitos básicos, constitutivos de otras tantas etapas de la integración europea, están jalados por los siguientes tratados modificativos:

1. El Acta Única Europea (AUE, 28 de febrero de 1986), que establecía como nueva meta comunitaria para 1992 la consecución de un verdadero “mercado interior único” (“espacio sin fronteras interiores”) entre los Estados miembros, garantizando finalmente la libre circulación de mercancías, servicios y capitales. El AUE mejoraba el sistema comunitario de toma de decisiones y ampliaba las competencias de la Comunidad a las políticas de medio ambiente y de investigación y desarrollo tecnológico, incorporando asimismo el principio de la “cohesión económica y social”, materializado en los llamados “fondos estructurales”, como contrapunto necesario del mercado interior para las regiones, capas de población y sectores menos favorecidos, con vistas a un desarrollo armonioso de la Comunidad.

2. El Tratado de la Unión Europea (TUE, Maastricht, 7 de febrero de 1992), que daba paso a “una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, próxima a los ciudadanos” (la Comunidad Europea). La Unión Europea descansaba, así pues, sobre una estructura de tres “pilares”. Dentro del primero (pilar comunitario clásico), el TUE modificaba el TCE y el AUE con importantes aportaciones (objetivos, art. B): 1) la creación de una “ciudadanía de la unión” con el fin de “reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros”; 2) el fortalecimiento de la “cohesión económica y social”; 3) el establecimiento de una “unión económica y monetaria” que conduciría en 1999 a una moneda única; 4) la incorporación de nuevas políticas y acciones comunitarias en los campos de la salud pública, la cultura, la protección de los consumidores, la educación, la industria, las grandes redes transeuropeas y la cooperación al desarrollo; 5) el reforzamiento de determinadas políticas comunitarias ya existentes (medio ambiente, investigación y desarrollo, formación profesional y política social); y, por último, 6) la introducción de algunas modificaciones institucionales que venían a reforzar la democracia en el seno de la Comunidad y el control de sus acciones. El segundo pilar se refería a la realización de una “política exterior y de seguridad común”, que “incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común” (art. B y título V), sucesora de la anterior cooperación política europea. Y, finalmente, el tercer pilar, relativo a la cooperación en asuntos de “justicia e interior” (art. B y título VI), sobre la base de considerar ámbitos de interés común las cuestiones sobre la política de asilo y de inmigración, la cooperación policial (Europol), la lucha contra las toxicomanías y la cooperación judicial, civil y penal.
3. El Tratado de Amsterdam (TA, 2 de octubre de 1997) procedía, de acuerdo con las previsiones de revisión contenidas en el propio TUE (convocatoria de una Conferencia Intergubernamental en 1996), a la profunda modificación del TUE (política exterior y de seguridad común y asuntos de justicia e interior), así como de los Tratados de las Comunidades Europeas y el re-

forzamiento de las políticas y la reforma de las instituciones de las mismas, realizando además una sustancial simplificación de dichos textos a través de la supresión de artículos inaplicables y de una nueva numeración consecutiva de los articulados.

4. El Tratado de Niza (TN, 26 de febrero de 2001), que modificaba asimismo el TUE y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, se proponía la preparación de la Unión Europea para la ampliación de nuevos Estados miembros, incidiendo de modo singular sobre dos grandes ejes de actuación: 1) la adaptación de las instituciones comunitarias a un nuevo equilibrio del peso de los Estados miembros, ajustado a sus respectivas poblaciones; 2) la flexibilización y la extensión (también al segundo pilar, política exterior y de seguridad común) de la técnica de la cooperación reforzada, introducida por el TA e inédita hasta el momento.

Después de Niza, se abrió paso una nueva preocupación comunitaria sobre el “futuro de la Unión Europea” (Declaración de Laeken, acordada por el Consejo Europeo de diciembre de 2001), a la que con razón se consideraba en “una encrucijada, en un punto de inflexión de su existencia” ante los nuevos desafíos que tenía ante sí dentro y fuera de su ámbito institucional (implantación del euro en 2002, ampliación territorial hacia el este y el sur europeos, globalización, terrorismo internacional, flujos migratorios) y la exigencia inaplazable de adopción de reformas profundas para “llegar a ser más democrática, transparente y eficaz”. Se reconocía abiertamente, así pues, la necesidad de acometer el “camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos”. A cuyo fin, se convocaba una Convención, presidida por Giscard d’Estaing, con el encargo preciso de “examinar las cuestiones esenciales que plantea el futuro de desarrollo de la Unión e investigar las distintas propuestas”, así como de la preparación de una Conferencia Intergubernamental a tal propósito. Todo ello habría de desembocar finalmente en un importante nuevo tratado.

5. El tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCoE, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004), que, sin

perjuicio de la “sucesión y continuidad jurídica” e institucional del acervo comunitario, se proponía derogar los tratados anteriores al tiempo de su entrada en vigor, prevista para el día 1 de noviembre de 2006 tras su ratificación por los Estados miembros. Se había entrado, sin duda, en una nueva etapa dentro del proceso de integración europea, que cerraba el método funcional precedente del “paso a paso” o de “realizaciones concretas” (la integración europea funcionalista propuesta en 1950 por el ministro de Asuntos Exteriores francés Jean Monnet) para alcanzar el ambicioso objetivo de la refundación política de la Unión Europea. El Tratado Constitucional, que no podía ser contemplado desde luego conforme al esquema de los procesos constituyentes de carácter nacional (se trataba de un mero tratado internacional), incorporaba a su contenido la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión* e introducía cambios de envergadura en la regulación de las instituciones y órganos de la Unión, así como en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las políticas y acciones comunitarias.

Sin embargo, el proceso de ratificación del Tratado iba a demostrar de inmediato que el salto político trascendental acordado para la Unión Europea no pasaría de un ilusionante aunque baldío intento. En efecto, el rechazo del texto en los referendos francés y holandés (procedente por sorpresa del núcleo de los Estados fundadores) situaba efectivamente al Tratado y con él al ambicioso proyecto político que lo sustentaba en una vía muerta un año antes del desenlace esperado (a pesar de las dieciocho ratificaciones producidas hasta ese momento, la de España entre ellas), abriéndose en consecuencia dentro de la Comunidad una crisis institucional sin precedentes, que dejaba a las claras un desequilibrio estructural entre las aspiraciones constitucionales y las resistencias nacionales (de algunos Estados miembros) dentro de la geometría comunitaria. Y así, tras un prolongado “periodo de reflexión”, la Unión Europea encontraba al fin en el Consejo Europeo de junio de 2007 (previa la declaración de Berlín, el 25 de marzo de 2007, con motivo del cincuenta aniversario del Tratado de Roma) el camino para salir de tan complicado bloqueo insti-

tucional. No habría de ser otro, así pues, que la elaboración de un nuevo Tratado de reforma conforme al rescatado método clásico de negociación diplomática en el seno de una Conferencia Intergubernamental.

6. El Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TL, firmado en el Monasterio de los Jerónimos de la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007), ponía así fin de momento a la grave crisis comunitaria referida. A pesar de su estructura simple (siete artículos, precedidos de un breve preámbulo, los dos primeros destinados a las profundas modificaciones llevadas a cabo en TUE y TCE, y numerosos protocolos y declaraciones anejos), se trata desde luego de un texto provisto de una gran complejidad técnica. La Unión Europea resultante, que sucede a la Comunidad Europea y a su estructura en pilares, está regulada por un doble instrumento originario: 1) un tratado de carácter básico, que recoge las normas fundamentales o constitucionales de la Unión, el Tratado de la Unión Europea (TUE), que conserva pues su denominación, aunque provisto de un nuevo contenido; y 2) un tratado de desarrollo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que sustituye al TCE en la regulación de las instituciones, competencias y procedimientos de actuación de la Unión. Con todo, ambos tratados (sus versiones consolidadas se encuentran en DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010) tienen el “mismo valor legal”.

El Tratado de Lisboa ha mantenido buena parte de las aportaciones orgánicas y competenciales contenidas en el fallido Tratado Constitucional, además por cierto de nuevos compromisos materiales en ámbitos relativos a la energía y el cambio climático. La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* no forma parte del Tratado, aunque sí se asegura su carácter jurídico vinculante (“la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta [...], tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, art. 6.1 TUE), poniéndose fin a esta cuestión, que no logró cerrarse en Niza.

Por lo demás, el Tratado elimina de su título y contenido toda referencia a una Constitución Europea, sin que se pretenda así la elaboración de un texto normativo único, ni una refundación institucional, ni la derogación de los actuales tratados, limitando por tanto su alcance regulador a la mera reforma, aunque en profundidad, del Derecho originario de la Unión. Y, además de volver al “método intergubernamental” que se creía superado para la modificación del Derecho de la Unión, el Tratado consagra, finalmente, un decepcionante “modelo flexible de Europa a la carta”, que permite un juego importante de excepciones en materias de derechos fundamentales (Reino Unido y Polonia) y de política exterior y de seguridad común (todos los Estados miembros). Una Europa a la “medida de los gobiernos” es, a fin de cuentas, el peaje debido por la salida del fiasco del Tratado Constitucional y de su recorrido imposible.

La entrada en vigor del Tratado, prevista inicialmente para el 1 de enero de 2009 (“siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación”) o, en su defecto, para “el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad” (art. 6.2 TL), quedaba también paralizada *sine die*, sin embargo, como consecuencia de un nuevo rechazo estatal a la ratificación del texto, decidido en referéndum en este caso por la República de Irlanda. La Unión, desbordada una vez más en sus previsiones institucionales, propiciaba más adelante la repetición de la consulta irlandesa, cuando todos los demás Estados habían ya completado la ratificación del Tratado, que deparaba en este caso un resultado popular favorable. De este modo, el Tratado de Lisboa entraba en vigor al fin el día 1 de diciembre de 2009.

Y así, tras el Tratado de Lisboa, la Unión Europea, que “tiene personalidad jurídica” (art. 47 TUE) y “a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes” (art. 1 TUE), “sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea” (art. 1 TUE). Ello significa, en consecuencia, que las expresiones “Unión Europea” y “Derecho de la Unión” habrán de sustituir, ya en lo sucesivo, a las precedentes “Comunidad Europea” y “Derecho comunitario”, reservadas ahora tan solo en su caso para el cuerpo institucional y normativo de la organización anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

## II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

---

El Derecho de la Unión Europea, que en tanto que organización supranacional autónoma cuenta con su propio ordenamiento jurídico, comprende un doble tipo de normas jurídicas, diferenciables por su jerarquía, así como por la función que cumplen dentro del sistema institucional de la misma.

Por lo pronto, el denominado “Derecho originario o primario”, de rango jerárquico superior al resto del ordenamiento comunitario (la *constitución* material de la Comunidad), integrado históricamente por los Tratados fundacionales de las tres Comunidades (TCECA, TCEE y TCEEA), los Tratados modificativos de estos (Convenio sobre Instituciones Comunes, Tratado de Fusión, AUE, TUE, TA, TN y TL) y los sucesivos Acuerdos de adhesión de Estados miembros. En la actualidad, como se sabe, la Unión se “fundamenta” en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (se designarán con la expresión “los Tratados”), que “tienen el mismo valor jurídico” (arts. 1 TUE y TFUE).

Y, después, el “Derecho derivado”, integrado (en aplicación del Derecho originario) por el conjunto de disposiciones emanadas de las instituciones de la Unión que tienen atribuido poder normativo (el procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de la norma correspondiente, art. 289.1 TFUE), cuales son las siguientes (art. 288 TFUE): 1. El “reglamento”, que tendrá un “alcance general”, “será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. 2. La “directiva”, que “obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse”, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales “la elección de la forma y de los medios” (la intervención normativa del Estado miembro destinatario es así necesaria para transformarla en Derecho interno). 3. La “decisión” será “obligatoria en todos sus elementos” y “cuando designe destinatarios solo será obligatoria para estos”. Por lo demás, las “recomendaciones” y los “dictámenes” de las instituciones “no serán vinculantes”, careciendo por ello de carácter normativo.

La “aplicabilidad directa” es, ciertamente, una característica propia y privativa de los reglamentos comunitarios, en la medida en que, como se ha indicado, estos son obligatorios en todos sus elementos y “directamente

aplicable(s) en cada Estado miembro” (art. 288 TFUE). Ello significa, ciertamente, que los reglamentos obligan de modo inmediato y directo, una vez publicados en el Diario Oficial (DOUE), sin que sea menester su reproducción o transcripción en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Ello no ocurre, sin embargo, con las directivas, cuyo “resultado” obligatorio está mediatizado por la elección por las autoridades nacionales “de la forma y de los medios” con que aquel deba conseguirse (art. 288 TFUE). Así pues, en tanto que las directivas necesitan de su desarrollo por el ordenamiento del Estado, esto es, de su “transposición” al Derecho interno (desarrollo normativo, ejecución administrativa, aplicación judicial, etc., según los casos), al servicio de la armonización o aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, hay que decir que las mismas carecen lógicamente de aplicabilidad directa.

Una noción distinta es, desde luego, aunque que no siempre se diferencie con precisión, la de “efecto directo” de las normas de la Unión o capacidad de las mismas para amparar pretensiones jurídicas de particulares en los respectivos ordenamientos jurídicos. Es evidente, así pues, que los reglamentos no solo poseen aplicabilidad directa en el sentido antes mencionado, sino también el efecto directo de generar derechos y obligaciones para los particulares.

Por lo que se refiere a las directivas, y frente a la interpretación tradicional que les negaba este efecto directo, en la medida en que se trata ciertamente de normas dirigidas a los Estados y necesitadas por ello de desarrollo interno (asimilables en su naturaleza por tanto a las leyes de bases del Estado), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha terminado por atribuírselo en los supuestos de falta o insuficiencia de transposición de la norma al Derecho interno, siempre y cuando la directiva contenga una “regulación autosuficiente” y sea susceptible por ello de ser aplicada por los jueces nacionales.

El Derecho de la Unión Europea (originario y derivado) constituye, ciertamente, un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales. Esta vinculación entre Derecho de la Unión y ordenamiento jurídico interno del Estado miembro descansa naturalmente sobre el “principio de primacía” de aquel, por cuanto que, de acuerdo con el propio Tribunal de Justicia, resultaría incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico

nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación todo lo necesario para descartar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente constituyen un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias.

Con todo, la primacía del Derecho de la Unión sobre el ordenamiento interno no afecta a las normas constitucionales, ya que la eventual colisión entre ambos instrumentos se salda en los distintos sistemas jurídicos nacionales, por lo común, en favor de la aplicación preferente de la propia Constitución. La aplicación directa del Derecho de la Unión conforme a los principios examinados corresponde, así pues, a los propios jueces nacionales (los órganos judiciales de los Estados miembros), convertidos a tal fin en verdaderos jueces comunitarios, sin perjuicio, claro es, de las competencias jurisdiccionales que en este punto tiene atribuidas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de modo singular el recurso por incumplimiento (art. 259 TFUE) y la decisión prejudicial (art. 267 TFUE).

### III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

---

Los esfuerzos realizados por incorporar a los Tratados una relación de los derechos sociales fundamentales de los ciudadanos comunitarios (el trascendental debate sobre la “constitucionalización” de los derechos sociales) han arrojado hasta ahora algunos hitos principales.

Inicialmente, la adopción de la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (1989), aprobada realmente como “declaración” de carácter político por solo once (de los entonces doce) Estados comunitarios (excepción del Reino Unido) en el seno del Consejo Europeo de Estrasburgo, constituye una pretenciosa realización (fallida en buena medida, sin embargo) en este terreno. La Carta, que tiene por objeto, por una parte, “consagrar el progreso ya realizado en el ámbito social” y, por otra, “afirmar de forma solemne que la aplicación del Acta Única debe tomar plenamente en consideración la dimensión social de la Comunidad y que, en este contexto, es necesario garantizar en los niveles adecuados el desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Europea”

(preámbulo), define en el primero de sus títulos el contenido de los siguientes derechos sociales fundamentales de los trabajadores comunitarios: libre circulación, empleo y remuneración, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación, protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo, protección de los niños y de los adolescentes personas de edad avanzada y minusválidos.

El título segundo de la Carta se ocupa de su aplicación, incorporando a tal fin la declaración de que la garantía de los derechos sociales establecidos y la plena aplicación de las medidas indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior “corresponden más particularmente, en el marco de una estrategia de cohesión económica y social, a la responsabilidad de los Estados miembros conforme a las prácticas nacionales, en especial por medio de la legislación y de los convenios colectivos” (ap. 27). La “dosis nacional” del instrumento prevalece, así pues, sobre la “comunitaria”, al ponerse la efectividad de la Carta en las manos de los Estados miembros a través de las correspondientes prácticas internas. A fin de cuentas, la Carta Comunitaria no dejaba de ser un importante documento político, expresivo tan solo del nivel que podía ser alcanzado en su momento por la construcción social europea, aunque de limitada trascendencia jurídica. Disponía de un contenido escasamente innovador que seguramente trataba de generalizar las conquistas sociales adquiridas dentro del modelo europeo vigente. En cumplimiento de lo establecido en la propia Carta, la Comisión aprobaba un “programa de acción” (1989) para su aplicación en el inmediato futuro, con la propuesta de adopción de los instrumentos jurídicos adecuados (buena parte de los cuales se convertían en otras tantas directivas en los años sucesivos) para el desarrollo efectivo de los derechos sociales contemplados.

En segundo lugar, el acceso de los derechos a los Tratados de la Comunidad Europea (“constitucionalización” indirecta de los mismos) llevado a cabo por el Tratado de Amsterdam (1997). De este modo, como establece la nueva redacción del preámbulo del TUE incorporada por aquel, las partes contratantes confirman “su adhesión” a los derechos sociales fundamentales de los trabajadores comunitarios, tal como han sido definidos en la Carta Social (1961) y en la mencionada Carta Comunitaria (1989). Además, en fin, de que la Comunidad y los Estados miembros habrán de tenerlos “presentes” en la formulación de sus objetivos de política social (art. 136 TCE, redactado conforme al TA).

Y, en último término, y por el momento, la adopción de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000, adaptada en 2007), los laborales y de protección social entre ellos, elaborada en el seno de una Convención de composición comunitaria e intergubernamental, cuyo encargo decidía el Consejo Europeo de Colonia (1999), era finalmente aprobada y proclamada el día 7 de diciembre de 2000 por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión durante la celebración del Consejo Europeo de Niza, que, sin embargo, aplazaba la decisión acerca de su naturaleza jurídica y de su eventual incorporación al Tratado.

Los trabajos de adaptación de la Carta llevados a cabo con posterioridad en el seno de la Convención y de la Conferencia Intergubernamental, especialmente de sus “disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación” (título VII, arts. 51 a 54), con el propósito de que fuera jurídicamente vinculante, concluían en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 con la firma y proclamación solemne de la Carta *adaptada* por los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en una ceremonia que tenía lugar precisamente la víspera de la firma del Tratado de Lisboa. La Carta, que recoge adaptándolo el texto de 2000, al que sustituye desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, era publicada en el Diario Oficial dos días después, junto a las, también adaptadas, *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, que “si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta”.

La Unión, que se propone de este modo (“dotándoles de mayor proyección mediante una Carta”) reforzar “la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos” (preámbulo), reconoce en consecuencia los derechos y libertades establecidos en la misma, cuyas disposiciones “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión” (art. 51). Sin embargo, el régimen especial acordado con Polonia y el Reino Unido en el Tratado de Lisboa (Protocolo sobre la aplicación de la Carta a estos dos Estados, anexo a TUE, TFUE y, en su caso, TCEEA) excluye decididamente a ambos de la vinculación jurídica de la Carta.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta aparecen agrupados, conforme a criterios sistemáticos discutibles por cierto, del siguiente modo:

- “Dignidad” (título I, arts. 1 a 5): dignidad humana, derecho a la vida, derecho a la integridad de la persona, prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.
- “Libertades” (título II, arts. 6 a 19): derecho a la libertad y a la seguridad, respeto a la vida privada y familiar, protección de datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de expresión y de información, libertad de reunión y de asociación (en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, “lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”), libertad de las artes y de las ciencias, derecho a la educación, libertad profesional y derecho a trabajar, libertad de empresa, derecho a la propiedad, derecho de asilo y protección en caso de devolución, expulsión y extradición.
- “Igualdad” (título III, arts. 20 a 26): igualdad ante la ley, no discriminación, diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad entre hombres y mujeres (en todo los ámbitos, “inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”), derechos del niño, derechos de las personas mayores e integración de las personas discapacitadas.
- “Solidaridad” (título IV, arts. 27 a 38): derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva (“incluida la huelga”), derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente y protección de los consumidores.
- “Ciudadanía” (título V, arts. 39 a 46): derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, dere-

cho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, el defensor del pueblo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia y protección diplomática y consular.

- “Justicia” (título VI, arts. 47 a 50): derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.

La *Carta de los Derechos Fundamentales*, que se incorporaba con literalidad al fallido Tratado Constitucional, no forma parte, sin embargo, del Tratado de la Unión Europea en vigor resultante del Tratado de Lisboa, aunque sí queda asegurado su carácter jurídico vinculante: “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 TUE).

# PONENCIAS



# FLEXIBILIDAD EN CONDICIONES DE TRABAJO Y ADECUACIÓN DE PLANTILLAS. ALCANCE Y LÍMITES

---

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA<sup>(1)</sup>

---

## I. LA PERMANENTE REFORMA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y EL RIESGO DE ROMPER SU FUNCIÓN EQUILIBRADORA: EL CASO ESPAÑOL

---

La necesidad de acomodar o adaptar la regulación (algo más que la legislación) a las necesidades del proceso productivo es una constante en la historia del Derecho del Trabajo y, por lo mismo, en la de su contenido normativo. Las transformaciones económicas y sociales han acompañado siempre al sistema fundado en la libre empresa, contrapesándose con elementos correctores y de control nacidos en el marco del Estado social y democrático de derecho. El sistema productivo cambia y evoluciona y con él el entorno social. Es, sin más, una realidad que no por obvia deja de ser determinante porque en ella surge y se despliega el debate, de naturaleza política, de cuánta intensidad debe ser el alcance de las transformaciones y qué mecanismos reguladores o de control deben instalarse. En tal debate están insertos poderosos intereses contrapuestos que giran alrededor del desarrollo de un poder de dirección empresarial que pretende aumentar sin controles y con la correlativa disminución de importantes garantías adquiridas por los trabajadores a lo largo de muchos años, en particular después de la Segunda

---

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna, España.

Guerra Mundial. Tensiones que reflejan posiciones ideológicas que pretenden el desarme de normas equilibradoras, disminuyendo la intervención del Estado, el papel de la negociación colectiva o, incluso, mecanismos de protección social. Al otro extremo, las que buscan, casi siempre con poco éxito, adoptar las transformaciones económicas y sociales a través de un permanente diálogo que haga posible que los cambios en el sistema productivo no provoquen una dislocación social que cause enormes perjuicios en amplias capas de la población. En suma, lo que está en juego es mantener la ya secular historia de la progresiva limitación del poder de dirección.

En el debate abierto (aunque mejor será decir, siempre presente) se ha instalado el vocablo venido del ámbito de la Unión Europea, la *flexiseguridad*. Nace tal idea en el ámbito de una necesaria alteración del modelo productivo que lleva mucho tiempo asentado sobre el contrato indefinido de trabajo y la jornada completa y que bascula hacia otro donde la inestabilidad de los proyectos empresariales es la tónica y, en consecuencia, aumentan los empleos temporales. Ante tal situación, se busca completar la flexibilidad necesaria para la adaptación al sistema productivo acompañándola de políticas activas de empleo (formación continua para lograr la pronta reincorporación al trabajo) y de políticas de protección al desempleo (la cobertura por la seguridad social). La *flexiseguridad*, en su discurso, se apoya en cuatro pilares: el diálogo y la negociación colectiva; la formación profesional (continua o dual); las políticas activas de empleo con implicación directa de los poderes públicos y, finalmente, prestaciones suficientes en caso de desempleo. Ante este panorama, más teórico que real, es preciso enfrentar la realidad: qué se ha hecho, en verdad, a lo largo de esta larga crisis económica. Lo que ha sucedido en España en torno a esa idea de *flexiseguridad* es un buen observatorio para mostrar las aristas reales del problema que, en razón al fondo común europeo del Derecho del Trabajo, sirve al propósito de referir también esta cuestión al ámbito de la UE. Sin olvidar, antes al contrario, resaltando el hecho incontrovertible, como apreciación de carácter general, de que las medidas impactan (golpean) con mayor fuerza e intensidad a las personas de menor formación y cualificación profesional; son ellas, ciertamente, las que llevan el mayor peso del crecimiento descontrolado del trabajo flexible, parcial y precario.

Para observar la alteración de la legislación laboral española en esta larga crisis económica que arranca en el año 2007 es necesario analizar las reformas acometidas entre los años 2010 a 2014. Para un observador imparcial, concluir que han sido técnicamente chapuceras parece obvio. Pero, peor aún, las reformas legislativas no han alterado un ápice la tendencia,

socialmente demoledora, de destrucción de empleo. El análisis deberá contemplar tres perspectivas: a) la referida a los mecanismos legales que hacen posible la adecuación por el empresario del número de trabajadores a las necesidades de producción y son: los retoques importantes en la regulación de las empresas de trabajo temporal (ETT); los supuestos legales de tipos contractuales de temporalidad y, finalmente, la regulación del trabajo a tiempo parcial; b) la que contrae su regulación a cómo fijar las condiciones de trabajo y a cómo alterarlas, lo que lleva a estudiar tanto las reformas en la negociación colectiva, y el mayor papel del contrato, como la vicisitud de modificación sustancial de las condiciones de trabajo; c) por último, la tercera de las vertientes, la que se refiere a los supuestos de suspensión o de extinción del contrato de trabajo por causas económicas que suponen la ruptura del equilibrio del contrato.

## **II. ADAPTAR EL NÚMERO DE TRABAJADORES A LAS NECESIDADES PRODUCTIVAS: LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**

---

Las empresas de trabajo temporal son singularmente relevantes por lo que significan de instrumento flexible para dotar a las empresas del número necesario de trabajadores que en cada momento necesiten, con la formación profesional también precisa. Se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad fundamental consiste en poner a disposición de otra empresa, la usuaria, con carácter temporal, trabajadores por aquella contratados (definición que contiene la Directiva 2008/104 y que es recogida en el art. 1 de la Ley 14/1994). Por su parte, el convenio de la OIT núm. 181 referido a las Agencias de Empleo Privadas, considera como tal también a aquella cuyos servicios consistan en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición una tercera persona, física o jurídica, empresa usuaria, que determine sus tareas y supervise su ejecución.

El objeto esencial de una empresa de trabajo temporal lo constituye, por consiguiente, la intermediación entre el trabajador que presta sus servicios y la empresa que los recibe: una evidente cesión de trabajadores, donde el cedente es la ETT y el cesionario la empresa denominada usuaria. Hay, de este modo, una relación no bilateral (empresario-trabajador) sino triangular (la ETT, el empresario de la empresa usuaria y el trabajador contratado por la ETT que prestará sus servicios en la empresa usuaria); de este modo, los trabajadores cedidos tendrán dos empresarios. De esta complicada relación jurídica, con los añadidos elementos de inseguridad que puede

generar, nace la prevención contra este tipo de empresa. Los más sobresalientes requisitos para su funcionamiento que a continuación se exponen, acreditan sobradamente el carácter e intensidad de la intervención administrativa. La necesaria autorización administrativa de las empresas de trabajo temporal dibuja un panorama regulador de amplia presencia de los poderes públicos, que se extiende a la regulación del contrato de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la denominada empresa usuaria. La cesión de trabajadores es documentada en un contrato de naturaleza mercantil a celebrar entre la ETT y la empresa usuaria; el contrato se denomina “contrato de puesta a disposición” (arts. 6.1 LETT y 14 RD 4/1995) y como mínimo, contendrá información acerca de la identificación de la ETT (número y vigencia de la autorización) y de la empresa usuaria; constancia de la causa que justifica el contrato; la temporalidad de la contratación y su causa; el contenido de la prestación laboral; el lugar y horario de trabajo; riesgos profesionales del puesto de trabajo; duración del contrato y precio convenido entre la ETT y la usuaria.

No solo hay una enumeración positiva de los supuestos posibles de contratación (ya de por sí capaces de acoger la práctica totalidad de las reales necesidades temporales de más trabajadores que una empresa pueda tener) sino otra enumeración de carácter negativo. En cuatro supuestos las ETT no podrán celebrar contratos de puesta a disposición: para sustituir huelguistas de la usuaria; para realizar trabajos u ocupaciones especialmente peligrosas para la seguridad y salud en el trabajo cuando, en los doce meses anteriores, la usuaria haya amortizado los puestos de trabajo que pretendan cubrir y, finalmente, para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal. El contrato de puesta a disposición será el marco, el límite, dentro del que se mueva la cesión de personal (una o varias, diaria o intermitente). Sin contrato de puesta a disposición no hay cesión legítima de trabajadores, de tal suerte que, si llegado a su término continúa el trabajador cedido en la empresa usuaria, la relación laboral se convertirá en indefinida con tal empresario. El régimen jurídico de las relaciones del trabajador con la empresa de trabajo temporal y con la usuaria se nutre de expresos derechos y expresas obligaciones regulados en la LETT: los trabajadores cedidos a la empresa usuaria tienen derecho a que, durante el tiempo de la prestación en la misma, se les aplique las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratadas directamente por la usuaria para ese puesto de trabajo. Es este el punto clave de la regulación: el trabajador de la ETT debe percibir el mismo salario y realizar la misma jornada que el trabajador comparable en la empresa usuaria.

Como son dos los empresarios que tendrá el trabajador de la empresa temporal, dos son los poderes de dirección que sobre el mismo gravitan. El de la empresa usuaria se desplegará para determinar la actividad laboral del trabajador y para controlar su resultado (arts. 6.1 y 15.1 LETT); el límite de su poder de dirección será el propio contrato de puesta a disposición. Tampoco la construcción normativa desliga a la empresa usuaria de las posibles vicisitudes de esta triangular relación: responde subsidiariamente de las obligaciones salariales, incluida la indemnización por extinción, y de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. La empresa usuaria es también responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección del trabajador cedido en materia de seguridad y salud laboral y, en su caso, responde con el recargo de prestaciones de la seguridad social; la empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores de los contratos de puesta a disposición que suscriban así como entregarles copia básica del contrato de trabajo que le facilitará la ETT (art. 9 LETT).

### **1. La contratación temporal**

En la evolución histórica del ordenamiento laboral español siempre ha podido observarse la posibilidad de contratar por tiempo indefinido, por tiempo cierto, expreso o tácito, y para obra o servicio determinados. El vigente artículo 15 LET dispone que “el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”. No existe la presunción del carácter indefinido del contrato, lo que se inserta en el centro mismo del debate sobre la estabilidad en el empleo. La estabilidad guarda inequívoca relación con la duración y con la existencia o no de causas de justificación para proceder a la extinción del contrato. Nada importa la duración (temporal o indefinida) de un contrato si la posibilidad de extinción queda, sin soporte objetivo alguno, en manos del empresario. La situación actual es de desaparición de toda expresión presuntiva sobre el contrato indefinido y de libertad de las partes para contratar con carácter temporal o indefinido. Sin embargo, como la contratación temporal está sometida a unas reglas, legales o convencionales, su contravención supondrá la aparición del contrato por tiempo indefinido que se queda así como la referencia contractual, sin presunción alguna (arts. 15.2 y 3 LET).

La duración del contrato, desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, se concreta en dos modelos generales de contratación: por tiempo indefinido o temporal. El contrato indefinido es el común y el temporal solo cabe cuando las partes conciertan uno de los tipos legales de contrato de

tal naturaleza. La tipología de la contratación temporal puede ser a su vez también producto de otra opción legislativa: contratos temporales con fundamento en una expresa causa de temporalidad (contratos temporales causales) o contratos de duración determinada sin justificar la causa (contratos temporales no causales o coyunturales fundados en una decisión normativa de política de empleo). La evolución de la política legislativa en España ha sido cambiante en función de las diversas coyunturas económicas que, desde 1984 hasta la fecha, han incidido en el panorama jurídico laboral. Se pasó de poner el acento en la contratación temporal de carácter no causal (“contrato eventual de fomento del empleo”, Ley 32/1984) a establecer una contratación temporal de carácter exclusivamente causal, esto es, con causa cierta en el origen de la temporalidad (contratos de obra o servicio determinados, eventual por circunstancias de la producción, interino y formativos). Este cambio de tendencia se produjo, en especial, en las leyes 63 y 64/1997; la vigente regulación es la siguiente:

- Contrato común de trabajo por tiempo indefinido, recurso libre para la contratación y modelo contractual con fuerza atractiva para recoger aquellas situaciones contrarias a las normas (arts. 15.2, 3 y 5 LET). El contrato por tiempo indefinido ya no viene construido como la opción legal ni favorecido por una presunción de existencia. No obstante, la fuerza de atracción del contrato de trabajo común (a tiempo completo y con carácter indefinido) aún está revestida de una presunción *iuris et de iure* (contratación laboral temporal en fraude de ley y supuesto de encadenamiento abusivo de contratos temporales para un mismo puesto de trabajo, arts. 15.3 y 5 LET) y de otra *iuris tantum* (incumplimiento de algún requisito que si bien puede convertir al contrato temporal en indefinido deja la posibilidad al empresario de probar la temporalidad, art. 15.2 LET).
- Contratación temporal estructural (causal) a la que pertenecen las siguientes especies de contrato de trabajo (art. 15.1 LET): para la realización de obra o servicio determinado; para cubrir eventualidades derivadas de circunstancias de la producción y para promover la sustitución de trabajadores con contrato suspendido. Todas estas modalidades precisan, por su carácter causal, que existan en la realidad las circunstancias que justifican el carácter temporal de cada una de ellas, fijándose en especial criterios que eviten su uso abusivo.

La anomalía española, consecuencia de un número importante de concausas referidas a los complicados sistemas de extinción del contrato, radica, específicamente, en el abuso de los tres tipos de contratos temporales causales (obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción y de interinidad o sustitución). En el año 2013, estadísticamente se constata que, de los 14,7 millones de contratos celebrados, 13,5 millones fueron temporales en alguna de las tres formas señaladas y solo 1,4 millones fueron indefinidos. La lucha contra ese masivo fraude y su continuo encadenamiento ha resultado, hasta ahora, infructuosa.

- El contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que es un contrato de trabajo común por tiempo indefinido con la exclusiva peculiaridad de su periodo de prueba y que lleva aparejado un sistema de incentivos fiscales y de seguridad social.
- Con carácter indefinido o con alguna de las modalidades temporales, el artículo 12 LET regula con flexibilidad la *contratación a tiempo parcial* y el *contrato de relevo*.
- Finalmente, y con similar consecuencias en la política de empleo, en especial para la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, el artículo 11 LET regula los denominados contratos formativos que son dos, “contrato en prácticas” y “contrato para la formación y el aprendizaje”.

## 2. El contrato a tiempo parcial

Aparece originariamente en el Estatuto de los Trabajadores como modalidad que admite la reducción de jornada, preferentemente dentro del contrato de trabajo por tiempo indefinido. Trabajo a tiempo parcial y contrato indefinido eran, pues, dos categorías en estrecha conexión. Las reformas del Estatuto han permitido alterar los términos del juego de presunciones, señalándose expresamente que los contratos de trabajo a tiempo parcial pueden celebrarse por tiempo indefinido o por tiempo determinado, en los supuestos previstos en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores. Con esta redacción se posibilitó la utilización de la contratación parcial para todo tipo de contratos, con independencia de su carácter temporal o indefinido.

Caracteriza al contrato a tiempo parcial la prestación de servicios por parte del trabajador durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo “de un trabajador a tiempo completo comparable” que será aquel a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo con igual tipo de contrato y con trabajo idéntico o similar; de no existir el trabajador referente, la comparación se hará con la jornada a tiempo completo prevista en el convenio de aplicación o, en su defecto, con la jornada máxima legal (art. 12.1 LET). Hay, pues, un límite para considerar un contrato a tiempo parcial: que las horas contratadas sean inferiores a la jornada ordinaria de referencia; si son iguales, el contrato lo es por jornada completa. La contratación a tiempo parcial puede convenirse por tiempo indefinido o por alguna de las modalidades de duración determinada (art. 15 LET), lo que significa la posibilidad de utilizar todos los tipos de contratación temporal, excepto el del contrato para la formación (art. 12.2 LET). Cada una de aquellas modalidades podrá ser concertada a tiempo parcial, con solo los datos añadidos típicos del contrato a tiempo parcial, jornada reducida y remuneración proporcional. En todos los demás aspectos de su regulación (definición, duración, extinción), el supuesto de contratación temporal debe quedar inalterado.

La remuneración en el contrato a tiempo parcial será también proporcional a la establecida, legal (SMI) o convencional, para el trabajador de la misma categoría profesional que ocupe un puesto de trabajo a tiempo completo, teniendo en cuenta la duración de la jornada y la antigüedad del trabajador en la Empresa. La jornada diaria del trabajador podrá realizarse de forma continua o partida; en este último supuesto con solo una interrupción, salvo pacto en contrario en convenio colectivo (art. 12.4, b, LET). No podrán realizar los trabajadores a tiempo parcial horas extraordinarias, salvo para prevenir o reparar siniestros, arts. 12.4 y 35.3 LET). El límite del período de actividad del trabajador a tiempo parcial es, como se ha dicho, la jornada (comparable, convencional o legal) a tiempo completo. Sin embargo, en el modelo legal del contrato a tiempo parcial, el apartado 5 del artículo 12 LET dispone la posibilidad de ampliar la jornada reducida (tiempo parcial) con un pacto de horas complementarias, entendiéndose por tal aquellas que hayan sido acordadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial. La regulación de las horas complementarias está extensamente considerada en el artículo 12.5 LET con una mezcla de prescripciones de derecho necesario absoluto, indisponible, y una remisión a la negociación colectiva. Si las partes no dispusieran del margen de autonomía colectiva fijada en el precepto, este funciona supletoriamente.

El régimen legal de las horas complementarias, es el siguiente: a) el pacto de horas complementarias ha de ser expreso, por escrito, y de estricto carácter individual entre empresario y trabajador (no puede imponerse estas horas por convenio colectivo) y se podrá acordar en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo; b) solo podrá formalizarse este pacto con trabajadores cuyo contrato a tiempo parcial no sea inferior a diez horas semanales en cómputo anual; c) el número de horas complementarias no pueden exceder del 30 por 100 de las horas ordinarias pactadas (los convenios colectivos podrán establecer otro porcentaje máximo, pero siempre moviéndose en la franja que va del 30 por 100 citado al 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas); d) la suma de las horas ordinarias y de la complementaria pactadas no podrá exceder del límite máximo legal del contrato a tiempo parcial, esto es, de la jornada ordinaria comparable; e) la distribución y forma de realizar las horas complementarias se ajustará a lo pactado en convenio o en el pacto individual. El trabajador deberá conocer con tres días de antelación, la fecha y horas de la realización de las horas complementarias (el convenio puede disponer un plazo inferior); f) las horas complementarias se retribuirán como ordinarias; g) el trabajador puede renunciar al pacto de horas complementarias con un preaviso de quince días y después de cumplir un año desde la celebración de aquel y si concurren circunstancias de responsabilidades familiares, necesidades formativas o incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial; h) si el empresario incumpliera alguna de las reglas que rigen el pacto de horas complementarias, el trabajador podrá negarse a la realización de horas complementarias, sin que ello “constituya conducta laboral sancionable”.

El Derecho Social Comunitario se ocupa del trabajo a tiempo parcial y la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE 20-1-1998), en síntesis, sostiene que : a) debe garantizarse la supresión de discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial (por todas, STJCE 10-3-2005, asunto C-196/02; en la misma dirección antidiscriminatoria, SSTC 71 y 72/2013); b) trabajador a tiempo parcial será el asalariado que tenga una duración de trabajo inferior al de un trabajador a tiempo completo sobre la base semanal o anual y c) los Estados miembros deben eliminar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativa que limiten las posibilidades de trabajo a tiempo parcial. Por su parte, el Convenio 175 (1994) de la OIT (aún no ratificado por España) establece principios muy parecidos a los anteriores.

### III. LAS CONDICIONES DE TRABAJO, CÓMO FIJARLAS Y CÓMO CAMBIARLAS: DILEMA SIEMPRE PRESENTE

---

Los cambios, las alteraciones del contrato de trabajo a lo largo de su propio acontecer es algo inserto en la naturaleza misma de cualquier conjunto de relaciones obligacionales que no se agoten en un solo acto. El contrato de trabajo tiene vocación de perdurabilidad y, por definición, genera relaciones jurídicas complejas: prestar trabajo bajo el poder de dirección del empresario y recibir de este el salario no es algo que se fije o realice de una sola vez.

Son, de este modo, dos los momentos en que han de estudiarse los elementos que conforman de manera esencial el objeto del contrato. Cuando nace el contrato (expresamente o por incorporación a la empresa) es preciso pactar qué trabajo va a realizar el trabajador (clasificación profesional), dónde va a realizarlo (movilidad geográfica), durante qué tiempo prestará ese trabajo (jornada y horario) y, finalmente, qué salario percibirá (determinación y liquidación). Estos extremos, elementos nucleares del objeto, han de ser acordados individual o colectivamente. Mejor aún, por convenio colectivo se fijarán, en situaciones normales, tales condiciones de trabajo en las que el contrato individual de trabajo podrá intervenir en el margen de actuación que le otorgue la autonomía colectiva. La cristalización de la certeza de en qué condiciones va a desarrollarse el contrato de trabajo se produce en el momento de fijar las condiciones de trabajo. Hay, sin embargo, otro momento en que, por necesidades del ciclo productivo o por acuerdo, las condiciones de trabajo pueden cambiar.

En efecto, las alteraciones posibles del contrato de trabajo hacen referencia a una parte del elemental ciclo de todo conjunto de obligaciones que se constituyen, desarrollan y extinguen: se concretan en los cambios que puedan afectar al desarrollo del contrato. Las fases que pueden observarse en el acontecer de un contrato, englobadas todas ellas en la expresión vicisitudes de la relación obligatoria, deben ser acotadas a las modificaciones en el sujeto y en la prestación de trabajo que, con perfiles autónomos, explican con unidad fenómenos relevantes del cambio y dotan de coherencia jurídica a las alteraciones que puedan producirse en el contrato de trabajo. Serán, desde luego, modificaciones fundamentales en el equilibrio de las contraprestaciones, dejando ahora a un lado aquellos cambios que, en uso del poder de dirección, puede el empresario introducir unilateralmente. Se trata, pues, de modificaciones que producen efectos novatorios de tal suerte que las relaciones jurídicas afectadas (desde luego no necesariamente todo el contrato) son sustituidas por otras. Afectarán al sujeto del contrato o a elementos

del objeto, sustanciales en la vida de la relación laboral tales como qué trabajo realizar, en qué horario o jornada o qué salario percibir. Las vicisitudes de la relación jurídico-laboral están reguladas legalmente para conseguir el objetivo de la mayor seguridad en el mantenimiento del mismo contrato.

### **1. Modificaciones en el momento colectivo de fijar condiciones de trabajo: actuaciones legislativas sobre la negociación colectiva**

El legislador de la reforma laboral de 2012 opta, claramente, por dar prioridad a los convenios de empresa y lo hace, incluso, permitiendo, por mandato legal, que se alteren disposiciones colectivas acordadas en convenios sectoriales. A esta postura se denomina “prioridad aplicativa de los convenios de empresa”. Además, regula, de forma abrupta y alejándose de lo que es habitual en el entorno europeo, las consecuencias de que llegue el término de vigencia de un convenio sin que las partes renueven, alteren o complementen el convenio vencido. A esta segunda cuestión se denomina, “régimen de ultractividad de los convenios”.

Así, en primer lugar, supuestos de prioridad aplicativa: el apartado 2 del artículo 84 LET regula una excepción al régimen general de concurrencia que, en verdad, se convierte en un principio básico para entender la actual estructura de la negociación colectiva en España. En efecto, si en el ámbito de una empresa, grupo de empresas o pluralidad de empresas identificadas y vinculadas organizativamente, los legitimados para convenir, y en cualquier momento de la vigencia del convenio colectivo de ámbito superior, regulan determinadas materias, tal acuerdo prevalece sobre el otro alcanzado en ámbito superior al de la referida unidad. La norma es de derecho necesario absoluto, por lo que, en determinadas materias, la prioridad aplicativa del convenio de empresa (grupo de empresas o empresas en red vinculadas) no admite la intromisión de convenios colectivos sectoriales de cualquier ámbito territorial (estatal, de Comunidad Autónoma, provincial). Tal prioridad aplicativa se contrae, exclusivamente, a las siguientes materias pactadas en el ámbito empresarial: la cuantía del salario base y de los complementos salariales; el abono o compensación de las horas extraordinarias; el horario, la distribución del tiempo de trabajo, el trabajo a turnos y la planificación de las vacaciones; la adaptación del sistema de clasificación profesional; la adaptación de las modalidades de contratación, en los términos en que lo permita la LET; las medidas para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral. Y, finalmente, una disposición genérica: cuántas otras materias le atribuyen al ámbito de la empresa los acuerdos marco del artículo 83.2 LET. Como podrá observarse, la determinación de las condiciones de trabajo de

más sobresaliente naturaleza quedan referidas a la negociación en el ámbito de la empresa, con menoscabo de la negociación sectorial y, de esta forma, radicándola allí donde las estructuras sindicales pueden ser más débiles.

La segunda de las cuestiones, el régimen de ultractividad de los convenios hace referencia a la regulación del ámbito temporal del convenio colectivo.

Las partes gozan de entera libertad para fijar el ámbito temporal de un convenio. Pueden fijar el término inicial de su vigencia (“el convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes”, art. 90.4 LET; si no dijera nada, a partir de su publicación) y fijarán también el término final (art. 86.1 LET, “pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio”). Las partes pueden fijar el momento temporal de la vigencia y, aún más, determinar la eficacia retroactiva de todo o alguna parte del convenio (la eficacia de un convenio se extiende a todos los trabajadores que han prestado servicios en alguna porción del ámbito estipulado, aunque a la firma del convenio se hubiera ya extinguido su contrato, SSTS 23111992, A. 8828 y 31-10-2005, A. 8177). En razón a la libertad de fijación del ámbito temporal la vigencia puede articularse en dos momentos, uno para todo el convenio y otro para la necesaria revisión de parte del contenido a la mitad del espacio temporal acordado. Aún más, durante la vigencia de un convenio, los legitimados, lo hayan o no previamente pactado, podrán negociar su revisión en cualquier momento (art. 86.1 LET).

Cuando llega el término final, las partes (exactamente, los legitimados que pueden ser más que los firmantes, STC 48/1991) pueden tomar dos actitudes: denunciar o no el convenio colectivo. Si no hay denuncia expresa el convenio se prorrogará de año en año, salvo que las partes hayan convenido una mayor o menor duración de la prórroga (art. 86.2 LET). Solo al término de cada periodo de prórroga podrá efectuarse válidamente la denuncia. Las partes pueden denunciar el convenio, lo que significa, en verdad, la apertura de un periodo de negociaciones para sustituir por otro al que ha llegado a su fin. De ahí la enorme importancia de pactar con claridad y cumplir expresamente “la forma y condiciones de denuncia del convenio así como el plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia” (art. 85.3, d, LET, contenido mínimo del convenio).

Sin embargo, la vigencia de lo pactado puede no acabar en la fecha prevista para su finalización. El posterior despliegue de la eficacia del convenio se contempla en dos momentos diferentes: durante el tiempo que dura la

negociación para alcanzar otro convenio colectivo (“durante la negociación para la renovación de un convenio, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia”, art. 86.3 LET) y durante el desarrollo de la vigencia del siguiente convenio (sucesión de convenios). La primera de las cuestiones se refiere a la denominada ultractividad del convenio; esto es, a la permanencia del contenido durante el tiempo que dura la negociación; o sea, al espacio temporal que medie entre la denuncia y el nuevo convenio. La solución legislativa que se contiene en el artículo 86.3 LET es la siguiente: a) durante las negociaciones se mantendrá en vigor todo el convenio, salvo que en el propio convenio hubiera establecido lo contrario; no mantendrá su vigencia por así ordenarlo el precepto “las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga”; b) las partes pueden, entre tanto, negociar y llegar incluso a acuerdos parciales, por el tiempo que juzguen oportuno, sobre alguno o algunos de los contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en que se desarrolla la actividad en el sector o empresa; c) si el acuerdo tarda en alcanzarse las partes pueden someter las discrepancias a un arbitraje (el recurso al arbitraje, obligatorio o voluntario, puede estar previamente pactado en acuerdos interprofesionales; en defecto de pactos, el arbitraje se entenderá obligatorio); d) si transcurrido un año desde la denuncia del convenio, negociando de buena fe y sin acordar uno nuevo o haberse dictado un laudo arbitral, el convenio denunciado perderá vigencia “salvo pacto en contrario” (pacto que puede estar contenido en el propio convenio denunciado, SAN 23-7-2013, A. 1140). Perdida la vigencia del convenio denunciado se aplicará, “si lo hubiera, el convenio de ámbito superior que fuera de aplicación” (art. 86.3 LET). De no existir tal tipo de convenio, surge, por la deficiente redacción de la norma, la necesidad imperativa de pactar, individual o colectivamente, sobre, al menos, clasificación profesional, salario y jornada (arts. 22.1 y 4; 26.3 y 34.1 LET). Lo que resulta de todo punto inaceptable es llegar a la conclusión de que, perdida la vigencia del convenio, las condiciones básicas de qué trabajo, qué jornada o qué salario quedan a la libre voluntad unilateral del empresario. Lo que realmente significa la deficiente norma que regula la ultractividad es que el convenio puede ser, ciertamente, derogado por pacto, individual o colectivo. Será el empresario la parte más fuerte en el contrato, pero no será su exclusiva voluntad la fuente reguladora de las condiciones de trabajo.

## 2. Modificación de las condiciones de trabajo

El artículo 41 LET realiza una cuádruple operación que tiende a facilitar la modificación y eventualmente a servir de control a la intervención

novatoria del empresario: a) enumera qué ha de entenderse por modificación sustancial; b) establece cuáles son las causas de justificación que permiten modificar sustancialmente las condiciones de trabajo; c) regula los tipos de modificaciones sustanciales, dividiéndolas en individuales y colectivas; d) establece procedimientos y controles sobre la decisión empresarial modificativa, según sea esta del tipo individual o colectivo.

- Qué condiciones de trabajo pueden ser modificadas sustancialmente. Los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo están enumerados en el art. 41.1 LET como lista abierta (“entre otras”; STS 26-4-2006, A. 3105): jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y sistema de trabajo y rendimiento, y de funciones cuando excedan los límites que para la movilidad funcional regula el artículo 39 LET. Esta lista legal es, por ambigua, amplia y meramente ejemplificativa (STS 6-10-2008, A. 7368). Se refiere a condiciones que, alteradas sustancialmente, suponen una transformación de aspectos básicos de la relación laboral, pasando a ser otras distintas de modo notorio (SSTS 9-4-2001, A. 5112 y 27-6-2005, A. 7325). La jurisprudencia, por su parte, interpreta que la calificación de la modificación como sustancial o accidental debe tener en cuenta “la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone” (STS 22-9-2003, A. 7308).

El propio concepto “modificación sustancial” lleva inherente un límite: la alteración será importante, notoria, sustancial, pero no podrá originar –en términos económicos o de la propia prestación de trabajo– otra relación obligacional distinta. En este caso, la modificación no sería sustancial sino claramente extintiva y, de este modo, se entra en otra vicisitud del contrato, su extinción (ejemplo, la conversión unilateral del empresario de un contrato a tiempo completo a parcial no es una modificación sino una extinción contractual, art. 12. 4, e, LET, o un acuerdo libre de voluntades, STS 11-4-2005, A. 4060).

- Cuáles son las causas que justifican las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. No es posible al empresario proceder a modificar sustancialmente determinadas condiciones de trabajo sin una justificación previa, lo que supone la

existencia de causas legalmente enumeradas: probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas, en el caso de las modificaciones, con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa.

La enumeración de las causas se repite cuando el legislador exige justificación para el traslado y desplazamiento de trabajadores (art. 40.1 y 4 LET), para la suspensión del contrato o reducción de jornada (45.1, j, y 47) para el despido colectivo (49.1, i, y 51.1 LET) y para el despido objetivo (art. 52, c, LET). Las causas de justificación parecen, en esencia, las mismas, pero la apariencia cae cuando se interpreta cada grupo de artículos. No solo su exigencia es más estricta en unos casos, suspensión y extinción, que en otros, modificaciones sustanciales y movilidad geográfica, sino que, en los supuestos más traumáticos, el legislador concreta qué se entiende por causa económica y construye una realidad referida a la situación de crisis económica de la empresa (la reducción de ingresos es causa suficiente SAN 28-5-2012, AS. 1050). En las modificaciones sustanciales, el legislador apela a que las causas que las justifiquen guarden relación “con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” (en la movilidad geográfica, aún añade otra causa, el aumento o disminución de contrataciones en determinado centro de trabajo). La diferencia, pues, que el legislador introduce entre las causas justificativas para producir modificaciones sustanciales y las que establece para extinguir o suspender contratos encierra elementos comunes que giran en torno a la proporcionalidad, relación entre la medida y la viabilidad empresarial, pero también una radical diferencia: las causas que motivan las modificaciones sustanciales (y la movilidad geográfica) se relacionan con la adaptación de la empresa a nuevos retos; las causas que justifican los despidos (y las suspensiones o reducciones de jornada) son reacciones ante situaciones de crisis en la empresa. En todo caso, las causas alegadas han de acreditarse “respecto a los trabajadores afectados” (art. 138.7 LJS).

- Tipos de condiciones sustanciales de trabajo: individuales o colectivas. Las modificaciones sustanciales se califican de individuales o colectivas en razón al número de trabajadores afecta-

dos y no en función del origen de las condiciones a alterar. Las modificaciones pueden estar referidas a condiciones de trabajo del siguiente origen: a) las que disfruten los trabajadores por un reconocimiento personal, ya en el propio contrato de trabajo ya por decisión unilateral del empresario (condición más beneficiosa de origen contractual, STS 6-5-1996, A. 4709; cfr. 151); b) condiciones reconocidas a los trabajadores por convenio colectivo firmado conforme a las prescripciones del título III LET; c) condiciones que nazcan de pactos colectivos de naturaleza diferente a los anteriores (extraestatutarios, pactos informales) o, simplemente, decisión unilateral del empresario “de efectos colectivos” (a todos o a un grupo de trabajadores de manera uniforme, STS 16-6-2005, A. 7323).

Sea cual fuere el origen de la condición, la modificación puede tener naturaleza individual o colectiva en razón exclusiva al número de trabajadores afectados. Así, será de carácter colectivo la modificación que, en un periodo de noventa días, afecte al menos a diez trabajadores en empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento de trabajadores en aquellas empresas que ocupen entre cien y trescientos; y, finalmente, más de treinta en la empresa de más de trescientos trabajadores. Será modificación individual la que en el periodo de referencia de noventa días, no alcance los umbrales descritos (art. 41.2 LET). La empresa que pretenda eludirlos, modificando condiciones sustanciales en periodos sucesivos de noventa días sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal conducta, incurrirá en fraude de ley y las modificaciones se considerarán nulas y sin efecto. Se obtiene, pues, la condición de modificación colectiva exclusivamente en razón al impacto numérico de la decisión.

- Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de tipo individual. La modificación pretendida (cualesquiera de las enumeradas como sustanciales) deberá ser notificada al trabajador afectado y a sus representantes legales con un mínimo de quince días de antelación a la fecha de su efectividad (art. 41.3 LET). La decisión unilateral del empresario no precisa de intentos de acuerdo con la representación unitaria de los trabajadores y es inmediatamente ejecutiva. Su control es judicial y por la vía impugnatoria del artículo 138 LJS. Podrá concluirse

que establecer la diferencia entre modificaciones individuales y colectivas con fundamento en el número de trabajadores afectados y no del origen de la condición de trabajo a modificar es una decisión del legislador de enorme importancia: por debajo del umbral, si el empresario considera que tiene causa de justificación, puede modificar unilateralmente cualquier condición sustancial de cualquier origen, menos las que provengan de un convenio colectivo firmado conforme a lo regulado en el título III LET. Podrá, de este modo, el empresario, si tiene causa, disminuir la cuantía salarial que nazca de fuente diferente (pacto colectivo o contrato) al convenio estatutario.

- Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. El empresario, partiendo de la existencia de causa de justificación, debe abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no superior a quince días (una única comisión negociadora de un máximo de trece miembros por cada parte). La negociación versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y las partes deben negociar de buena fe “con vistas a la consecución de un acuerdo” (art. 41.4 LET). El acuerdo requiere la conformidad de la mayoría del comité o comités de empresa, de los delegados de personal o de las representaciones sindicales (secciones sindicales), si las hubiere, que, en su conjunto, represente a la mayoría de la representación unitaria<sup>(2)</sup>. Si se alcanza acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas alegadas y solo podrá ser impugnado por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El artículo 85.1 LET dispone, como posibilidad de los negociadores, que puedan articularse en los convenios colectivos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consultas previstos en los artículos 40 (movilidad geográfica), 41 (modificación sustancial de condiciones), 47 (suspensión por

---

(2) Si el procedimiento afecta a un único centro y hay ausencia de representación, los trabajadores podrán atribuirle a una comisión de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de miembros designada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio de aplicación (art. 41.4 LET).

causas económicas) y 51 (extinción por causas igualmente relacionadas con la viabilidad de la empresa) LET. Aún más, si no existiera disposición en el convenio aplicable que regule estos sistemas de solución extrajudicial de conflictos, las partes pueden incluso recurrir al órgano o procedimiento de solución de conflictos regulados en un acuerdo interprofesional o en uno sobre materias concretas, ambos en el ámbito territorial de referencia (disp. adicional decimotercera LET).

Si terminado el periodo de consultas no se alcanza acuerdo, podrá el empresario unilateralmente establecer la modificación pretendida que surtirá efectos en el plazo siete días siguientes a su notificación (sin periodo de consultas, la decisión empresarial es nula, STS 5-6-2009, A. 5009). Es posible, además, que en la negociación colectiva se establezcan procedimientos de modificación de condiciones colectivas distintos de los regulados en el artículo 41 LET (STS 7-3-2003, A. 4499).

- Procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo reconocidas en convenio colectivo regulado en el Título III del Estatuto. Las modificaciones de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo del Título III LET, y referidas a jornada, horario turnos, remuneración o funciones, podrán lograrse a través del mecanismo de inaplicación de lo pactado si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y se cumple con el procedimiento establecido ya con un acuerdo modificativo (“acuerdo de inaplicación”) ya, en caso de desacuerdo, sometiendo la controversia al laudo de un árbitro imparcial (art. 82.3 LET).

#### **IV. LA DISMINUCIÓN TRAUMÁTICA TEMPORAL DEL NÚMERO DE TRABAJADORES: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS**

---

La suspensión o reducción de jornada requiere la existencia de un hecho obstativo: la excesiva onerosidad que nace de motivos económicos. La suspensión o reducción de jornada por causas económicas precisa de la apertura de un periodo de consultas con la representación de los trabajadores y, al final, el acuerdo o la decisión unilateral del empresario. Los artículos 45.1, j y

47.1 LET disponen que el empresario podrá suspender el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (estos preceptos están reglamentariamente desarrollados por el Real Decreto 801/2011). Las causas son las mismas que las reseñadas para la movilidad geográfica (art. 40 LET), para las modificaciones de condiciones (art. 41 LET), para el despido colectivo o para el objetivo (arts. 51 y 52 LET) pero varía la intensidad de sus consecuencias en razón a la afección a la propia empresa. De ahí que el mayor desarrollo de las causas lo formula el legislador en el artículo 51 LET (despido colectivo). El precepto es una especie de paradigma de cada una de las causas de contenido económico y, de este modo, actúa como referencia. A partir de esta constatación, la interpretación de las causas, será proporcional a lo que pretenda el empresario: desde el caso límite de verse abocado a despedir trabajadores, a la necesidad de cambiar condiciones de trabajo, efectuar movilidad geográfica o recurrir a la suspensión (o reducción de jornada), hay camino de suficiente recorrido para relacionar proporcionalmente la causa de justificación con la medida que se pretende. En la causa económica de disminución de ingresos para suspender o reducir jornada, el periodo de referencia se reduce a dos trimestres consecutivos en lugar de tres y para la movilidad geográfica “lo económico” no es una crisis sino la necesidad de acomodarse la empresa a una situación sobrevenida de competitividad o productividad.

La decisión es unilateral del empresario pero revestida de una determinada formalidad: el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de los afectados (art. 47.1 LET). El empresario deberá abrir un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores por plazo no superior a quince días. La comunicación empresarial de la apertura del periodo de consultas deberá ir acompañada de una memoria con documentación acreditativa de la causa de suspensión o reducción de jornada.

La negociación versará sobre la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, su afección a la empresa y las medidas de suspensión de contratos pretendida por el empresario. Al tiempo, el empresario comunicará a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas y esta dará cuenta a la entidad gestora de la prestación por desempleo. La autoridad laboral advertirá al empresario sobre insuficiencias que observe en el escrito de comunicación inicial. También solicitará informe de la Inspección de Trabajo acerca del contenido de la comunicación empresarial y de la marcha del periodo de consultas. Si la negociación emprendida

termina en acuerdo, se presumirá la existencia de las causas justificativas y solo podrá impugnarse por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Haya o no acuerdo, el empresario notificará individualmente a los trabajadores afectados y a la autoridad laboral el acuerdo alcanzado o, caso de desacuerdo, la decisión unilateral del empresario tomada sobre la suspensión de contratos (afectados y duración)<sup>(3)</sup>.

El artículo 47.2 LET contempla la peculiar medida de suspensión que, fundada en las mismas causas y por acuerdo o, caso de desacuerdo, por decisión unilateral, consiste en reducir de manera temporal la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el periodo de reducción no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor. La reducción de la jornada, como medida de superación de la crisis económica de la empresa, da lugar a colocar al trabajador en situación legal de desempleo parcial y, en consecuencia, con derecho a una prestación económica. La suspensión y la reducción de jornadas suponen para los trabajadores estar en situación legal de desempleo, para el empresario no abonar salarios y mantener una bonificación en cuotas a la seguridad social (arts. 15 y 16 Ley 3/2012). Las medidas de suspensión o reducción de jornada no dan derecho a indemnización alguna a favor de los trabajadores. En los casos de suspensiones o reducciones de jornada por causas económicas, el empresario promoverá acciones formativas vinculadas a la actividad de los trabajadores afectados para aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad (art. 47.4 LET).

### 1. Extinción por crisis de la empresa

El artículo 49 LET regula la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se legitima así y se mantiene con rasgos propios la extinción colectiva de contratos nacida de la imposibilidad de continuar la actividad o de la necesidad de disminuir el número de trabajadores. Se caracterizan, sin duda, estos despidos colectivos por fundarse en motivos “no inherentes a la persona de los trabajadores” (art. 1, a, Directiva 98/59/CE) y de base económica: es preciso ajustar el número de trabajadores a los efectos derivados de las causas económicas, técnicas o de producción sobrevenidas. Son, pues, despidos colectivos

---

(3) Contra esta decisión el trabajador puede recurrir ante la jurisdicción de lo social por la modalidad procesal del artículo 138 LJS. La sentencia declarará la medida justificada o injustificada. Si el número de trabajadores afectados es igual o superior a los umbrales del art. 51.1 LET, y sin perjuicio de la acción individual, los legitimados podrán formular demanda de conflicto colectivo (art. 47.1 LET y 153 LJS).

de fundamento económico que afectarán a todo o parte de la plantilla de la empresa.

La regulación del despido colectivo, la fijación de su concepto y causas, encierra enormes dificultades. El legislador, con la reforma de hondo calado efectuada por la Ley 3/2012, decidió la desaparición de la autorización administrativa para la extinción colectiva (expedientes administrativos de regulación de empleo). La actual regulación (en esencia, transpone la Directiva 75/129; sobre la definición de despido colectivo, SSTJCE, 16-10-2003, asunto 33/02 y 12-10-2004, asunto 52/02) abre, sobre un mismo soporte de base económica o técnica, dos sistemas: el despido colectivo del artículo 51 LET y el despido objetivo del apartado c del artículo 52 LET. Ambos se diferencian en el número de trabajadores afectados y, marcadamente, en la existencia o inexistencia de la obligación de negociar los despidos con los representantes de los trabajadores. Los dos son, finalmente, decisiones unilaterales del empresario con posterior control jurisdiccional.

Las causas significan una onerosidad sobrevenida que hace razonable, que justifica, no continuar el proceso productivo o continuarlo con un menor número de trabajadores y tienen, por lo demás, un evidente fundamento objetivo “como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas” (exposición de motivos de la Ley 3/2012). Así, causas económicas se reputarán existentes cuando de los resultados de la empresa (no de un centro) se desprenda una situación económica negativa “tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si “durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. El legislador intenta objetivar el concepto de causa económica y coloca en el empresario el deber de probar la existencia de los hechos causantes de la situación económica y acreditarlo bien refiriéndose, en general, “a la situación económica negativa” o, en términos concretos, a una realidad “persistente” (disminuir los ingresos o ventas durante tres trimestres consecutivos). La existencia de la causa es, en sí misma, la razonabilidad exigida para extinguir contratos: si la causa económica existe, el empresario puede adaptar el volumen de empleo de su empresa. Las causas técnicas aparecen cuando se produzcan cambios en los medios o instrumentos de producción; las organizativas, cuando las alteraciones afecten a sistemas y métodos de trabajo (la externalización, SAN 15-7-2013, A. 2641) y, finalmente,

las de producción cuando afecten a la demanda de los bienes o servicios que la empresa coloca en el mercado (pueden estas dos últimas causas referirse a un concreto centro de trabajo).

Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción suponen una situación de crisis en la empresa, a la que no es ajena el Sector Público. Esta realidad exige una regulación específica que la admita y, al tiempo, adapte las causas descritas a las estructuras y fines públicos. La disposición adicional vigésima LET establece con claridad que los despidos colectivos en el Sector Público y con referencia a los trabajadores asalariados que presten servicios a empleadores incluidos en él, se efectuarán conforme a los artículos 51, 52, c, y 53 LET. Desde la perspectiva del principio de estabilidad presupuestaria regulado en el artículo 135 CE, la disposición adicional vigésima LET adapta las causas, cuya presencia constituye crisis en una empresa, a la realidad de los entes dotados de un presupuesto público. De tal forma que, dándose las causas los entes públicos pueden despedir colectivamente a sus trabajadores.

En todo caso, si las causas se dan, el empresario pondrá en marcha un complicado procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores, con cierta tutela de la autoridad laboral. El periodo de consulta busca dos objetivos insoslayables: dotar a la representación sindical de la información, adecuada y veraz, sobre las causas que se alegan y poner en marcha una negociación de buena fe por ambas partes que busque el acuerdo que solucione o mejore la situación crítica o la posición competitiva de la empresa. Terminado el periodo de consulta, el acuerdo alcanzado será comunicado a la autoridad laboral y a los trabajadores afectados. En caso de desacuerdo, la decisión unilateral del empresario será la que, fundada en las causas que argumentó en el periodo de consultas, produzca los despidos colectivos. En ambos casos, el empresario deberá poner a disposición de cada trabajador afectado la indemnización que le corresponde, de veinte días por año de servicio y con un máximo de doce mensualidades. El acuerdo o la decisión unilateral pueden ser revisados en vía jurisdiccional, a través de distintas modalidades procesales que se diferencian por la legitimación activa: los representantes sindicales; el propio trabajador afectado; la autoridad laboral o, incluso, a través de una acción meramente declarativa, el propio empresario.

# LOS PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL Y SUS LÍMITES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

---

ORLANDO DE LAS CASAS<sup>(1)</sup>

---

## I. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

---

En los últimos años se han presentado situaciones que han revolucionado nuestras vidas. Y cuando hay referencia a nuestras vidas incluyo todos los aspectos de estas (el personal, cotidiano, familiar, laboral, etc.).

Hoy en día a nadie se le ocurriría, por ejemplo, enviar a uno de nuestros hijos o hijas adolescentes sin un teléfono celular, tanto para saber dónde y cómo se encuentran, como para que les sirva como forma de comunicación en caso de presentarse una emergencia. Del mismo modo, en prácticamente la generalidad de casos, no nos imaginamos a un trabajador que no cuente con un correo electrónico proporcionado por la empresa que le sirva como herramienta de trabajo.

Estos cambios, cada vez más acelerados, nos hacen atender a la sociedad de la información, término que se usa para mostrarnos la época en la que nos encontramos, y los instrumentos y herramientas que usamos en nuestra vida cotidiana. La sociedad de la información implica básicamente hablar de la revolución tecnológica y de la globalización, y que tiene como

---

(1) Socio encargado del Área Laboral de Hernández & Cía. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Legislación Laboral en el Diplomado de Recursos Humanos de la Universidad Ricardo Palma.

principales características la interconexión, la inmaterialidad, la velocidad, la interactividad, entre otros.

Así, lo señala Jesús González Monroy, citando a la Unión General de Telecomunicaciones, cuando refiere que sociedad de la información implica una sociedad en la que “(...) todos puedan crear, acceder, utilizar y compartir información y el conocimiento, para hacer que las personas, las comunidades y los pueblos puedan desarrollar su pleno potencial y mejorar la calidad de sus vidas de manera sostenible (...)”<sup>(2)</sup>.

Los cambios señalados nos llevan al uso de las denominadas tecnologías de la información y comunicación (TIC), que son consideradas los recursos y técnicas usados para la búsqueda, almacenamiento y transmisión de información. De ese modo, vemos como existe una vinculación más que cercana entre las TIC y la informática. Hoy en día, evidentemente, eso pasa por mucho más que el uso de una computadora; tiene que ver con internet, con el uso o trato remoto, con la comunicación inalámbrica, con la comunicación en tiempo real, etc.

Castells (citado por Gamonal) nos señala, al referirse a la globalización, que “(...) hablar de economías globalizadas implica que las actividades económicas centrales, nucleares, de nuestras economías, trabajan como una unidad, en tiempo real, a nivel planetario a través de una red de interconexiones (...)”<sup>(3)</sup>.

La importancia resulta clara. Basta revisar el pronunciamiento emitido en la Segunda Fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, realizada en Túnez entre el 16 y 18 de noviembre de 2005, cita que culminó con la denominada Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información, que nos señala, entre otros aspectos, lo siguiente<sup>(4)</sup>:

“23. Reconocemos que hay una necesidad de mayor financiación en varios campos, que no han sido atendidos como se debería en las actuales políticas de financiación de las TIC para el desarrollo. Se trata, entre otros, de los siguientes:

---

(2) GONZALES MONROY, Jesús. En: <<http://slideshare.net/monroy/la-sociedad-de-la-informacion-presentacion-650951>>, consulta: 8 de febrero de 2014.

(3) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, Editorial Bomarzo, Año 2006, p. 213.

(4) Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. En: <<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html>>, consulta: 8 de febrero de 2014.

- a) programas de creación de capacidades, materiales didácticos, instrumentos, iniciativas de financiación de la enseñanza y de capacitación especializada, en lo que atañe a las TIC, especialmente en el caso de los reguladores y de otros empleados y organismos del Sector Público;
- b) **acceso a las comunicaciones y conectividad para servicios y aplicaciones TIC en zonas rurales apartadas, pequeños Estados insulares en desarrollo, países sin litoral en desarrollo y otros puntos geográficos con desafíos tecnológicos y de mercado particulares;**
- c) infraestructura troncal regional (*backbone*), redes regionales, **puntos de acceso a la red** y proyectos regionales conexos, para la conexión transfronteriza de redes y en regiones económicamente desfavorecidas que pueden necesitar políticas coordinadas, en particular marcos jurídicos normativos y financieros, así como capital seminal, y beneficiarían de la divulgación de experiencias y mejores prácticas;
- d) **capacidad de banda ancha para facilitar el suministro de una gama más amplia de servicios y aplicaciones, promover la inversión y proporcionar acceso a Internet a precios asequibles a usuarios nuevos y existentes;**
- e) asistencia coordinada, si procede, a los países mencionados en el párrafo 16 de la Declaración de Principios de Ginebra, especialmente a los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, a fin de mejorar la eficacia y reducir los costos de las transacciones relacionadas con el suministro de apoyo por donantes internacionales;
- f) **aplicaciones TIC y contenidos destinados a la integración de las TIC en la implementación de estrategias de erradicación de la pobreza y programas de desarrollo sectorial, especialmente en materia de salud, educación, agricultura y medio ambiente;**

Además, se han de tener en cuenta estos otros asuntos que revisten importancia para las TIC para el desarrollo y a los que no se ha prestado la atención suficiente:

- g) sostenibilidad de proyectos relacionados con la Sociedad de la Información, por ejemplo el mantenimiento de la infraestructura TIC;
- h) necesidades particulares de las pequeñas, medianas y microempresas (PMYME), tales como la financiación;
- i) **desarrollo y fabricación locales de aplicaciones y tecnologías TIC por países en desarrollo;**
- j) actividades sobre reforma institucional relacionada con las TIC y aumento de la capacidad relacionada con el marco jurídico y normativo;
- k) mejora de las estructuras organizativas y cambio de los procesos de negocio para optimizar el impacto y la eficacia de los proyectos TIC y otros proyectos con un componente TIC significativo;
- l) iniciativas basadas en comunidades locales y de los poderes públicos locales, destinadas a proporcionar servicios TIC a comunidades en materia de educación, salud mejora de los medios de ganarse la vida, etc.

(...).

26. Reconocemos los siguientes prerequisites para lograr un acceso equitativo y universal a los mecanismos de financiación y la mejor utilización de estos:

- a) **establecer políticas e incentivos en materia de reglamentación destinados a facilitar el acceso universal y reactivar la inversión del Sector Privado;**
- b) definir y reconocer el papel clave de las TIC en las estrategias nacionales de desarrollo y en su elaboración, según proceda, junto con ciberestrategias;
- c) desarrollar capacidades institucionales y de implementación para facilitar la utilización de los fondos nacionales de servicio/acceso universal y estudiar más a fondo esos mecanismos, así como los destinados a movilizar recursos internos;

- d) fomentar la creación de información, aplicaciones y servicios relevantes a escala local que redunden en beneficio de los países en desarrollo y los países con economías en transición;
- e) **apoyar la ‘ampliación’ de los programas piloto basados en las TIC que hayan arrojado resultados exitosos;**
- f) promover la utilización de las TIC en el Sector Público como una prioridad, considerándola como una esfera esencial para las intervenciones al desarrollo basadas en las TIC;
- g) reforzar los recursos humanos y las capacidades institucionales (conocimiento) a todo nivel para conseguir los objetivos de la Sociedad de la Información, especialmente en el Sector Público;
- h) alentar a las entidades del Sector Privado a que contribuyan a extender la demanda de servicios TIC, prestando apoyo a las industrias creativas, los productores locales de contenido y aplicaciones culturales, así como a las pequeñas empresas;
- i) fortalecer las capacidades para fomentar la captación de fondos garantizados y su utilización eficaz.

27. Recomendamos entre otras las siguientes mejoras e innovaciones en los mecanismos financieros en vigor:

- a) mejorar los mecanismos de financiación para que los recursos financieros sean adecuados, más predecibles, sostenibles y preferentemente no destinados a una finalidad específica;
- b) mejorar la cooperación regional y crear asociaciones entre múltiples partes interesadas, en particular, creando incentivos para construcción de infraestructura de redes troncales regionales;
- c) **proporcionar un acceso asequible a las TIC, aplicando para ello las siguientes medidas:**
  - i) reducir los costos de interconexión internacional a Internet que imponen los proveedores de redes troncales (backbone), y apoyar, entre otras cosas, la creación y el desarrollo de puntos de intercambio de Internet y redes troncales regionales de TIC con objeto de reducir los costos de interconexión y ampliar el acceso a la red;

- ii) alentar a la UIT a que siga estudiando, con carácter urgente, el tema de la Conectividad de Internet Internacional (CII) y elabore las recomendaciones apropiadas;
- d) coordinar programas entre los gobiernos y los principales agentes de financiación para reducir los riesgos de las inversiones y los costos de transacción de los operadores que ofrezcan sus servicios en segmentos de mercado menos atractivos tales como las zonas rurales y de bajos ingresos;
- e) contribuir a acelerar el desarrollo de instrumentos financieros nacionales, favoreciendo en especial los sistemas de microfinanciación locales, las incubadoras de empresas de TIC, los instrumentos de crédito público, los mecanismos de adjudicación inversa, las iniciativas de interconexión basadas en comunidades locales, la solidaridad digital y otras innovaciones;
- f) mejorar el acceso a los medios de financiación para acelerar el ritmo de financiación de la infraestructura y los servicios de las TIC, incluyendo por igual el estímulo de flujos Norte-Sur y la cooperación Sur-Sur;
- g) las organizaciones de desarrollo multilaterales, regionales y bilaterales deberían estudiar si es oportuno crear un foro virtual para que las partes interesadas puedan compartir información sobre posibles proyectos, fuentes de financiación o mecanismos de financiación institucional;
- h) dar a los países en desarrollo la posibilidad de generar cada vez más capital para las TIC y crear instrumentos de financiación, incluidos fondos fiduciarios y capital seminal adaptados a sus economías;
- i) instar a todos los países a desplegar esfuerzos concretos para cumplir los compromisos que contrajeron en el marco del Consenso de Monterrey;
- j) las organizaciones de desarrollo multilaterales, regionales y bilaterales deberían estudiar formas de colaboración para mejorar su capacidad de ayudar rápidamente a los países en desarrollo que requieran asistencia para las políticas de las TIC;
- k) fomentar un aumento de las contribuciones voluntarias;

- l) utilizar eficazmente, en su caso, los mecanismos de alivio de la deuda indicados en el Plan de Acción de Ginebra, entre los que puede citarse la cancelación de la deuda o la conversión de esta, mecanismos que podrían emplearse para financiar proyectos de TIC para el desarrollo, incluidos los que figuren en el marco de estrategias de reducción de la pobreza” (resaltado nuestro).

Del largo texto es evidente que propuestas como acceso a las comunicaciones en zonas rurales apartadas, puntos de acceso a la red, capacidad de banda ancha para facilitar el suministro de una gama más amplia de servicios y aplicaciones, promover la inversión y proporcionar acceso a Internet a precios asequibles a usuarios nuevos y existentes, aplicaciones TIC y contenidos destinados a la integración de las TIC en la implementación de estrategias de erradicación de la pobreza y programas de desarrollo sectorial, establecimiento de políticas e incentivos en materia de reglamentación destinados a facilitar el acceso universal y reactivar la inversión del sector privado, buscan que toda la población esté en posibilidad de acceder a las TIC, y evidentemente la clara importancia mundial que tienen las TIC, para las personas, para los países, para el desarrollo. En conclusión, se fomenta, como queda en evidencia, el acceso general a las TIC como forma no solamente de la vida cotidiana, sino como un aspecto fundamental para la educación, que en buena cuenta busca promover la igualdad de oportunidades.

## II. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO DEL TRABAJO

---

Los cambios antes señalados, no pueden ser ajenos al Derecho del Trabajo y a las relaciones laborales. Como nos lo señala Luisa Montuschi, “(...) entre dichos fenómenos han tenido particular significación las transformaciones estructurales de las economías que se han manifestado, sobre todo, en el desplazamiento de la producción de los bienes a los servicios, en el crecimiento de la producción de industrias que producen artículos no materiales (como el *software*), en la declinación en la importancia de industrias tradicionalmente consideradas como sindicalizables, en la creciente globalización de las economías, en el cambio técnico, dado por la proliferación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) que se han insertado en todos los aspectos de la vida económica. Estos hechos han puesto en evidencia la necesidad perentoria de cambios en la organización del trabajo

y ello se ha acentuado con el surgimiento en los noventa de lo que se ha denominado Sociedad de la Información (SI) (...)”<sup>(5)</sup>.

Las TIC en las relaciones laborales han introducido una serie de elementos de uso cotidiano que han cambiado en los últimos años la forma no solamente de la organización del trabajo, sino la prestación misma. Internet, teléfonos celulares, correo electrónico, *tablets*, GPS, dejan en evidencia que las cosas no son como antes. De lo anterior, podemos señalar dos grandes aspectos que reflejan estos cambios: el lugar de la prestación laboral y la forma en que se presta la relación laboral.

Las TIC han ayudado a los procesos de desconcentración, dado que con mayor frecuencia se logra, entre otros aspectos, la posibilidad de que los trabajadores realicen sus funciones desde lugares distintos al centro de trabajo (pudiendo inclusive realizarse las labores desde cualquier lugar del mundo), lográndose con ello una evidente reducción de costos. Adicionalmente, se logra tener una comunicación en tiempo real entre trabajadores y empleador. Inclusive, si mantenemos una organización tradicional del trabajo (entendida esta como la posibilidad de realizar las labores en el mismo centro de trabajo), el uso de las TIC permite lograr una fiscalización adecuada a un costo menor (basta considerar que cada vez es más frecuente el uso de cámaras de videovigilancia a los trabajadores).

Resulta frecuente leer que la época actual tiene como principal característica la incorporación de cambios tecnológicos en los sistemas de producción. Y estos, sin duda, han ayudado al surgimiento de nuevas formas en las que se puede prestar una relación laboral o nuevas formas de organización productiva.

Sanguinetti también lo advierte, cuando nos señala que “(...) la aplicación de las modernas tecnologías –especialmente de la información y las telecomunicaciones– 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 (...)”<sup>(6)</sup>.

---

(5) MONTUSCHI, Luisa. “Los sindicatos en la sociedad de la información. Desafíos y respuestas”. En: <[www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/165.pdf](http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/165.pdf), p. 1.>, consulta: 8 de febrero de 2014.

(6) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, 1997, pp. 58 y 59.

Existen por lo tanto diversas y novedosas formas en que se presentan las relaciones laborales. Baste tener presente, por ejemplo, los procesos de descentralización productiva o tercerización de servicios o formas de prestación de la relación laboral aprovechando soportes informáticos como el teletrabajo o el trabajo a domicilio.

El teletrabajo (ejemplo claro de prestación laboral a través de las TIC) es considerado como “(...) el trabajo prestado ‘a distancia’ a través del soporte informático (que) ha constituido durante muchos años un tema cuidadosamente evitado por los ius laboristas, quizás por miedo a legitimar una modalidad de desarrollo de la prestación, potencialmente desestructuradora de los clásicos paradigmas del trabajo subordinado (...)”<sup>(7)</sup>. El haberse evitado (o intentado evitar por muchos) no sirvió de nada, ya que en la actualidad contamos con una norma legal (la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo) que regula, de manera imperfecta es verdad, esta forma novedosa, pero cada vez más frecuente forma de prestar una relación laboral usando las TIC, y que traen como consecuencia el presentarnos formas distintas de prestación de las relaciones de trabajo.

Señalamos que la regulación es insuficiente porque si bien hay un reconocimiento expreso a esta forma especial de prestación subordinada de servicios (expreso reconocimiento que se trata de una relación laboral) caracterizada por la utilización de TIC en las instituciones públicas y privadas, además de reconocer que la supervisión y control de los trabajadores se realiza justamente a través de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, no se dice nada respecto de aspectos fundamentales como la jornada, la seguridad y salud en el trabajo, etc. (Aspectos relevantes que deben de considerarse en toda prestación de servicios de naturaleza laboral).

Lo que resulta más que evidente es que el uso de las TIC ha generado un cambio radical en las relaciones de trabajo, que a continuación tratamos de presentar.

### **1. El surgimiento de nuevos sistemas de producción y su influencia en los sistemas de organización y control empresarial**

Empecemos por imaginar cómo era un centro de trabajo al momento del surgimiento del Derecho del Trabajo: tenemos una gran concentración

---

(7) LOFFREDO, Antonio. “El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho del Trabajo italiano”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, 2006, p. 168.

de trabajadores generalmente en fábricas (modelo fordista). Mercader Ugui-  
na lo reseña de manera clara cuando señala que “(...) el modelo de trabaja-  
dor dominante era el industrial, concentrado en las fábricas, normalmen-  
te de cualificación pobre, y sometido a un estricto régimen ordenador de la  
prestación (...)”<sup>(8)</sup>.

Las formas de control empresarial en una forma de organización como  
la descrita resultaba ser bastante elemental; bastaba una simple verificación  
visual de parte del empleador o de sus representantes. Pero esa forma de fis-  
calización resultaba ser costosa (se requería un número suficiente de perso-  
nas encargadas de la labor fiscalizadora) o en todo caso poco efectiva (la au-  
sencia de fiscalización efectiva o la falta de la presencia del empleador po-  
día significar la falta de cumplimiento de parte de los trabajadores de sus  
obligaciones laborales).

Pero las formas de organización van cambiando, y con ello también  
cambiaron las formas de fiscalización, ya que bajo una forma tradicional  
de control podían resultar insuficientes en una organización moderna. Por  
ejemplo en los casos en las que las labores de un trabajador debían desarro-  
llarse fuera del centro de trabajo, la labor de fiscalización o control del em-  
pleador resultaba ser bastante dificultosa (¿cómo podía un empleador veri-  
ficar fehacientemente si el trabajador estaba cumpliendo de manera efecti-  
va con sus obligaciones?), como señala Ojeda Avilés, “(...) la prestación la-  
boral no puede ser controlada a los métodos habituales (...)”<sup>(9)</sup>. En ese senti-  
do, hoy en día, estas dificultades del empleador para ejercer de una manera  
efectiva la fiscalización y el control respecto de sus trabajadores, se ven fa-  
cilitadas con la utilización de las denominadas nuevas tecnologías.

Actualmente resulta sumamente fácil, por ejemplo, el poder fiscali-  
zar o controlar el trabajo del personal que debe cumplir sus funciones prin-  
cipalmente fuera del centro de trabajo. El uso de los teléfonos celulares (o  
Smartphone), permiten al empleador solicitar información al trabajador de  
su ubicación, o respecto de los clientes que debe visitar, y hasta de los cam-  
bios de ruta que eventualmente deba practicar. Ojeda Avilés es preciso al re-  
ferirse a estas nuevas formas de control de parte del empleador, al señalar  
que “(...) las nuevas tecnologías han hecho innecesario el control empresarial

---

(8) MERCADER UGUINA, Jesús R. *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*.  
Lex Nova, 2002, p. 82.

(9) OJEDA AVILÉS, Antonio. “Las relaciones laborales especiales”. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad  
Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 8, Lima, octubre de 2008, p. 38.

e incluso la misma presencia del trabajador en el centro de trabajo, porque el control ya es virtual (...)”<sup>(10)</sup>. Algo similar ocurre con los equipos de GPS, que permiten ubicar geográficamente al portador del equipo o del dispositivo.

Lo mismo ocurre con la utilización de los sistemas de videovigilancia, que permiten verificar a distancia el cumplimiento de las funciones encomendadas a los trabajadores, así el empleador se encuentre en otro país.

Los ejemplos citados permiten afirmar, como señalara Falguera Baró, que “(...) las nuevas tecnologías están trastocando el sistema de relaciones laborales y, por lo tanto, el propio derecho del trabajo (...)”<sup>(11)</sup>. Inclusive (poco analizado por cierto) esta revolución tecnológica ha generado desempleo, como lo señala Antonio Loffredo: “(...) uno de los efectos más relevantes de la acción conjunta de la fragmentación organizativa y la innovación tecnológica ha sido, al menos en Italia, la pérdida de más puestos de trabajo de los que se han creado y, sobre todo, la creación de dos diferentes mercados de trabajo: uno, para trabajadores con una profesionalidad elevada, bien remunerados y con cierta estabilidad en el empleo; otro, para cualificaciones profesionales más bajas, con contratos de trabajo precarios y retribuciones que, en muchos casos, no permiten vivir dignamente, incumplándose, pues, lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución italiana (...)”<sup>(12)</sup>.

De otro lado, el desarrollo de los sistemas tecnológicos ha permitido que el empleador realice una fiscalización efectiva de los trabajadores a su cargo, tanto de aquellos que se encuentran dentro del centro de trabajo, como de aquellos que cumplen funciones fuera de este. Moguel Fernández señala que “(...) en los últimos años, la implantación de las nuevas tecnologías ha originado cambios profundos en todos los ámbitos de nuestra sociedad (...)”<sup>(13)</sup>, siendo así, los cambios al interior de las relaciones de trabajo no tenían por qué no darse.

Lo que resulta claro es como a todo nivel se han dado cambios como consecuencia del uso de las TIC.

(10) Ídem.

(11) FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. En: AA.VV. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 189.

(12) LOFFREDO, Antonio. Ob. cit., p. 166.

(13) MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. “El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicancias penales”. Noticias Jurídicas, febrero de 2006. El texto puede ser encontrado en: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>>, consultado: 22 de febrero de 2014.

## 2. Características del uso de las TIC al interior de la relación laboral y sus implicancias

Entenderíamos que la modernidad y con ella las TIC, invaden todos los aspectos de nuestras vidas, y eso incluye también a la relación laboral. Sin embargo, nos inclinamos a pensar que inicialmente la intención con el uso de las TIC no haya sido un afán fiscalizador de parte de los empleadores. Por el contrario, estas se introdujeron en el desarrollo cotidiano de toda relación laboral, y posteriormente se vio la utilidad práctica fiscalizadora que podía tener dentro de una relación de trabajo.

El hecho es que, como ya hemos visto, el uso de nuevas tecnologías al interior de una relación laboral permite una fiscalización o control más eficaz. Estas modalidades de ejercer el control empresarial llegan a ser no solamente efectivas, sino en muchos casos hasta exageradas. Dicho en palabras de Gamonal Contreras, “(...) las TIC han incrementado en forma excesiva las posibilidades de control empresarial aumentando la subordinación sobre los trabajadores (...)”<sup>(14)</sup>, o como lo afirma Pacheco Serga, “(...) las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario (...)”<sup>(15)</sup>.

Excesiva o no, el uso de estas nuevas tecnologías como una forma de control empresarial resultan en verdad ser bastante efectivas y facilitadoras de la labor de fiscalización. Nadie podría negar que “(...) en una época como la actual, resulta frecuente (y cada vez más) el uso de apoyo tecnológico para lograr un cabal cumplimiento de la prestación encomendada (...)”<sup>(16)</sup>. De allí que su uso sea cada vez más frecuente. Compartimos la opinión de Gonzáles de Patto, cuando señala que “(...) el empresario recurre, cada vez con más frecuencia, a medios audiovisuales, ópticos, telemáticos e informáticos de ‘control a distancia’ directo en el centro de trabajo de la actividad laboral de sus empleados (...)”<sup>(17)</sup>.

La razón (ya la hemos adelantado) resulta ser bastante obvia: se logra una fiscalización más adecuada a un menor costo (el uso de una cámara de

---

(14) GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ob. cit., p. 214.

(15) PACHECO SERGA, Luz. “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de Derecho Comparado”. En: *Laborem*. N° 6, Lima, 2006, p. 28.

(16) DE LAS CASAS, Orlando. “La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial”. En: *Soluciones Laborales*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008, p. 29.

(17) GONZÁLES DE PATTO, Rosa María. “Nuevas tecnologías y relaciones laborales en el Derecho español”. En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA, N° 5, 2003, pp. 182-183 (el texto puede también ser encontrado en <[http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev\\_derecho/REVISTA05/art12.pdf](http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA05/art12.pdf)>).

video permite que el empleador pueda efectuar una verificación del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, sin que este deba de verificar in situ que se cumple con las instrucciones impartidas). Llevado al extremo, el empleador podría prescindir del personal que colabora con él en las labores de fiscalización y control.

De esa forma, el uso es tan claro (y hasta frecuente) que se recurre a estos medios de fiscalización hasta para situaciones domésticas. Mercader Uguina lo grafica bastante bien cuando señala que esta “(..) es la era de las ‘tecnoniñeras’, equipamientos de vigilancia videográfica que, en equipos diminutos, con cámaras de video de dos o tres centímetros, pueden ser colocados en osos de peluche, relojes y plantas e instalarse en guarderías y hogares (...)”<sup>(18)</sup>. Entonces, si se fiscaliza a la distancia a niñeras y amas, por qué no a los trabajadores en una empresa.

Situación similar podría estar ocurriendo, por ejemplo, con el personal que labora parcial (o totalmente) fuera del centro de trabajo. De no ser por la utilización de mecanismos como los teléfonos celulares o los sistemas de ubicación (GPS), el empleador no estaría en condiciones de constatar que el trabajador efectivamente está cumpliendo con las funciones encomendadas.

Asimismo, Blancas Bustamante es certero cuando afirma que “(..) en tiempos recientes, (el poder de dirección) ha resultado perfeccionado o fortalecido por el surgimiento de tecnologías que al hecho de otorgar un mayor grado de efectividad a la labor de control, agregan la posibilidad de una intervención de rasgos inquisitoriales que no parece conocer límites y que, por ello mismo, es susceptible de afectar al propio contrato de trabajo (...)”<sup>(19)</sup>.

Los cambios han llegado a influir de tal forma que inclusive hay quienes discuten su uso fuera del horario de trabajo. Este comentario resulta siendo bastante lógico si pensamos en los dispositivos handheld de los teléfonos celulares, que además de las llamadas telefónicas (que como ya adelantamos, genera una evidente forma de control) permite recibir en los teléfonos celulares los correos electrónicos de la empresa (o los relacionados con las actividades laborales, que es lo mismo). Con ello se corre el riesgo de que la jornada efectiva de labores se vea extendida<sup>(20)</sup>, o peor aún, sea una for-

(18) MERCADER UGUINA, Jesús R. Ob. cit., p. 101.

(19) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*. Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno (23 y 24 de julio de 2009), p. 70 de los materiales utilizados en el evento.

(20) Al respecto existen ya diversos trabajos que desarrollan ese tipo de situaciones, como un artículo publi-

ma de intromisión en ámbitos que no necesariamente guardan relación con los propios de la relación laboral.

### 3. La justificación para la fiscalización laboral a través de las TIC: la subordinación

La subordinación (reconocida como el elemento determinante de reconocimiento de una relación laboral) y que es definida como el “(...) vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”<sup>(21)</sup>, termina (en principio) siendo el hecho habilitante para el uso de las TIC como forma de fiscalización.

Sanguinetti<sup>(22)</sup> señala que del vínculo de subordinación jurídica emanan los llamados “poderes o facultades del empleador”, que vienen a ser las modalidades que adopta el derecho del empleador de dirigir la prestación del trabajador: (i) poder de dirección, determinado por la dación de instrucciones u órdenes; (ii) poder de fiscalización, determinado por el control de la ejecución de la prestación a fin de ver o comprobar si se han seguido o no las instrucciones impartidas; y (iii) poder disciplinario, que surge ante la constatación de la inobservancia de las obligaciones contraídas por el trabajador, y que conllevan la sanción a este. Toyama, siguiendo la misma línea señala que “(...) la subordinación implica la presencia de las facultades directriz, normativa y disciplinaria que tiene el empleador (...)”<sup>(23)</sup>. Por eso la importancia de los poderes de dirección y fiscalización, que como parte de la subordinación, tiene el empleador sobre el trabajador.

¿Cómo se manifiestan estas facultades? De Vicente Pachés<sup>(24)</sup> nos brinda un detalle de estas facultades que componen el poder de dirección: la facultad de dictar instrucciones generales sobre la organización y el funcionamiento

---

cado por el abogado Pablo Rocca denominado “El uso del celular fuera de la jornada laboral un nuevo elemento en el reclamo de horas extras?”. El texto puede ser encontrado en <<http://www.laticounsel.com/esp/noticiaampliada.php?nid=6639>>, consulta: 1 de marzo de 2014.

- (21) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, marzo de 2009, pp. 35 y 36.
- (22) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Cultural Cuzco editores, Lima, 1988, p. 159.
- (23) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 92.
- (24) DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES, Madrid, 1998, pp. 298 y 299.

de la empresa y sobre la prestación laboral en esta; la facultad de dictar órdenes e instrucciones particulares a un trabajador o a un grupo de trabajadores sobre el contenido y las circunstancias de su trabajo; la facultad de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales; o las facultades disciplinarias, como consecuencia de la corroboración de incumplimientos de parte del trabajador.

El empleador, entonces, puede utilizar “(...) los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido con sus funciones”<sup>(25)</sup> y aplicar, de ser el caso, sanciones ante incumplimientos corroborados.

El hecho es que las facultades de dirección y de fiscalización (inherentes a la subordinación) implican parte de la labor fundamental del empleador, facilitada con la aparición (y utilización) de medios tecnológicos. De esa manera lo reconoce Goñi Sein<sup>(26)</sup> cuando señala, a propósito de los sistemas de videovigilancia, que tales sistemas de fiscalización “(...) ofrece notables ventajas sobre la acción de vigilancia directa que en el pasado se ejercía a través del personal específico encargado de tareas de vigilancia (...)”, señalando a continuación que “(...) el empresario puede vigilar a más trabajadores, ejerciendo un control universal y no solo concentrado en un grupo o sobre unos trabajadores más o menos sospechosos (...)”.

#### 4. Las TIC al momento de la contratación

Probablemente este sea el punto menos tratado o desarrollado, pero que a nuestro entender resulta ser de fundamental importancia, por poder afectar el derecho de toda persona a acceder a un puesto de trabajo o a ser discriminado en el acceso a un puesto de trabajo.

Hoy en día es más que frecuente que un postulante a un puesto de trabajo sea investigado a través de mecanismos como Google, Facebook, Hi5 o similares. La intención de los “investigadores” puede tener diversas intenciones (desde saber si lo que se ha presentado en su CV es cierto o no, si ha omitido información, hasta aspectos que podrían resultar cuestionables y propios de la vida privada de toda persona como quiénes son sus amigos, qué lugares frecuenta el postulante y hasta cuáles son sus costumbres).

(25) VIDAL SORIA, José; MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; citados por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*. Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno (23 y 24 de julio de 2009), p. 69 de los materiales utilizados en el evento.

(26) GOÑI SEIN, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 17.

En estos casos hay diversos aspectos que presentar.

En primer lugar, este tipo de prácticas puede afectar el legítimo derecho que tiene toda persona de no ser discriminado en el acceso o postulación a un puesto de trabajo. Aspectos propios de la vida privada (que son a los que se busca acceder a través de las búsquedas en las redes sociales, por ejemplo) podrían ser determinantes para no ser seleccionado.

En segundo lugar, debemos de considerar que este tipo de prácticas, por ser previas a la celebración de un contrato de trabajo (o al inicio de la relación laboral) son las más desatendidas por parte del derecho del trabajo. Ya sea por quienes consideran que no debería de ser materia de regulación del derecho del trabajo (no hay relación laboral aún) como por la falta de regulación efectiva, la pregunta que surge es ¿es válido realizar este tipo de prácticas? Además, en caso efectivamente se esté generando una situación de discriminación en el acceso a un puesto de trabajo, ¿qué acciones (legales) puede realizar la persona que se sienta o haya sido discriminada?

Respecto de la primera interrogante no es infrecuente escuchar que lo que una persona publica en una red social dista mucho de ser información de carácter privado y, por lo tanto, es de dominio público (o de quienes tienen acceso a la red social). Lo que no podemos perder de vista para quienes sostiene esa posición es que justamente lo que cuestionamos (o proponemos cuestionar) es el hecho de utilizar o excusarse en aspectos que nada tienen que ver con la futura relación laboral (como la militancia en un partido político o la opción sexual) para no contratar a una persona.

En cuanto a la segunda (las acciones que puede realizar una persona que se sienta discriminada en la postulación a un puesto de trabajo), se podría recurrir a una acción inspectiva, o en todo caso recurrir al derecho civil para buscar una reparación por el daño que eventualmente se pueda haber causado al postulante.

### **III. LÍMITES A LOS PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPLEADOR**

---

Habiendo visto ya la gran importancia de las TIC en los diversos aspectos y momentos de la relación laboral. Lo que nos preguntamos ahora es ¿existe un límite?, ¿el empleador puede de manera irrestricta acceder a

todos los aspectos (inclusive los privados, los que nada tienen que hacer con la relación laboral misma) de la vida del trabajador?

Nos atrevemos a adelantar una respuesta: no.

Sin embargo, y reconociendo que se trata de una facultad de todo empleador, ¿cómo establecer los límites?, ¿cuándo se justifica su uso? Si partimos por reconocer que los derechos de una persona terminan cuando comienzan los derechos de otro, el derecho de ese otro (el trabajador), que se debe de respetar y nos debe marcar los límites a las facultades empresariales, es el derecho fundamental a la intimidad.

Recordemos que los derechos fundamentales son, como lo señala Landa<sup>(27)</sup> una garantía de protección y desarrollo de los derechos de toda persona humana y que finalmente le permiten a una persona realizarse como tal. Es reconocido por todos el rol especial y la importancia que tienen los derechos fundamentales, y la especial protección que tienen a fin de asegurar su vigencia y ejercicio efectivo.

De esa manera, existen muchos derechos fundamentales plenamente vigentes al interior de una relación laboral; de hecho, hoy en día nadie discute la plena vigencia de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral. De un amplio listado brindado por Rubio Correa<sup>(28)</sup>, podemos mencionar libre desarrollo, igualdad ante la ley, libertad de conciencia, intimidad, honor, creación intelectual, disfrute del tiempo libre; descanso, opinión, expresión, reunión, asociación, contratación, trabajo, reserva de convicciones, secreto de comunicaciones y documentos privados, entre las que entendemos se presentan o pueden presentarse al interior de una relación laboral. En nuestra opinión el derecho fundamental a la intimidad es el que nos marca los límites más adecuados a la facultad de dirección y control del empleador.

Afirmaremos (sin ser nada creativos) que el trabajador, por el hecho de serlo, no deja de ser persona. En ese mismo sentido, los derechos fundamentales aplicables a toda persona, resultan igualmente aplicables a los trabajadores, debido a que la afectación de los derechos fundamentales se da tanto respecto del ciudadano como del trabajador. Reconociendo la plena

---

(27) LANDA ARROYO, César. "Teorías de los derechos fundamentales". Texto que puede ser encontrado en: <<http://www.cajpe.org.pe/guia/teo.html>>.

(28) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. 1ª ed., tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 107 y 108.

vigencia de los derechos fundamentales al interior de una relación laboral, teniendo como titular de los mismos al trabajador, tendremos como consecuencia que el poder del empleador resultará “(...) limitado por el conjunto de derechos fundamentales del trabajador, y no solo por los específicamente laborales (...)”<sup>(29)</sup>. Además, como lo señala Canessa, la finalidad de los derechos laborales “(...) es compartida con los derechos civiles, cuando estos últimos protegen la libertad de las personas ante el peligro del Estado. Con la equiparación entre el poder privado de la empresa con el poder público del Estado no se pretende sobredimensionar el poder del empleador, sino simplemente subrayar su imperio dentro de las relaciones laborales. El poder del empresario que se sostiene en la subordinación del trabajador puede ser un elemento que haga peligrar la libertad de los trabajadores”<sup>(30)</sup>.

Intimidad, concepto que surge hacia finales del siglo XIX alrededor de la noción norteamericana del *right of privacy* o derecho a la privacidad, propone el derecho de todo individuo de guardar para sí aquellos aspectos de la vida íntima o familiar que así lo considere.

Y si bien es complicado encontrar una definición del derecho a la intimidad, podemos contar con algunas aproximaciones. Una primera es la que realizan Ojeda Avilés y Gorelli Hernández, que señalan que el derecho a la intimidad se refiere al “(...) reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña (...)”, señalando a continuación que el derecho a la intimidad “(...) tiene como objetivo básico, la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y su círculo familiar (...)”<sup>(31)</sup>; Eguiguren Praeli señala que el derecho a la intimidad es el “(...) territorio reservado a la curiosidad pública (...)”<sup>(32)</sup>; Bernales Ballesteros, citado por Blancas Bustamante, señala que la esfera íntima de la persona “(...) está conformada por el conjunto de hechos o situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgables (...)”<sup>(33)</sup>.

---

(29) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 90.

(30) CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo - OIT*. Pontificia Universidad Católica del Perú y PLADES, Lima, p. 104.

(31) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y OJEDA AVILÉS, Antonio. *Diccionario jurídico laboral*. Editorial Comares, Granada, 1999, p. 211.

(32) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Libertad de Información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”. En: *Ius et Praxis*. Derecho en la Región, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 6, N° 1, Chile, ISSN 0717-2877, p. 6 (el texto completo se puede encontrar en <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19760112.pdf>>).

(33) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., p. 192.

A decir de García Toma<sup>(34)</sup> el ejercicio del derecho a la intimidad conlleva (i) la preservación de no conocimiento ajeno, de ciertos aspectos o manifestaciones de la vida privada (personal y familiar) y (ii) el establecimiento jurídico de una suerte de distancia o discreción por parte de terceros, a efectos de no atentar contra los sentimientos o costumbres personales o familiares.

Queda claro, entonces, que hay un aspecto en toda persona (en todo trabajador, para efectos del presente trabajo) que no puede ser tocado, investigado, observado, revelado por el empleador. Aspectos como la revelación de ideas o convicciones personales, la vida afectiva y sexual, la revelación de afecciones físicas o psíquicas, la revelación de hechos o sucesos generados en el pasado y vinculados con el ámbito personal o familiar, la revelación de comportamientos personales, la revelación (surgida por situaciones fortuitas) de partes del cuerpo habitualmente cubiertas, las opciones religiosas, opciones políticas, la conducta privada, las comunicaciones escritas u orales de tipo personal, orígenes familiares o sociales, y otros vinculados son propios de la persona y no debieran de ser considerados al interior de la relación laboral.

El derecho fundamental a la intimidad, entonces, puede verse afectado por la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones, pero en particular por la información que pueda producir la intromisión, intrusión y divulgación de hechos que puedan perturbar la reserva y privacidad, y que se produzcan sin el consentimiento del titular<sup>(35)</sup>. Mi pasado, mi familia, mis amigos, los lugares a los que asisto, las creencias políticas y/o religiosas, etc., no solamente no deben ser objeto de conocimiento de parte del empleador, sino además no deberían de tener influencia alguna al interior de la relación laboral.

Si bien el derecho a la intimidad no resulta ser absoluto (lo señala Hernán Torres Álvarez<sup>(36)</sup> –refiriéndose a la posibilidad que tiene el empleador de fiscalizar el uso del correo electrónico de sus trabajadores– cuando dice que podría existir un conflicto entre el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho de fiscalización del empleador, concluyendo que el derecho a la inti-

---

(34) GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos humanos y la Constitución*. Gráfica Horizonte, Lima, 2001, p. 103.

(35) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit., pp. 117 y 122.

(36) TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “Derecho a la Intimidad del Trabajador y la Facultad de Fiscalización del Empleador en el Uso del Correo Electrónico”. En: *Actualidad Laboral*, febrero de 2003, p. 48 (el texto puede ser encontrado en <[http://www.estudio-eliasmantero.com/biblioteca/pdf/revistas/2003/al\\_02\\_03.pdf](http://www.estudio-eliasmantero.com/biblioteca/pdf/revistas/2003/al_02_03.pdf)>).

midad no es absoluto, sino que tiene límites, determinados en función de su contenido esencial; o Castillo Córdova cuando apunta que “(...) el derecho podrá ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido –no esencial–, siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio (...)”<sup>(37)</sup>; entre otros), resulta ser un claro límite a los poderes y facultades empresariales.

Es por ello que resulta necesario establecer ciertas características del derecho a la intimidad: forma parte de la esfera individual o de la vida privada de toda persona; no puede ser invadido o inmiscuido por terceros, salvo que la persona lo autorice o permita, o si en aras del interés público, es necesario invadirlo; no está referido únicamente a lo que tradicionalmente pudiera ser considerado como íntimo (aspectos sexuales básicamente), sino también a situaciones aparentemente menos “protegibles”, tales como el aspecto físico, costumbres, etc., llegando a incluir el ámbito familiar de la persona; alcanza aspectos como la imagen (figura corporal y fisonomía) o voz, cuando la vulneración se da a través de la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones, o inclusive a través de la divulgación que pueda producir la intromisión, intrusión y divulgación de hechos que puedan perturbar la reserva y privacidad; pese a la calidad de derecho fundamental que le corresponde, no es un derecho absoluto, sus límites están determinados por el contenido esencial.

Las restricciones, deben ser absolutamente excepcionales y plenamente justificadas, y de ninguna manera deberán afectar su contenido esencial (entendido este como esa esfera irreductible que el derecho a la intimidad tiene, aquellos aspectos del derecho que siempre deberán ser respetados).

Es frecuente que el derecho a la intimidad vaya de la mano o se presente con otros derechos fundamentales. Esta afirmación resulta evidente. Pensemos, por ejemplo, en un empleador que por practicar una búsqueda de uno de sus trabajadores en una red social logra saber su opción sexual, y ese termina siendo el elemento que desincentiva la contratación. No solamente se estaría afectando el derecho a la intimidad. De manera conjunta, se estarían afectando, además, el derecho a la dignidad, a la no discriminación, al honor, a la reserva en sus convicciones, al trabajo, etc. El hecho de utilizar inconsultamente la imagen de un trabajador para un comercial de televisión o para un calendario podría estar afectando, además del derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen. El que un empleador brinde a

---

(37) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 243.

entidades del sistema financiero el detalle de las retenciones efectuadas con motivo del pago a cuenta del impuesto a la renta (información que les sirve a estas entidades para incluir a los trabajadores en programas de otorgamiento de créditos) terminaría afectando, además del derecho a la intimidad, la reserva tributaria.

Si atendemos por un momento a las características que tiene el derecho a la intimidad (que forma parte de la esfera individual o de la vida privada de toda persona; que no puede ser invadido o inmiscuido por terceros, salvo que la persona lo autorice o permita, o si en aras del interés público es necesario invadirlo; que protege a la persona intromisiones como aspectos sexuales, el aspecto físico, costumbres, imagen, voz; etc.), concluiremos fácilmente que existen otros derechos fundamentales que pueden ir de la mano con el derecho a la intimidad. Pacheco Zerga lo advierte, cuando nos señala que “(...) el derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y, por lo tanto, a los derechos de la personalidad (...)”<sup>(38)</sup>.

La jurisprudencia nos confirma esta misma situación. Tenemos como ejemplo la Sentencia 186/2000 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo), que refiere los derechos a la intimidad personal, a la imagen, a la tutela jurisdiccional y a la prueba; la Sentencia 37/1998 de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo), que toca aspectos directamente relacionados con el derecho a la intimidad con el derecho a la huelga y la libertad sindical; la Sentencia 98/2000 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo), que vincula el derecho a la intimidad con el derecho a la propia imagen; la Sentencia 142/1993 del Pleno del Tribunal Constitucional Español (recurso de inconstitucionalidad) en el que el derecho a la intimidad va de la mano con el derecho a la dignidad; la Sentencia 99/1994 de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo) en el que se trata de manera simultánea el derecho a la imagen, a la dignidad y a la intimidad; la Sentencia 170/1987 de la segunda Sala del Tribunal Constitucional Español (recurso de amparo) que trata sobre el derecho a la intimidad y a la propia imagen; la Sentencia N° T-414/92 de la Primera Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia que trata sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho a la información.

---

(38) PACHECO ZERGA, Luz. Ob. cit., p. 23.

En el Perú las cosas no son muy distintas. Pese a la escasez de material jurisprudencial contamos con ejemplos bastante gráficos como el conocido caso del trabajador de Serpost (Exp. N° 1058-2004-AA/TC). Este caso trató de un trabajador que fue despedido por el indebido uso del correo electrónico de la empresa (a través del mismo se remitió material pornográfico), en el que la afectación al derecho al secreto a las telecomunicaciones, el derecho de defensa y el derecho a la intimidad se tienen muy presentes (diría, inclusive, que intimidad es el derecho menos desarrollado en el pronunciamiento).

Ahora bien, así como hemos explicado cómo opera en derecho fundamental a la intimidad, y cómo sirve de límite a los poderes de fiscalización y control del empleador, también debemos reconocer que este derecho tampoco es ilimitado.

Diversidad de autores han coincidido que los límites normalmente “(...) están en el ejercicio de otro derecho o también en otros bienes constitucionales”<sup>(39)</sup>. Esta posición probablemente sea la más frecuente y es fácilmente recordable, ya que desde siempre se nos ha enseñado que los derechos de uno terminan en donde comienzan los derechos de otro. Martínez de Pisón Cavero nos lo recuerda cuando, refiriéndose a los derechos y libertades fundamentales, hace referencia al criterio de ponderación, señalando que los derechos fundamentales no son absolutos<sup>(40)</sup>. Blancas Bustamante va más allá, al señalarnos, citando a Hesse, que “(...) la existencia de límites a los derechos fundamentales es una verdadera necesidad del principio hermenéutico de ‘unidad de Constitución’, conforme al cual ‘la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución (...) obligan a no contemplar en ningún caso solo la norma aislada, sino siempre además en el conjunto de el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales’”<sup>(41)</sup>.

Debemos advertir, citando a Blancas Bustamante, que el hecho de que un derecho fundamental tenga límites, no significa en modo alguno que estos puedan ser establecidos por el empleador al interior de la relación laboral<sup>(42)</sup>.

---

(39) DE ASÍS ROIG, Rafael. *Escritos sobre derechos humanos*. ARA Editores, Lima, 2005, p. 80.

(40) Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. 1ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 158.

(41) HESSE, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007 p. 124.

(42) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. cit., pp. 135 y 136.

Eguiguren Praeli<sup>(43)</sup> nos menciona el trabajo de Samuel Warren y Louis Brandeis *The right of privacy*, que fuera publicado en Harvard Law Review el 15 de diciembre de 1890, en el que se propusieron límites jurídicos a la intromisión de la prensa en la vida privada. Estos, más allá de estar referidos a la intromisión de la prensa, resultan plenamente aplicables al empleador al interior de la relación laboral y son: aquellos aspectos públicos o de interés general; los aspectos tratados ante un tribunal y cuando el afectado prestó su consentimiento.

Debemos recordar (y por eso la dificultad de establecer, al menos de manera exacta, el establecimiento de criterios generales) que siempre se deberá analizar el caso concreto, cuál es el derecho protegido que podemos tener frente al derecho a la intimidad, etc., entre otros aspectos. Pero el punto es que los límites al derecho fundamental a la intimidad existen.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

---

Es claro que el mundo actual evidencia una revolución tecnológica encabezada por la informática que ha cambiado nuestra vida cotidiana; y esos cambios han transformado también la forma en que se desarrollan las relaciones laborales.

El uso de Internet, teléfonos celulares, correo electrónico, tabletas, GPS han variado radicalmente todos los aspectos de la relación laboral: lugar de la prestación, forma en que se presta la relación, procesos de desconcentración, teletrabajo, comunicación en tiempo real, fiscalización efectiva a un menor costo son tal vez las principales muestras.

Asimismo, inclusive las formas de evaluación han variado. Google, Facebook, Hi5 o similares permiten saber si lo que un postulante ha presentado en su CV es cierto o no, si ha omitido información, hasta aspectos que podrían resultar cuestionables y propios de la vida privada de toda persona como quiénes son sus amigos, qué lugares frecuenta el postulante y hasta cuáles son sus costumbres.

La vida privada de todo trabajador es cada vez más reducida. Esto puede llegar a afectar el derecho fundamental a la intimidad, además de otros

---

(43) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit., p. 94.

derechos fundamentales de los que normalmente la intimidad va acompañada: imagen, libre desarrollo, honor, creación intelectual, disfrute del tiempo libre, expresión, reunión, asociación, contratación, trabajo, reserva de convicciones, secreto de comunicaciones y documentos privados secreto en las comunicaciones y hasta acceso al puesto de trabajo son las muestras más claras.

De allí la importancia de establecer límites a la forma en que se llevan adelante los poderes de dirección y control del empleador.

Consideramos que el límite central a estas facultades es el derecho fundamental a la intimidad, por el que todo individuo tiene el derecho de guardar para sí aquellos aspectos de la vida íntima o familiar que así lo considere, aspectos respecto de los cuales nadie puede ser tocado, investigado u observado. El respeto a la vida personal del trabajador debe de prevalecer, y su afectación o restricción debe de ser absolutamente excepcional.

En este breve trabajo hemos querido presentar las principales formas de fiscalización y control laboral. Formas que se originan como consecuencia de la sociedad de la información y que pueden terminar afectando los derechos fundamentales de los trabajadores.

De allí la importancia de establecer límites, de allí la importancia del derecho fundamental a la intimidad.

## BIBLIOGRAFÍA

---

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador*. Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno (23 y 24 de julio de 2009).

CANESSA MONTEJO, Miguel. *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo - OIT*. Pontificia Universidad Católica del Perú y PLADES, Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima, 2005.

DE LAS CASAS, Orlando. "La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial". En: *Soluciones Laborales*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2008.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. CES, Madrid, 1998.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”. En: *Ius et Praxis*. Derecho en la región, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 6, N° 1, Chile.

FALGUERA BARÓ, Miguel Ángel. “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”. En: AA.VV. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, Editorial Bomarzo, 2006.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Gráfica Horizonte, Lima, 2001.

GONZÁLES DE PATTO, Rosa María. “Nuevas tecnologías y relaciones laborales en el derecho español”. En: N° 5, *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA, 2003 (el texto puede también ser encontrado en <[http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev\\_derecho/REVISTA05/art12.pdf](http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/rev_derecho/REVISTA05/art12.pdf)>).

GONZALES MONROY, Jesús. En: <<http://slideshare.net/monroy/la-sociedad-de-la-informacion-presentacion-650951>> consulta: 8 de febrero de 2014.

GOÑI SEIN, José Luis. *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y OJEDA AVILÉS, Antonio. *Diccionario Jurídico Laboral*. Editorial Comares, Granada, 1999.

LANDA ARROYO, César. *Teorías de los derechos fundamentales*. Texto que puede ser encontrado en <<http://www.cajpe.org.pe/guia/teo.html>>.

LOFFREDO, Antonio. “El impacto de las tecnologías de la información en el derecho del trabajo italiano”. En: *Revista de Derecho Social Latinoamericana*. N° 1, 2006.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. 1ª ed., Madrid, Civitas, 1993.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Editorial Lex Nova, 2002.

MOGUEL FERNÁNDEZ, Jordi. “El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicancias penales”. Noticias Jurídicas, febrero de 2006. El texto puede ser encontrado en <<http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>>. (Consultado: 22 de febrero de 2014).

MONTUSCHI, Luisa. “Los sindicatos en la sociedad de la información. Desafíos y respuestas”. En: <[www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/165.pdf](http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/165.pdf)>, consulta: 8 de febrero de 2014.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª ed., Lima, marzo de 2009.

OJEDA AVILÉS, Antonio. “Las relaciones laborales especiales”. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 8, octubre de 2008.

PACHECO SERGA, Luz. “El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de Derecho comparado”. En: *Laborem*. N° 6, 2006.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. 1ª ed., Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª ed., tomo 1, Lima, 1999.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, 1997.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*. Cultural Cuzco editores, Lima, 1988.

TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “Derecho a la intimidad del trabajador y la facultad de fiscalización del empleador en el uso del correo electrónico”. En: *Actualidad Laboral*, febrero de 2003.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

# EL SISTEMA DE GESTIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

ESTELA OSPINA SALINAS<sup>(1)</sup>

## INTRODUCCIÓN

En el siglo XXI se vienen construyendo nuevos paradigmas para la gestión empresarial, que responden a conceptos como empresas saludables, sustentabilidad empresarial, empleos verdes, fomento de la investigación y el desarrollo (I+D) entre otros. Así, la sustentabilidad implica colocar el valor de la vida y de la salud de las y los trabajadores como un componente clave de una conducta empresarial socialmente responsable y ética. No es solo ver hacia el futuro, sino establecer las bases, orientaciones y acciones necesarias para la permanencia de la empresa en el futuro. Considerando lo anterior, la seguridad y salud en el trabajo forma parte de los componentes claves en este nuevo siglo.

El presente artículo tiene por objetivo colocar la importancia de los sistemas de gestión en seguridad y salud en el trabajo como parte de las obligaciones de los empleadores. Obligación de naturaleza múltiple y establecida en la Decisión N° 584 conocida como el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (IA-SST), norma supranacional, vinculante y preferente en la Comunidad Andina (CAN). Posteriormente, esta obligación empresarial fue desarrollada en el país a través de la Ley

---

(1) Docente de la PUCP. Gerente de Formación y de Investigación en Prysma Internacional Perú.

Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST) y modificada por la Ley Nº 30222.

## I. ANTECEDENTES

---

Cabe mencionar que la primera vez que se establece la obligación empresarial de implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (SG-SST) en el país fue en el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (D.S. Nº 046-2001-EM). Esta norma reglamentaria para el sector minero señaló la obligación de un Sistema de Gestión de Seguridad e Higiene Minera para las empresas del sector a partir del año 2001.

Otro antecedente normativo es abordado en la Decisión Nº 584. Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (IA-SST), que en el artículo 1, inc. j) de la misma, definió como Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo al “Conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de seguridad y salud en el trabajo, y los mecanismos y acciones necesarios para alcanzar dichos objetivos, estando íntimamente relacionado con el concepto de responsabilidad social empresarial, en el orden de crear conciencia sobre el ofrecimiento de buenas condiciones laborales a los trabajadores, mejorando de este modo la calidad de vida de los mismos, así como promoviendo la competitividad de las empresas en el Mercado”. Definición que es considerada en el Glosario de Términos del D.S. Nº 005-2012-TR y que se mantiene vigente. Mientras que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró las “Directrices relativas a los Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo- ILO-OSH 2001” que definía “*Sistema de gestión de la SST* al conjunto de elementos interrelacionados o interactivos que tienen por objeto establecer una política y objetivos de SST, y alcanzar dichos objetivos”. Conforme se aprecia, la definición del IA-SST si bien sigue las pautas de la OIT (2001) explicita de mejor manera la relevancia de este tipo de instrumentos.

Cabe mencionar que el D.S. Nº 009-2005-TR, Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo configuró el contenido de la LSST sobre los temas de SG-SST. Este Reglamento de SST es el antecedente más general en el país, luego del Reglamento de Seguridad e Higiene Minero.

---

## II. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (SG-SST)

---

Un aspecto relevante que contempla el Principio de Gestión Integral en el Título Preliminar es que: “Todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa”.

Este principio recoge la tendencia moderna sobre gestión empresarial propuesta por Savic (2001, p. 36) sobre la integración de los sistemas de gestión (...)” *combines four systems: the Quality Management System (ISO 9000: 2000), the Environment Management System (ISO 14000), the Risk Management System (ISO 17000) and the Health and Safety Management System (OHSAS 18000). The planning of activities is carried out jointly on the level of functions, (product quality, expenses, occupational safety and health, environment safety), then the plans are realized and the checking of the plan quality is carried out on the level of activity - i.e. is carried out on the processitself*”. Diversos autores coinciden en que la integración de estos sistemas va a producir un efecto sinérgico y es posible que al alinear todos los sistemas en la reducción de los diversos riesgos, se logre un rendimiento optimizado.

La obligación formulada en el artículo 17 de la LSST señala que el empleador debe adoptar un enfoque de sistema de gestión en el área de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con los instrumentos y directrices internacionales y la legislación vigente.

### 1. Obligación de constituir un SG-SST

La obligación de constituir un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) en la legislación nacional no implica un proceso de acreditación del mismo. En ese sentido, el Reglamento de la LSST (RLSST) menciona que en el caso las empresas cuenten con sistemas integrados de gestión o con certificaciones internacionales en seguridad y salud en el trabajo deben verificar que estas cumplan, como mínimo, con la legislación vigente en el país. Es más, se establece que los empleadores pueden contratar procesos de acreditación de sus SG-SST en forma voluntaria y bajo su responsabilidad. El SG-SST establecido en la legislación vigente en el país es compatible con los otros sistemas de gestión de la organización, o debe estar integrado en los mismos.

La relación entre la acreditación y la facultad fiscalizadora queda definida como no excluyente. La empresa o entidad pública que cuente con una acreditación voluntaria sobre su SG-SST debe permitir el libre ejercicio de la facultad fiscalizadora a cargo de la Inspección del Trabajo sobre la legislación nacional vigente y los contenidos negociales acordados por negociación colectiva.

De otra parte y teniendo como antecedente el D.S. N° 009-2006-TR, el artículo 18 del RLSST contiene principios que se adscriben de manera específica al SG-SST y son:

- a) Asegurar un compromiso visible del empleador con la salud y seguridad de los trabajadores.
- b) Lograr coherencia entre lo que se planifica y lo que se realiza.
- c) Propender al mejoramiento continuo, a través de una metodología que lo garantice.
- d) Mejorar la autoestima y fomentar el trabajo en equipo a fin de incentivar la cooperación de los trabajadores.
- e) Fomentar la cultura de la prevención de los riesgos laborales para que toda la organización interiorice los conceptos de prevención y proactividad, promoviendo comportamientos seguros.
- f) Crear oportunidades para alentar una empatía del empleador hacia los trabajadores y viceversa.
- g) Asegurar la existencia de medios de retroalimentación desde los trabajadores al empleador en seguridad y salud en el trabajo.
- h) Disponer de mecanismos de reconocimiento al personal proactivo interesado en el mejoramiento continuo de la seguridad y salud laboral.
- i) Evaluar los principales riesgos que puedan ocasionar los mayores perjuicios a la salud y seguridad de los trabajadores, al empleador y otros.
- j) Fomentar y respetar la participación de las organizaciones sindicales –o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores– en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo.

Es importante acotar que el empleador debe implementar el SG-SST regulado en la LSST y el RLSST en función del tipo de empresa u organización, nivel de exposición a peligros y riesgos, y la cantidad de trabajadores expuestos; esos son los criterios fundamentales. En el caso de la micro y pequeña empresa, la legislación le encargó a la Autoridad Administrativa de Trabajo brindar asesoría y medidas para la implementación de los SG-SST.

## **2. Participación de trabajadores y sus organizaciones sindicales**

Considerando lo señalado por la OIT (2001) en sus directrices, tanto la LSST como el reglamento de la misma (art. 19) subrayan la importancia de la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales en el SG-SST. Esta participación activa de los trabajadores, que se constituye en uno de los ejes para la construcción de una cultura de prevención en el país (art. 1 de la LSST), debe concretarse en la consulta, información y capacitación en todos los aspectos de la SST; en la convocatoria a las elecciones, la elección y el funcionamiento del Comité de SST; al reconocimiento de los representantes de los trabajadores a fin de que ellos estén sensibilizados y comprometidos con el SG-SST; en la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos al interior de cada unidad empresarial y en la elaboración del mapa de riesgos; principalmente. A efectos de brindar un cumplimiento a estas disposiciones, se obliga al empleador el implementar mecanismos adecuados para efectivizar la participación activa de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, en esta materia.

El artículo 24 de la LSST enfatiza la participación de los trabajadores como un “elemento esencial” del SG-SST en la organización. Para lo cual el empleador debe asegurar que los trabajadores y sus representantes sean debidamente consultados, informados y capacitados en todos los aspectos de SST con énfasis a lo relativo a su puesto de trabajo y se incluyen las situaciones de emergencia.

Dos son los aspectos que el artículo 25 de la LSST dispone que los empleadores deben brindar a los trabajadores y sus representantes, el primero es la disposición de tiempo, y segundo, los recursos para participar activamente en los procesos de organización, de planificación y de aplicación, evaluación y acción del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

## **3. Jerarquía de controles**

Desde la ingeniería de la seguridad industrial (Cortés. 2007) uno de los aspectos claves es la jerarquía de controles que establece una prioridad

en la implementación de las medidas de prevención. Esta prioridad consiste en reconocer la eficiencia preventiva de la medida colocada al inicio como es la eliminación los peligros y riesgos. Solo cuando se agotan todas las medidas preventivas y para los denominados riesgos residuales, es posible complementar todas las medidas anteriores con los equipos de protección personal. No es posible sustituir las medidas establecidas en el artículo 21 de la LSST por equipos de protección personal, esta decisión implica responsabilidades sobre las consecuencias de no observar en forma correcta la jerarquía de controles.

Primera medida: Eliminación de los peligros y riesgos. Se debe combatir y controlar los riesgos en su origen, en el medio de transmisión y en el trabajador, privilegiando el control colectivo al individual.

Segunda medida: Tratamiento, control o aislamiento de los peligros y riesgos, adoptando medidas técnicas o administrativas.

Tercera medida: Minimizar los peligros y riesgos, adoptando sistemas de trabajo seguro que incluyan disposiciones administrativas de control.

Cuarta medida: Programar la sustitución progresiva y en la brevedad posible, de los procedimientos, técnicas, medios, sustancias y productos peligrosos por aquellos que produzcan un menor o ningún riesgo para el trabajador.

Quinta medida: Facilitar equipos de protección personal adecuados, asegurándose que los trabajadores los utilicen y conserven en forma correcta.

#### **4. Responsabilidad del empleador**

Un aspecto del deber de prevención, como parte del deber de medios que debe atender el empleador, es la implementación del SG-SST. Así, la construcción, implementación y evaluación permanente de este sistema es responsabilidad del empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización.

Para tal efecto, el empleador puede delegar las funciones y la autoridad necesaria al personal encargado del desarrollo, aplicación y resultados del SG-SST. El personal encargado debe rendir cuentas de sus acciones

al empleador o autoridad competente. Es así, que el liderazgo, compromiso y deber de prevención es responsabilidad del empleador, no se delegan y no exime al empleador de ser el caso, de responder por el resarcimiento frente a los daños. Una de las modificaciones establecidas por la Ley N° 30222 (del 11 de julio de 2014) es la autorización a los empleadores para la suscripción de contratos de locación de servicios con terceros. Estos contratos se regulan por el Código Civil y se encuentran previstos bajo el régimen de la Ley N° 29245, ley que regula los servicios de tercerización y el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa los alcances de la norma antes mencionada. Estos contratos civiles de locación de servicios es posible que se suscriban para la gestión, implementación, monitoreo y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias sobre seguridad y salud en el trabajo. Desde el punto de vista legislativo, el empleador puede delegar parte de las funciones preventivas con terceros. Sin embargo, la experiencia internacional demuestra que la externalización de los servicios de seguridad y salud en el trabajo no contribuye a realizar una acción preventiva eficaz. Ello, porque la prevención de los riesgos laborales no es solo el cumplimiento de papeles sino de indicadores cuantitativos y cualitativos de protección de la salud y la vida en el trabajo. Vale decir, el deber de prevención siendo un deber de medios y de resultados, con la tercerización tenderá a fracasar en los resultados.

### **III. COMPONENTES DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO (SG-SST)**

---

#### **1. Política**

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT: 5) de España, que menciona que la política es el primer punto a desarrollar previamente a toda planificación preventiva. La Norma UNE 81900:1996 EX brinda una definición de política: “Son las directrices y objetivos generales de una organización relativos a la prevención de riesgos laborales tal y como se expresan formalmente por la dirección”.

Esta declaración es fundamental para cualquier organización debido a que es su compromiso visible y sobre el cual, la más alta autoridad deberá brindar los recursos necesarios para su concreción. No es una mera declaración de buena voluntad. De allí que la LSST (art. 22) menciona que el

empleador, en consulta con los trabajadores y sus representantes debe exponer por escrito la política en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esta política debe cumplir con ser específica para la organización y apropiada a su tamaño y a la naturaleza de sus actividades. Ser concisa, estar redactada con claridad, estar fechada y hacerse efectiva mediante la firma o endoso del empleador o del representante de mayor rango con responsabilidad en la organización. Ser difundida y fácilmente accesible a todas las personas en el lugar de trabajo. Ser actualizada periódicamente y ponerse a disposición de las partes interesadas externas, según corresponda. Un aspecto a evitar es copiar literalmente una política con el solo objetivo de cumplir con la legislación, debe ser propia de cada organización y elaborada en forma participativa.

La LSST orienta la política del SG-SST de las organizaciones y establece sobre los aspectos mínimos sobre los que debe pronunciar su compromiso. La protección de la seguridad y salud de todos los miembros de la organización mediante la prevención de las lesiones, dolencias, enfermedades e incidentes relacionados con el trabajo. El cumplimiento de los requisitos legales pertinentes en materia de seguridad y salud en el trabajo, de los programas voluntarios, de la negociación colectiva en seguridad y salud en el trabajo, y de otras prescripciones que suscriba la organización. La garantía de que los trabajadores y sus representantes son consultados y participan activamente en todos los elementos del SG-SST. La mejora continua del desempeño del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo; principalmente.

## 2. Organización

Con la formulación de la política, la organización inicia el proceso y luego, deberá establecer su modelo organizativo del sistema preventivo de acuerdo con la legislación vigente. El INSHT (6) sostiene que la organización procura “establecer los órganos que tienen responsabilidades en el ámbito de la seguridad y la salud (servicios de prevención y Comité de seguridad y salud). Pero además de la organización específica de la prevención, debe considerarse la organización general. Para ello habrá que definir funciones y responsabilidades. La dirección de la organización debe definir documentalmente las responsabilidades del personal en todos los niveles jerárquicos”.

La organización preventiva se estructura tanto dentro de la empresa como fuera. El principio básico que rige una buena organización preventiva

es la coordinación entre los distintos agentes de la prevención, dentro y fuera de la empresa, cumpliendo cada uno de ellos un papel determinado con base en las funciones y obligaciones que marca la legislación vigente y las buenas prácticas empresariales. Es posible diferenciar dentro de la empresa dos estructuras organizativas:

- a) Estructura organizativa simple. Es aquella impuesta por lo que se denomina organización formal, tipificada en la ley: los empresarios, el servicio de seguridad y salud en el trabajo, y los órganos de participación de los trabajadores.
- b) Estructura organizativa compleja. Es aquella que responde a necesidades especiales de coordinación o supervisión de actividades de alto riesgo o especial peligrosidad.

Cabe mencionar que si bien la legislación nacional al configurar el componente de Organización en el SG-SST se concibe como un proceso interno, se debe reconocer lo que existe fuera de la empresa u organización. Las entidades e instancias públicas o privadas que actúan fuera de la empresa deben también ser articuladas a las exigencias de una organización para permitir una estructura preventiva sólida. Se trata de valorar un conjunto de entidades y órganos públicos y privados que tienen un papel en materia preventiva, sea el de vigilancia o control, el de gestión de las enfermedades y accidentes o el de participación, pero que es recomendable incluir en la dinámica organizativa.

La legislación vigente señala que el empleador está obligado a garantizar que la prevención de los riesgos en el trabajo sea una responsabilidad conocida y aceptada en todos los niveles de la organización. La definición y comunicación a todos los trabajadores, cuál es el departamento o área que identifica, evalúa o controla los peligros y riesgos relacionados con la SST es central, lo cual adquiere especial relevancia cuando se trata del mecanismo de tercerización antes mencionado. La supervisión efectiva, según sea necesario, para asegurar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores es parte de las acciones para obtener resultados efectivos. La cooperación y la comunicación entre el personal, incluidos los trabajadores, sus representantes y las organizaciones sindicales, a fin de aplicar los elementos del SG-SST en la organización en forma eficiente es parte de las acciones que el empleador deberá promover eficazmente. El cumplimiento de los principios de los SG-SST y de los programas voluntarios sobre SST que adopte el empleador es parte de las obligaciones. No basta establecer, aplicar y

evaluar una política y un programa en SST, sino que estos deben tener objetivos medibles y trazables, los cuales deberán servir para la trazabilidad periódica del sistema. Las disposiciones para identificar y eliminar los peligros y los riesgos relacionados con el trabajo y promover la seguridad y salud en el trabajo deben ser efectivas. Se debe: establecer los programas de prevención y promoción de la salud y el sistema de monitoreo de su cumplimiento; asegurar la adopción de medidas efectivas que garanticen la plena participación de los trabajadores y de sus representantes en la ejecución de la política de seguridad y salud en el trabajo y en los comités de SST; proporcionar los recursos adecuados para garantizar que las personas responsables de la seguridad y salud en el trabajo, incluido el comité de SST o el supervisor de SST, puedan cumplir los planes y programas preventivos establecidos.

### 2.1. Competencia y capacitación

La definición de los requisitos de competencia necesarios para cada puesto de trabajo están a cargo del empleador y forma parte del deber de prevención. Además, debe definir y adoptar disposiciones para que todo trabajador de la organización esté capacitado para asumir deberes y obligaciones relativos a la SST, para lo cual debe establecer programas de capacitación y entrenamiento como parte de la jornada laboral, para que se logren y mantengan las competencias determinadas; lo establece el artículo 27 de la LSST.

Sobre la formación en SST a cargo del empleador se menciona que debe cumplir con los siguientes aspectos:

- En el puesto de trabajo específico o en la función que cada trabajador desempeña, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo, modalidad o duración de su contrato.
- En los cambios en las funciones que desempeñe, cuando estos se produzcan.
- En los cambios en las tecnologías o en los equipos de trabajo, cuando estos se produzcan.
- En las medidas que permitan la adaptación a la evolución de los riesgos y la prevención de nuevos riesgos.
- En la actualización periódica de los conocimientos.

La capacitación puede realizarse bajo diversas modalidades, siempre y cuando se desarrolle durante la jornada de trabajo. El empleador puede impartir la capacitación en forma directa o través de terceros. La legislación subraya que es el empleador el responsable de asumir los costos y bajo ningún concepto la formación puede recaer sobre los trabajadores. La Autoridad Administrativa de Trabajo brinda servicios gratuitos de formación en SST, estas capacitaciones son consideradas como válidas a efectos del cumplimiento del deber de capacitación en comentario.

La capacitación debe tener las siguientes características:

- Se extiende a todos los trabajadores, atendiendo de manera específica a los riesgos existentes en el trabajo.
- Se imparte y está a cargo de profesionales competentes y con experiencia en la materia.
- Se ofrece, cuando proceda, una formación inicial y cursos de actualización a intervalos adecuados.
- Se debe evaluar a los profesionales por parte de los participantes en función de su grado de comprensión y su utilidad en la labor de prevención de riesgos.
- Se revisan periódicamente los contenidos, con la participación del comité de SST o del supervisor de SST, y serán modificados, de ser necesario, para garantizar su pertinencia y eficacia.
- Se dispone de materiales y documentos idóneos.
- Se adecúa al tamaño de la organización y a la naturaleza de sus actividades y riesgos.

**Dos casos de excepción:** el Sector Público y las micro y pequeñas empresas. En el caso del Sector Público, las acciones de capacitación se realizan en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1025, que norma la capacitación y el rendimiento para el Sector Público. Para la capacitación de los trabajadores de la micro y pequeña empresa, la Autoridad Administrativa de Trabajo brinda servicios gratuitos de formación en seguridad y salud en el trabajo.

## 2.2. Documentación

El empleador es responsable de implementar los registros y documentación del SG-SST. Estos documentos pueden ser llevados a través de medios físicos o electrónicos. Estos registros y documentos deben estar actualizados y a disposición de los trabajadores y de la autoridad competente, respetando el derecho a la confidencialidad. Los registros documentales se pueden llevar por separado o en un solo libro registro electrónico. Las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipyme) y las entidades o empresas que no realicen actividades de alto riesgo tienen registros simplificados. Cabe anotar que los registros relativos a enfermedades ocupacionales se conservan por un periodo de veinte (20) años, por la etiología de estas.

La documentación mínima que de acuerdo con la legislación nacional debe tener y emplearla para fines preventivos es la siguiente:

- La política y objetivos en SST. Debe ser exhibida en un lugar visible dentro del centro de trabajo, sin perjuicio de aquella exigida en las normas sectoriales respectivas.
- El Reglamento Interno de SST.
- La identificación de peligros, evaluación de riesgos y sus medidas de control. Debe ser exhibida en un lugar visible dentro de centro de trabajo, sin perjuicio de aquella exigida en las normas sectoriales respectivas.
- El mapa de riesgo.
- La planificación de la actividad preventiva.
- El Programa Anual de Seguridad y Salud en el Trabajo.

El SG-SST debe tener algunos registros mínimos que son:

- Registro de accidentes de trabajo (AT), enfermedades ocupacionales (EP), incidentes peligrosos (IP) y otros incidentes en el que deben constar la investigación y las medidas correctivas. El D.S. N° 012-2014-TR establece los formatos para la notificación de los Accidentes Mortales, IP, AT no mortales y EP:
- Registro de exámenes médicos ocupacionales.

- Registro del monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómicos.
- Registro de inspecciones internas de seguridad y salud en el trabajo.
- Registro de estadísticas de seguridad y salud.
- Registro de equipos de seguridad o emergencia.
- Registro de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia.
- Registro de auditorías.

Si la Inspección del Trabajo requiere información de periodos anteriores, debe otorgar al empleador un plazo razonable para que este cumpla con presentar dicha información.

**Caso de excepción.** En la legislación se anotan dos sectores que requieren precisiones.

Uno, el caso de empleadores de intermediación o tercerización. En estos casos, el empleador usuario o principal también debe implementar los registros antes mencionados para el caso de los trabajadores en régimen de intermediación o tercerización. Se incluye a las personas bajo modalidad formativa y los que prestan servicios de manera independiente, siempre que estos desarrollen sus actividades total o parcialmente en sus instalaciones.

El otro caso es el de las micro y pequeñas empresas. El MTPE establece un sistema simplificado de documentos y registros. Este sistema puede ser establecido también para determinados sectores o actividades de baja complejidad o riesgo en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Los registros tienen una finalidad esencialmente preventiva y deben ser exhibidos ante la autoridad competente. Para atender esta última exigencia, el empleador debe tener un archivo activo donde figuran los eventos de los últimos doce (12) meses de ocurrido el suceso. Transcurrido ese plazo, pasa a un archivo pasivo que se deberá conservar por los plazos antes mencionados.

Como parte de los aspectos de la documentación, el empleador debe establecer y mantener disposiciones y procedimientos para:

- Recibir, documentar y responder adecuadamente a las comunicaciones internas y externas relativas a la SST.
- Garantizar la comunicación interna de la información relativa a la SST entre los distintos niveles y cargos de la organización.
- Garantizar que las sugerencias de los trabajadores o de sus representantes sobre SST se reciban y atiendan en forma oportuna y adecuada.

Finalmente, en materia de documentación y de los registros del SG-SST, los trabajadores y los representantes de las organizaciones sindicales tienen el derecho de consultarlos. Se exceptúa de este derecho a la consulta la información relativa a la salud personal del trabajador que solo será accesible con su autorización escrita.

### 2.3. Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo (servicios de SST)

El servicio de seguridad y salud en el trabajo en una organización tiene como función esencial interiorizar la prevención y desarrollar la cultura preventiva en la empresa o entidad; es el brazo ejecutivo de empleador y en quien se delega la ejecución del SG-SST y otras acciones. Por lo tanto, para cumplir a cabalidad su función es central identificar y satisfacer las necesidades preventivas de cada empresa concreta. En efecto, la aplicación del enfoque de calidad a los servicios de SST debe tener en cuenta que los clientes, usuarios y proveedores del servicio pueden tener diferentes puntos de vista sobre sus necesidades. El nivel de conocimiento técnico que deben manejar debe ser de alta competencia, sobre todo en las empresas de alto riesgo.

Las funciones y el rol de un servicio de SST así como las consideraciones sobre sus buenas prácticas es objeto de análisis por parte de algunos autores en los últimos años. Similar consideración, en especial lo relativo a la gestión ética, se desarrolla en los organismos internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo y la Agencia Europea de Salud y Seguridad en el Trabajo.

En el plano internacional se configuran tres tipos de servicios de prevención o servicios de SST. A continuación un breve resumen.

Tipo	Requisitos	Exigencia
Servicio de prevención propio  Servicio de SST propio	Empresas con un número mínimo determinado por la legislación nacional. Empresas que desarrollen actividades especialmente peligrosas o de alto riesgo.	Empresas que voluntariamente opten por esta modalidad. A requerimiento de la autoridad de trabajo por razones de peligrosidad o siniestralidad.
Servicio de prevención mancomunado  Servicio de SST común	Empresas que desarrollen actividades en un mismo centro, edificio o área geográfica delimitada. Empresas pertenecientes a un mismo sector productivo o grupo empresarial.	Se les considera como un servicio de prevención propio o servicio de SST propio La adopción de este modelo es de carácter voluntario.
Servicio de prevención ajeno  Servicio de SST a cargo de terceros	Empresas que no están obligadas a constituir un servicio de prevención propio y prefieren esta modalidad. Empresas que encargan al servicio de prevención o servicio de SST a terceros	La adopción de este modelo es de carácter voluntario. Es importante verificar el contenido del contrato de locación de servicios.

Sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador respecto de la salud y la seguridad de los trabajadores a quienes emplea, y habida cuenta de la necesidad de que los trabajadores participen en materia de salud y seguridad en el trabajo, no obsta de la existencia de los servicios de salud en el trabajo. El servicio de SST es el área, departamento, equipo o responsable de asegurar que las funciones siguientes sean adecuadas y apropiadas para los riesgos de una determinada empresa y para lograr la prevención de la salud y vida en el trabajo. En tal virtud, la legislación nacional mencionó las funciones preventivas básicas y similares a las que existen en otros países.

Funciones de un servicio de SST
Identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo.
Vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidas las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador.

Asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo, sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos y sobre las sustancias utilizadas en el trabajo.
Participación en el desarrollo de programas para el mejoramiento de las prácticas de trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos en relación con la salud.
Asesoramiento en materia de salud, de seguridad e higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva.
Vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo.
Fomento de la adaptación del trabajo a los trabajadores.
Asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional
Colaboración en la difusión de informaciones, en la formación y educación en materia de salud e higiene en el trabajo y de ergonomía.
Organización de los primeros auxilios y de la atención de urgencia.
Participación en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.

El Ministerio de Salud debe crear el registro de los servicios de SST y aprobar las guías de práctica clínica para el diagnóstico de las enfermedades ocupacionales. Además, conjuntamente con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo deberán adoptar las medidas legislativas para esta actividad preventiva y que carece de legislación específica.

#### 2.4. Comités y supervisores de Seguridad y Salud en el Trabajo

El Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo es la expresión del diálogo social bipartito en materia de SST en cada empresa o entidad, en cada organización. Como se comentó, la instancia de gestión ejecutiva es el servicio de SST. El Comité de SST tiene una función consultiva, de deliberación y de aprobación de los instrumentos preventivos centrales. Es uno de los espacios de atención colectiva de los requerimientos preventivos tanto de los trabajadores, técnicos, personas bajo contratos formativos, contratos modales, contratos de locación de servicios e incluso visitantes. El Comité de SST debe tener mecanismos para cumplir esta función en forma adecuada y suficiente.

En la legislación nacional se establece que los empleadores con veinte o más trabajadores a su cargo constituyen un Comité de SST. Este Comité está conformado en forma paritaria por igual número de representantes de la parte empleadora y de la parte trabajadora. Los empleadores que cuenten con sindicatos mayoritarios incorporan un miembro del respectivo sindicato en calidad de observador; de conformidad con el artículo

27 de la LSST. El empleador debe asegurar, cuando corresponda, el establecimiento y el funcionamiento efectivo de un comité de SST, el reconocimiento de los representantes de los trabajadores y facilitar su participación. Como se mencionó, el comité de SST tiene por objetivos promover la salud y seguridad en el trabajo, asesorar y vigilar el cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y la normativa nacional, favoreciendo el bienestar laboral y apoyando el desarrollo del empleador.

Cuando una empresa o entidad tiene menos de 20 trabajadores corresponde tener un supervisor de seguridad y salud en el Trabajo (supervisor de SST). Sea el comité de SST o el supervisor de SST deben desarrollar sus funciones con sujeción a lo señalado en la legislación vigente y no están facultados a realizar actividades con fines distintos a la prevención y protección de la SST.

<b>Funciones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo</b>
Conocer los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los precedentes de la actividad del servicio de seguridad y salud en el trabajo.
Aprobar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud del empleador.
Aprobar el Programa Anual de Seguridad y Salud en el Trabajo.
Conocer y aprobar la Programación Anual del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo.
Participar en la elaboración, aprobación, puesta en práctica y evaluación de las políticas, planes y programas de promoción de la seguridad y salud en el trabajo, de la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales.
Aprobar el plan anual de capacitación de los trabajadores sobre seguridad y salud en el trabajo.
Promover que todos los nuevos trabajadores reciban una adecuada formación, instrucción y orientación sobre prevención de riesgos.
Vigilar el cumplimiento de la legislación, las normas internas y las especificaciones técnicas del trabajo relacionadas con la seguridad y salud en el lugar de trabajo; así como, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo.
Asegurar que los trabajadores conozcan los reglamentos, instrucciones, especificaciones técnicas de trabajo, avisos y demás materiales escritos o gráficos relativos a la prevención de los riesgos en el lugar de trabajo.
Promover el compromiso, la colaboración y la participación activa de todos los trabajadores en la prevención de los riesgos del trabajo mediante la comunicación eficaz, la participación de los trabajadores en la solución de los problemas de seguridad, la inducción, la capacitación, el entrenamiento, concursos, simulacros, entre otros.

Realizar inspecciones periódicas en las áreas administrativas, áreas operativas, instalaciones, maquinaria y equipos, a fin de reforzar la gestión preventiva.
Considerar las circunstancias e investigar las causas de todos los incidentes, accidentes y de las enfermedades ocupacionales que ocurran en el lugar de trabajo, emitiendo las recomendaciones respectivas para evitar la repetición de estos.
Verificar el cumplimiento y eficacia de sus recomendaciones para evitar la repetición de los accidentes y la ocurrencia de enfermedades profesionales.
Hacer recomendaciones apropiadas para el mejoramiento de las condiciones y el medio ambiente de trabajo, velar porque se lleven a cabo las medidas adoptadas y examinar su eficiencia.
Analizar y emitir informes de las estadísticas de los incidentes, accidentes y enfermedades ocupacionales ocurridas en el lugar de trabajo, cuyo registro y evaluación deben ser constantemente actualizados por la unidad orgánica de seguridad y salud en el trabajo del empleador.
Colaborar con los servicios médicos y de primeros auxilios.
Supervisar los servicios de seguridad y salud en el trabajo y la asistencia y asesoramiento al empleador y al trabajador.
Reportar a la máxima autoridad del empleador la siguiente información: <ol style="list-style-type: none"> <li>El accidente mortal o el incidente peligroso, de manera inmediata con un plazo máximo de 24 horas.</li> <li>La investigación de cada accidente mortal y medidas correctivas adoptadas dentro de los diez (10) días de ocurrido.</li> <li>Las estadísticas trimestrales de accidentes, incidentes y enfermedades ocupacionales.</li> <li>Las actividades trimestrales del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.</li> </ol>
Llevar en el Libro de Actas el control del cumplimiento de los acuerdos.
Reunirse mensualmente en forma ordinaria para analizar y evaluar el avance de los objetivos establecidos en el programa anual, y en forma extraordinaria para analizar accidentes que revistan gravedad o cuando las circunstancias lo exijan.

El Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo está conformado por un número de personas que es definido por acuerdo de partes. Sin embargo, no pueden ser menos de cuatro (4) ni más de doce (12) miembros. Entre otros criterios, se podrá considerar el nivel de riesgo y el número de trabajadores. Si no es posible un acuerdo entre las partes, el número de miembros del Comité no es menor de seis (6) en los empleadores con más de cien (100) trabajadores y se agrega al menos a dos (2) miembros por cada cien (100) trabajadores adicionales, hasta un máximo de doce (12) miembros.

En los casos que el empleador cuente con varios centros de trabajo, cada uno de estos puede contar con un supervisor o Subcomité de Seguridad

y Salud en el Trabajo, en función del número de trabajadores. Este es un criterio que se viene empleando en las empresas grandes o medianas que tienen diversas sucursales o centros de producción. En términos de mejorar la gestión preventiva lo adecuado es contar con un Comité de SST que tendrá la calidad de ser el central y contar con subcomités o supervisores, en cada sucursal; según corresponda. En estos casos el Comité de SST tiene una labor de coordinación y apoyo a las actividades de los Subcomités o del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo. El procedimiento para elegir a los miembros del Sub Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene el mismo procedimiento previsto para el CSST.

Es importante que el Comité de SST realice sus actividades en coordinación con el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, que debe ser la entidad especializada y ejecutiva en esta materia.

Procedimientos del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo	
Convocatoria a la instalación	A cargo del Empleador. Dicho acto se lleva a cabo en el local de la empresa, levantándose el acta respectiva.
Acto de constitución e instalación	Asentados en un Libro de Actas de uso exclusivo
Reuniones	Asentadas en un Libro de Actas de uso exclusivo
Contenido del Acta de constitución e instalación. Información mínima	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Nombre del empleador;</li> <li>b) Nombres y cargos de los miembros titulares;</li> <li>c) Nombres y cargos de los miembros suplentes;</li> <li>d) Nombre y cargo del observador designado por la organización sindical, de ser el caso</li> <li>e) Lugar, fecha y hora de la instalación; y,</li> <li>f) Otros de importancia.</li> </ul>

La garantía del cumplimiento de los acuerdos del Comité de SST está a cargo del empleador. Tanto el Comité como el Supervisor de SST pueden solicitar asesoría de la Autoridad Competente para resolver los problemas relacionados con la prevención de riesgos.

Conformación del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo	
Presidente. Elegido por el Comité, entre los representantes.	El Presidente es el encargado de convocar, presidir y dirigir las reuniones del CSST, así como facilitar la aplicación y vigencia de los acuerdos de este. Representa al comité ante el empleador.
Secretario. Responsable de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo o uno de los miembros del Comité elegido por consenso.	El Secretario está encargado de las labores administrativas del CSST
Los miembros, quienes son los demás integrantes del Comité	Los miembros aportan iniciativas propias o del personal del empleador para ser tratadas en las sesiones y son los encargados de fomentar y hacer cumplir las disposiciones o acuerdos tomados por el CSST.
El Comité o el Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo	Pueden solicitar a la autoridad competente la información y asesoría técnica que crean necesaria para cumplir con sus fines. Pueden recurrir a profesionales con competencias técnicas en seguridad y salud en el trabajo, en calidad de consejeros.
Observador	Asistir, sin voz ni voto, a las reuniones del Comité; Solicitar información al Comité, a pedido de las organizaciones sindicales que representan, sobre el SG-SST y; Alertar a los representantes de los trabajadores ante el Comité de la existencia de riesgos que pudieran afectar la transparencia, probidad o cumplimiento de objetivos y de la normativa correspondiente.
Comisiones técnicas	El CSST puede crear para el desarrollo de tareas específicas, la investigación de accidentes de trabajo, el diseño del programa de capacitación, la elaboración de procedimientos, entre otras. La composición de estas comisiones es determinada por el Comité.
Capacitaciones especializadas en seguridad y salud en el trabajo	Los miembros del CSST o el Supervisor de SST deben recibir a cargo del empleador estas capacitaciones y deberán realizarse dentro de la jornada laboral.

El adecuado funcionamiento del Comité en SST o del Supervisor en SST es fundamental para el SG-SST, siendo las reuniones y los resultados de estas, los elementos que evidencian la calidad del mismo.

Reuniones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo	
Reuniones	Dentro de la jornada de trabajo. El lugar de reuniones debe ser proporcionado por el empleador y reunir las condiciones adecuadas para el desarrollo de las sesiones.
Reunión ordinaria	El CSST se reúne una vez por mes, en día previamente fijado.
Reunión extraordinaria	El CSST se reúne a convocatoria de su presidente, a solicitud de al menos dos (2) de sus miembros, o en caso de ocurrir un accidente mortal.
Cuórum mínimo	Es la mitad más uno de sus integrantes. Caso contrario, dentro de los ocho (8) días subsiguientes, el presidente cita a nueva reunión, la cual se lleva a cabo con el número de asistentes que se encuentre. Se levanta un acta en cada caso.
Acuerdo	El CSST procura sean adoptados por consenso y no por el sistema de votación. En el caso de no alcanzar consenso, se requiere mayoría simple. En caso de empate, el presidente tiene el voto dirimente.
Acta	Al término de cada sesión se levanta el Acta, que se asienta en el Libro de Actas. Una copia de esta se entrega a cada uno de los integrantes del CSST y a la máxima instancia de gerencia o decisión del empleador. En el caso del Supervisor de SST debe llevar un registro donde consten los acuerdos adoptados con la máxima autoridad de la empresa o empleador.
Informe resumen de las labores realizadas	Una vez al año el CSST o el supervisor lo elaboran.

Los empleadores, sean del Sector Privado o Público, designan a través de los instrumentos jurídicos que corresponden a sus representantes. Mientras que en el caso de los trabajadores, son ellos quienes deben elegir a sus representantes ante el Comité de SST o al Supervisor de SST. En los centros de trabajo en donde existen organizaciones sindicales, la organización más representativa es la responsable de convocar a las elecciones de los representantes de los trabajadores ante el Comité de SST.

Los trabajadores eligen a sus representantes, titulares y suplentes, ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, con excepción del personal de dirección y de confianza. Dicha elección se realiza mediante votación secreta y directa. Este proceso electoral está a cargo de la organización sindical mayoritaria, en concordancia con lo señalado en el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado

mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR. En todo caso, puede intervenir la organización sindical que afilie el mayor número de trabajadores en la empresa o entidad empleadora. En los casos que no exista organización sindical, el empleador debe convocar a la elección de los representantes de los trabajadores ante el Comité de SST o del Supervisor de SST. El proceso electoral debe ser democrático, mediante votación secreta y directa, entre los candidatos presentados por los trabajadores.

Miembros del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o Supervisor de SST	
Integrantes. Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Ser trabajador del empleador.</li> <li>b) Tener dieciocho (18) años de edad como mínimo.</li> <li>c) De preferencia, tener capacitación en temas de seguridad y salud en el trabajo o laborar en puestos que permitan tener conocimiento o información sobre riesgos laborales.</li> </ul>
Empleador	Designa a sus representantes conforme lo establezca su estructura organizacional y jerárquica, entre el personal de dirección y confianza.
Trabajadores	<p>El acto de elección deberá registrarse en un acta que se incorpora en el Libro de Actas respectivo. Una copia del acta debe constar en el Libro del CSST.</p> <p>La nominación de los candidatos debe efectuarse quince (15) días hábiles antes de la convocatoria a elecciones, a fin de verificar que estos cumplan con los requisitos legales.</p>
Mandato de los representantes de los trabajadores al CSST o del Supervisor de SST	Duración de un (1) año como mínimo y dos (2) años como máximo.
Mandato de los representantes del empleador	Permanecerán por plazo que el empleador determine.
Vacancia del cargo de Comité de SST o del Supervisor de SST	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Vencimiento del plazo establecido para el ejercicio del cargo, en el caso de los representantes de los trabajadores y del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo.</li> <li>b) Inasistencia injustificada a tres (3) sesiones consecutivas del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o a cuatro (4) alternadas, en el lapso de su vigencia.</li> <li>c) Enfermedad física o mental que inhabilita para el ejercicio del cargo.</li> <li>d) Por cualquier otra causa que extinga el vínculo laboral.</li> </ul>
Suplencia	Los cargos vacantes son suplidos por el representante alterno correspondiente, hasta la conclusión del mandato. En caso de vacancia del cargo de Supervisor de SST se cubre a través de la elección por parte de los trabajadores.

Licencia	<p>Los miembros del comité de SST y Supervisores de SST tienen el derecho a obtener, previa autorización del mismo comité, una licencia con goce de haber para la realización de sus funciones, de protección contra el despido incausado y de facilidades para el desempeño de sus funciones en sus respectivas áreas de trabajo, seis meses antes y hasta seis meses después del término de su función.</p> <p>Las funciones antes señaladas son consideradas actos de concurrencia obligatoria que se rigen por el artículo 32 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La ampliación de la licencia sin goce de haber requiere la opinión favorable del comité paritario.</p> <p>La licencia con goce de haber es por treinta (30) días naturales por año calendario para la realización de sus funciones. En caso las actividades tengan duración menor a un año, el número de días de licencia será computado en forma proporcional. Los días de licencia o su fracción se consideran efectivamente laborados para todo efecto legal.</p> <p>La protección contra el despido incausado opera desde que se produzca la convocatoria a elecciones y hasta seis (6) meses después del ejercicio de su función como representante ante el Comité de SST o supervisor de SST.</p>
Autoridad	<p>El Comité de SST, el supervisor y todos los que participen en el SG-SST cuentan con la autoridad que requieran para llevar a cabo adecuadamente sus funciones.</p>
Distintivos	<p>El empleador deberá otorgarle a los miembros del C de SST o supervisor distintivos que permitan a los trabajadores identificarlos. Puede ser una tarjeta de identificación o un distintivo especial visible, que acredite su condición.</p>

## 2.5. Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo (RISST)

La obligación de contar con un reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo (RISST) corresponde a las empresas con veinte o más trabajadores.

Estructura del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Objetivos y alcances.</li> <li>b) Liderazgo, compromisos y la política de seguridad y salud.</li> <li>c) Atribuciones y obligaciones del empleador, de los supervisores, del Comité de SST, de los trabajadores y de los empleadores que les brindan servicios si las hubiera.</li> <li>d) Estándares de seguridad y salud en las operaciones.</li> <li>e) Estándares de seguridad y salud en los servicios y actividades conexas.</li> <li>f) Preparación y respuesta a emergencias.</li> </ul>

Para mejorar el conocimiento de los trabajadores sobre la seguridad y salud en el trabajo, el empleador debe:

- a) Entregar a cada trabajador copia del RISST y de sus posteriores modificaciones. Mediante medio físico o digital, bajo cargo. Esta obligación se extiende a los trabajadores en régimen de intermediación y tercerización, a las personas en modalidad formativa y a todo aquel cuyos servicios subordinados o autónomos se presten de manera permanente o esporádica en las instalaciones del empleador.
- b) Realizar no menos de cuatro capacitaciones al año en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- c) Adjuntar al contrato de trabajo la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo.
- d) Brindar facilidades económicas y licencias con goce de haber para la participación de los trabajadores en cursos de formación en la materia.
- e) Elaborar un mapa de riesgos con la participación de la organización sindical, representantes de los trabajadores, delegados y el comité de seguridad y salud en el trabajo, el cual debe exhibirse en un lugar visible.
- f) Las recomendaciones deben considerar los riesgos en el centro de trabajo y, particularmente, aquellos relacionados con el puesto o función, a efectos de que el trabajador conozca de manera fehaciente los riesgos a los que está expuesto y las medidas de protección y prevención que debe adoptar o exigir al empleador. Cuando en el contrato de trabajo no conste por escrito la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo, estas deberán entregarse en forma física o digital, a más tardar, el primer día de labores.

## **2.6. Prevención, preparación y respuesta ante situaciones de emergencia**

El empleador debe tener definida la prevención, preparación y respuesta ante situaciones de emergencia y de los accidentes de trabajo, en ese sentido toda organización debe contar con indicadores confiables, como los que se mencionan en las disposiciones legales.

Prevención, preparación y respuesta ante situaciones de emergencia
Garantizar información, medios de comunicación interna y coordinación necesarios a todas las personas en situaciones de emergencia en el lugar de trabajo.
Proporcionar información y comunicar a las autoridades competentes, a la vecindad y a los servicios de intervención en situaciones de emergencia.
Ofrecer servicios de primeros auxilios y asistencia médica, de extinción de incendios y de evacuación a todas las personas que se encuentren en el lugar de trabajo.
Ofrecer información y formación pertinentes a todos los miembros de la organización, en todos los niveles, incluidos ejercicios periódicos de prevención de situaciones de emergencia, preparación y métodos de respuesta.

## 2.7. Las adquisiciones y contrataciones

Finalmente, además de las atenciones a las situaciones de emergencia y de los accidentes de trabajo es importante incluir los aspectos de las adquisiciones y de las contrataciones. En ese sentido, el artículo 84 de la LSST establece que el empleador debe contar con procedimientos para garantizar:

Procedimientos sobre adquisiciones y contrataciones
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se deben identificar, evaluar e incorporar en las especificaciones relativas a compras y arrendamiento financiero, las disposiciones relativas al cumplimiento por parte de la organización de los requisitos de seguridad y salud.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se deben identificar las obligaciones y los requisitos tanto legales como de la propia organización en materia de seguridad y salud en el trabajo antes de la adquisición de bienes y servicios.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se debe adoptar disposiciones para que se cumplan los requisitos antes de utilizar los bienes y servicios mencionados.</li> </ul>

Cabe mencionar que en la Unión Europea existe el conocido como marcado CE. La base legal de este marcado es la Directiva Marco 93/68/EEC y que fue promulgada por la Comunidad Europea. El objetivo de este marcado es lo que se denomina proceso de seguridad en el producto, por el cual el fabricante, al colocar el marcado, manifiesta que el producto cumple con los estándares mínimos tanto técnicos como legales válidos en el espacio comunitario europeo. No es una acreditación de calidad.

## 3. Planificación de la acción preventiva

La planificación preventiva para el control de los riesgos se establecerá a partir de la evaluación inicial. En tal planificación se determinarán el

conjunto de actividades preventivas a aplicar a los diferentes elementos del sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales determinando plazos, prioridades y especificaciones en función de la magnitud de los riesgos y del número de trabajadores expuestos (INSHT: 7).

Objetivos de la planificación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo
Lograr resultados específicos, realistas y posibles de aplicar por la empresa.
Establecer las medidas de identificación, prevención y control.
Mejora continua de los procesos, la gestión del cambio, la preparación y respuesta a situaciones de emergencia.
Verificar el aspecto de las adquisiciones y contrataciones.
Mejorar el nivel de participación de los trabajadores y su capacitación.

### 3.1. Línea de base del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo

Para establecer el SG-SST se realiza una evaluación inicial o estudio de línea de base como diagnóstico del estado de la salud y seguridad en el trabajo. Los resultados obtenidos son comparados con lo establecido en esta Ley y otros dispositivos legales pertinentes, y sirven de base para planificar, aplicar el sistema y como referencia para medir su mejora continua. La evaluación es accesible a todos los trabajadores y a las organizaciones sindicales. Cuando se menciona Ley, se hace referencia a la legislación y otros dispositivos legales pertinentes. Por lo tanto, comprende a todas las normas nacionales generales y sectoriales en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como a las normas internacionales ratificadas. También se incluyen las disposiciones en la materia acordadas por negociación colectiva, de ser el caso.

La evaluación inicial de riesgos debe realizarse en cada puesto de trabajo del empleador, por personal competente, en consulta con los trabajadores y sus representantes ante el Comité o Supervisor de SST.

Línea de base del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo
Esta evaluación debe considerar las condiciones de trabajo existentes o las previstas.
Evaluar la posibilidad de que el trabajador que ocupe el puesto de trabajo, por sus características personales o estado de salud conocido, sea especialmente sensible a alguna de dichas condiciones.
Identificar la legislación vigente en SST, las guías nacionales, las directrices específicas, los programas voluntarios de SST y otras disposiciones que haya adoptado la organización.

Identificar los peligros y evaluar los riesgos existentes o posibles en materia de seguridad y salud que guarden relación con el medio ambiente de trabajo o con la organización del trabajo.
Determinar si los controles previstos o existentes son adecuados para eliminar los peligros o controlar riesgos.
Analizar los datos recopilados en relación con la vigilancia de la salud de los trabajadores.

El resultado de la evaluación inicial o línea de base debe estar documentado, servir de base para adoptar decisiones sobre la aplicación del SG-SST y servir de referencia para evaluar la mejora continua del SG-SST.

El empleador planifica e implementa la seguridad y salud en el trabajo con base en los resultados de la evaluación inicial o de evaluaciones posteriores, o de otros datos disponibles; con la participación de los trabajadores, sus representantes y la organización sindical.

Las disposiciones, en materia de planificación, deben incluir una definición precisa, el establecimiento de prioridades y la cuantificación de los objetivos de la organización en SST. La preparación de un plan para alcanzar cada uno de los objetivos, en el que se definan metas, indicadores, responsabilidades y criterios claros de funcionamiento, con la precisión de lo qué, quién y cuándo deben hacerse; aspecto que luego permitirá avanzar en la evaluación del cumplimiento de lo planificado. La selección de criterios de medición para confirmar que se han alcanzado los objetivos señalados. Pero, un componente determinante es la dotación de recursos adecuados, incluidos recursos humanos y financieros, y la prestación de apoyo técnico. Este último criterio resulta fundamental para considerar las posibilidades de obtener resultados preventivos propuestos; sin la asignación de recursos, no es factible concretar lo planificado.

<b>Criterios para establecer los objetivos en seguridad y salud en el trabajo</b>
Deben ser específicos para la organización, apropiados y conformes con su tamaño y con la naturaleza de las actividades.
Tienen que ser compatibles con las leyes y reglamentos pertinentes y aplicables, así como con las obligaciones técnicas, administrativas y comerciales de la organización en relación con la seguridad y salud en el trabajo.
Deben estar focalizados en la mejora continua de la protección de los trabajadores para conseguir resultados óptimos en SST
Tienen que estar documentados, comunicados a todos los cargos y niveles pertinentes de la organización.
Deben ser evaluados y actualizados periódicamente.

Mientras que la planificación, desarrollo y aplicación del SG-SST permite a la empresa cumplir, como mínimo, las disposiciones de las leyes y reglamentos nacionales, los acuerdos convencionales y otras derivadas de la práctica preventiva; lo cual tiene una finalidad preventiva frente a las posibles sanciones derivadas de los incumplimientos. Permite mejorar el desempeño laboral en forma segura para el conjunto de la empresa, no solo para los trabajadores. Mantener los procesos productivos o de servicios de manera que sean seguros y saludables. Además, contribuye a fortalecer los componentes del SG-SST, y es la base para la mejora continua de los resultados de la SST.

#### **4. Evaluación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo**

La evaluación periódica del sistema preventivo establecido en el SG-SST y del conjunto de elementos fundamentales que lo componen es una actividad ineludible (INSHT: 105), que, es necesario atender para cumplir con la legislación vigente. Pero, lo central es que la evaluación del SG-SST permite su mejora continua y garantiza la eficacia preventiva del sistema y el cumplimiento legal. El empleador debe elaborar, establecer y revisar periódicamente procedimientos para supervisar, medir y recopilar con regularidad datos relativos a los resultados de la seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, debe definir en los diferentes niveles de la gestión, la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas en materia de supervisión. La selección de indicadores de eficiencia debe adecuarse al tamaño de la organización, la naturaleza de sus actividades y los objetivos de la seguridad y salud en el trabajo.

A efectos de una adecuada evaluación del SG-SST, el empleador debe considerar la posibilidad de recurrir a mediciones, cualitativas y cuantitativas, adecuadas a las necesidades de la organización. Estas mediciones deben basarse en los peligros y riesgos que se hayan identificado en la organización, las orientaciones de la política y los objetivos de seguridad y salud en el trabajo. Además, deben fortalecer el proceso de evaluación de la organización a fin de cumplir con el objetivo de la mejora continua.

Objetivos de la supervisión
Identificar las fallas o deficiencias en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.
Adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo.
Prever el intercambio de información sobre los resultados de la seguridad y salud en el trabajo.
Aportar información para determinar si las medidas ordinarias de prevención y control de peligros y riesgos se aplican y demuestran ser eficaces.

#### 4.1. Investigación de los accidentes, enfermedades e incidentes en el trabajo

La investigación de los accidentes, enfermedades e incidentes relacionados con el trabajo y sus efectos en la seguridad y salud permite identificar los factores de riesgo en la organización, las causas inmediatas (actos y condiciones subestándares), las causas básicas (factores personales y factores del trabajo) y cualquier diferencia del SG-SST para la planificación de la acción correctiva pertinente; establece el artículo 42 de la LSST.

Es así, que la investigación del origen y causas subyacentes de los incidentes, lesiones, dolencias y enfermedades debe permitir la identificación de cualquier deficiencia en el SG-SST y estar documentada. Estas investigaciones deben ser realizadas por el empleador, el Comité y/o Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, con el apoyo de personas competentes y la participación de los trabajadores y sus representantes.

#### 4.2. Auditorías del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo

El empleador debe realizar auditorías periódicas con la finalidad de comprobar si el SG-SST ha sido aplicado y es adecuado y eficaz para la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud de los trabajadores. La auditoría prevista en el artículo 43 de la LSST debe ser realizada por auditores independientes. En la consulta sobre la selección del auditor y en todas las fases de la auditoría, incluido el análisis de los resultados de la misma, se requiere la participación de los trabajadores y de sus representantes.

Asimismo, las investigaciones y las auditorías deben permitir a la dirección de la empresa que la estrategia global del SG-SST logre los fines previstos y determinar, de ser el caso, cambios en la política y objetivos del sistema. Sus resultados deben ser comunicados al comité de seguridad y salud

en el trabajo, a los trabajadores y a sus organizaciones sindicales; de conformidad con el artículo 44 de la LSST.

#### 4.3. Vigilancia del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo

El artículo 45 de LSST establece que la vigilancia de la ejecución del SG-SST, las auditorías y los exámenes realizados por la empresa deben permitir que se identifiquen las causas de su disconformidad con las normas pertinentes o las disposiciones de dicho sistema, con miras a que se adopten medidas apropiadas, lo cual incluye los cambios en el propio sistema.

Criterios para la vigilancia del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo
Evaluar la estrategia global del SG-SST para determinar si se alcanzaron los objetivos previstos.
Evaluar la capacidad del SG-SST para satisfacer las necesidades integrales de la organización y de las partes interesadas en esta, incluidos sus trabajadores, sus representantes y la autoridad administrativa de trabajo.
Evaluar la necesidad de introducir cambios en el SG-SST, incluyendo la Política de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus objetivos.
Identificar las medidas necesarias para atender cualquier deficiencia, incluida la adaptación de otros aspectos de la estructura de la dirección de la organización y de la medición de los resultados.
Presentar los antecedentes necesarios al empleador, incluida información sobre la determinación de las prioridades para una planificación útil y de una mejora continua.
Evaluar los progresos para el logro de los objetivos de la seguridad y salud en el trabajo y en las medidas correctivas.
Evaluar la eficacia de las actividades de seguimiento sobre la base de la vigilancia realizada en periodos anteriores.

## 5. Acción en pro de mejoras

### 5.1. Revisión de los procedimientos por el empleador

Los procedimientos del empleador para obtener mayor eficacia y eficiencia en el control de los riesgos asociados al trabajo, en el caso del SG-SST deben revisarse periódicamente. Sin embargo, la revisión integral del SG-SST se realiza por lo menos una vez al año. El alcance de la revisión debe definirse según las necesidades y riesgos presentes; según lo establecido en el artículo 47 de la LSST.

Contenido de la revisión anual por el empleador
<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Los objetivos de la seguridad y salud en el trabajo de la empresa.</li> <li>b) Los resultados de las actividades de identificación de los peligros y evaluación de los riesgos.</li> <li>c) Los resultados de la supervisión y medición de la eficiencia.</li> <li>d) La investigación de accidentes, enfermedades e incidentes relacionados con el trabajo.</li> <li>e) Los resultados y recomendaciones de las auditorías y evaluaciones realizadas por la dirección de la empresa.</li> <li>f) Las recomendaciones del Comité de SST, o del supervisor de seguridad y salud en el trabajo y por cualquier miembro de la empresa en pro de mejoras.</li> <li>g) Los cambios en las normas legales.</li> <li>h) Los resultados de las inspecciones de trabajo y sus respectivas medidas de recomendación, advertencia y requerimiento.</li> <li>i) Los acuerdos convencionales y actas de trabajo.</li> </ul>



Las conclusiones del examen realizado por el empleador deben registrarse y comunicarse a las personas responsables de los aspectos críticos y pertinentes del SG-SST para que puedan adoptar las medidas oportunas. Además, debe comunicarse al Comité de SST o al Supervisor de SST, los trabajadores y la organización sindical.

## 5.2. Mejora continua

La metodología de mejoramiento continuo del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo considera lo siguiente:

- a) La identificación de las desviaciones de las prácticas y condiciones aceptadas como seguras.
- b) El establecimiento de estándares de seguridad.
- c) La medición periódica del desempeño con respecto a los estándares.
- d) La evaluación periódica del desempeño con respecto a los estándares.
- e) La corrección y reconocimiento del desempeño.

Estos procedimientos diseñados en la legislación vigente en seguridad y salud en el trabajo, deben contribuir a fomentar la confianza mutua entre directivos, técnicos y trabajadores. Por esta razón es esencial el establecimiento de canales fluidos de comunicación. Los procedimientos documentales solo

contribuyen a reforzarlos si estos existen y se basan en la confianza mutua, base fundamental en todo proceso de comunicación positiva. En todo caso la normalización documentada no debería constituir limitación alguna a la innovación y la creatividad que son esenciales para el necesario proceso de mejora continua en todos los campos.

#### IV. CONCLUSIONES

---

La obligación de los empleadores de contar con sistemas de gestión en seguridad y salud en el trabajo, tienen un antecedente nacional en el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera del año 2001; y del otro, la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina. Ambas disposiciones legislativas, aunque de distinto nivel, contienen un desarrollo normativo similar al que estableció el D.S. N° 009-2005-TR, el primer Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo que fuera de aplicación general para el Sector Privado en el país.

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (su modificatoria) y sus normas reglamentarias (y sus modificatorias) mantienen lo central del deber de prevención con relación a la obligación empresarial de dotar a sus empresas o entidades de un Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo.

El desarrollo que realiza la Ley de SST y la legislación reglamentaria en esta materia mantiene los criterios internacionales establecidos sobre el particular. Se trata de una obligación que establece un SG-SST a nivel básico y que no es certificable. Los procesos de certificación son decisiones voluntarias del empleador. Sin embargo, lo prescrito para el SG-SST es compatible con cualquier sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo.

De la revisión efectuada, tanto doctrinaria como normativa, se desprende que la mayor atención en el desarrollo legislativo se evidencia en los aspectos de política, planificación y sobre todo, la organización del SG-SST. Los aspectos con menor desarrollo normativo son los que corresponden a la evaluación y la acción en pro de las mejoras.

De igual manera, hace falta un desarrollo legislativo sobre componentes claves como son los servicios de seguridad y salud en el trabajo y la vigilancia de la salud de los trabajadores. Ambos temas requieren de la atención conjunta del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y del Ministerio

de Salud, que disponen de la calidad de tener competencias suprasectoriales en material de seguridad y salud en el trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

AENOR PERÚ (2014). ISO 9001, ISO 14001, OHSAS 18001, Certificación Integrada. Recuperado de: <<http://www.aenorperu.com/sistemas-integrados.aspx>>. Revisado: 30 de octubre del 2014.

ABDULLAH, N. A. Occupational Health and Safety Management Perceptions in Malaysian Public Hospitals: Implications for the Implementation of Standardized Management Systems. Curtin: University of Technology, School of Public Health. 2010.

CORTÉS DÍAZ, J. M. *Técnicas de prevención de riesgos laborales: seguridad e higiene del trabajo*. 7ª ed., Tébar, Madrid, 2007.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE DEL TRABAJO (INSHT). “Manual de Procedimientos de prevención de riesgos laborales”. Guía de elaboración. Recuperado de: <<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79-ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoid=3cd09cfa6d388110VgnVCM1000000705350aRCRD&vgnnextchannel=1d19bf04b6a03110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>>. Revisado: 11 de octubre de 2014.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001. Recuperado de: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed\\_protect/--protrav/--safework/documents/normativeinstrument/wcms\\_112582.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_protect/--protrav/--safework/documents/normativeinstrument/wcms_112582.pdf)>. Revisado: 10 de octubre del 2014.

SAVIC, S. *Integration of management systems in terms of optimization of workplace human performance*. Facta Universitatis Series: Working and Living Environmental Protection, 2(1), 2001.

TOYAMA, J. & PRAELI, T. *La jurisprudencia administrativa laboral en la inspección del trabajo*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

TOYAMA, J. “Seguridad y salud en el trabajo: una inversión necesaria”. 17 de junio de 2013. Recuperado de <[conexionesan.com: http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2013/06/17/seguridad-salud-trabajoinversion-necesaria/](http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2013/06/17/seguridad-salud-trabajoinversion-necesaria/)>. Revisado el 2 de noviembre de 2014

WELLS, J. “El reglamento de seguridad requiere precisiones sobre traslado de empleados”. *Diario Gestión*, p. Economía 1, jueves 10 de mayo de 2012. Recuperado de: <<http://peruvianworld.net/semana?start=330>>. Revisado: 20 de octubre de 2014.



# EL IMPACTO DE LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS DE LA EMPRESA EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

---

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND<sup>(1)</sup>

---

## I. LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE RESPUESTAS PARA UNA CUESTIÓN CAPITAL

---

El contrato de trabajo es uno de tracto sucesivo o ejecución continuada cuyo cumplimiento está en condiciones de prolongarse en el tiempo mientras no existan circunstancias sobrevenidas que lo impidan. Dentro de cualquier economía de mercado, el presupuesto de su continuidad está constituido, como es evidente, por el mantenimiento de la fuente que le dio origen. Es decir, por la persistencia de las necesidades empresariales a las que atiende. O, expresado con otras palabras, por la viabilidad económica del proyecto empresarial en el que el mismo se inserta.

En particular, a partir del periodo de crisis mundial vivido entre los años 1929 y 1945, el Derecho del ha Trabajo ido construyendo, de forma ciertamente trabajosa, pero a la vez constante, un conjunto de instituciones dirigidas a contemplar la incidencia de las dificultades económicas de la empresa en las relaciones de trabajo.

El objeto de esa regulación ha sido, en prácticamente todos los casos, tratar de atender de forma tendencialmente equilibrada dos principios contradictorios:

---

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca.

- El de *eficacia económica y libertad de gestión empresarial*, de un lado.
- Y el de *estabilidad en el empleo y tutela del trabajo asalariado*, del otro.

Partiendo de que se trata, en ambos casos, de principios de carácter fundamental, tutelados por lo general al máximo nivel normativo a través de la libertad de empresa y el derecho al trabajo, respectivamente, no sería aceptable el sacrificio absoluto de uno de ellos para satisfacer intereses protegidos por el otro.

En este proceso normativo encuentran su origen rancias instituciones del Derecho del Trabajo tal y como lo conocemos hoy. Este es el caso del *ius variandi* empresarial y las normas sobre movilidad geográfica y funcional de los trabajadores, presentes en muchos ordenamientos, de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo y, claro está, de los distintos tipos o clases de despido, tanto individual como colectivo, susceptibles de ser activados en atención a razones vinculadas con el funcionamiento de la empresa.

Todas estas son instituciones que permiten al empleador modificar, suspender o extinguir los contratos de uno o más trabajadores cuando se haya producido un cambio en las circunstancias que altere el equilibrio económico originario (genere una mayor onerosidad sobrevenida o determine una pérdida de la utilidad o el lucro iniciales). El fundamento de todas ellas es, desde este punto de vista, finalmente, el mismo: una alteración de las condiciones de ejecución del contrato que convierte en no razonable el mantenimiento de las condiciones primigenias de la relación o incluso su propia continuidad.

La necesidad de tutelar, incluso en estas circunstancias, el interés de los trabajadores afectados, y en particular su derecho a la estabilidad en el empleo, determina, de todas formas, que todas estas instituciones se encuentren rodeadas de un conjunto de garantías.

Entre ellas, muy señaladamente, la subordinación de su utilización a la existencia de una causa que la justifique de manera objetiva; la participación de los representantes del personal afectado, en particular cuando se trata de la gestión de las vicisitudes de incidencia o impacto colectivo; el control administrativo del cumplimiento de los requisitos previstos legalmente, llegando a supeditar el propio recurso a las medidas, al menos en los casos más graves, a la previa autorización de la Administración Laboral; e incluso

el abono de indemnizaciones a los trabajadores afectados no vinculadas a la existencia de un incumplimiento empresarial previo, es decir, indemnizaciones que han de ser pagadas a los mismos por el solo hecho de experimentar un perjuicio, incluso cuando este pueda estar basado en una causa válida y legítima.

## II. EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA Y LA GLOBALIZACIÓN DE LOS MERCADOS

---

La emergencia, primero de la crisis económica mundial de mediados de los años setenta del pasado siglo y luego del proceso de globalización económica a finales de los noventa, determinaron un cambio trascendental en el contexto en el que debían ser aplicadas originalmente estas instituciones: de una situación inicial de relativa estabilidad de la demanda y mercados nacionales protegidos frente a la competencia se pasó a otra de una intensa inestabilidad y variabilidad de la demanda y progresiva apertura a la competencia global.

En un contexto como este, la necesidad de adaptación de la empresa a las condiciones del entorno económico se convierte en permanente. La empresa deviene, como se ha apuntado con particular claridad, en una suerte de “organización del aprendizaje”, cuya supervivencia depende cada vez más de su capacidad de responder mejor y más rápido que sus competidores a las cambiantes exigencias del mercado.

Pese a su importancia, esta mutación no ha determinado, por lo general, el surgimiento de instituciones nuevas. Sí ha ejercido, en cambio, una fuerte presión sobre los instrumentos jurídicos tradicionales, dirigida a transformarlos en herramientas para esa adaptación constante al cambio económico que se demanda de la empresa.

Las instituciones tradicionales, pues, no han desaparecido, pero han experimentado importantes transformaciones, en línea con aquello que en la etapa actual se espera de ellas. Estas transformaciones se expresan de dos maneras distintas:

- En primer lugar, se ha producido una lenta pero a la vez constante *disminución del garantismo legal*, dirigida a flexibilizar su utilización y extender márgenes de decisión del empleador en

la gestión de las situaciones de dificultad económica. La idea es convertir a cada uno de estos instrumentos en herramientas de gestión ordinaria, antes que extraordinaria, a disposición del empleador.

Esta minoración se manifiesta, antes que nada, a través de una reducción del intervencionismo administrativo en la gestión de las instituciones, la cual suele venir acompañada de un correlativo incremento las situaciones sujetas a la decisión unilateral del empleador, pudiendo llegar incluso al absoluto sometimiento de las mismas a su sola voluntad, aunque sujeta a un control posterior de naturaleza judicial.

En el caso de España, esta evolución se ha recorrido de forma completa, bien que en dos fases. Si en un primer momento, hacia 1994, el legislador dispuso que solo los despidos colectivos o grupales que superen cierto número de trabajadores (10 en las empresas de menos de cien, el 10 % en las que ocupen entre cien y trescientos y 30 en las demás) se encontraban sujetos a autorización administrativa, pasando los demás a depender solo de la decisión unilateral del empleador, a partir del año 2012 se optó por establecer que, aunque esos despidos siguen requiriendo de la apertura de un periodo de consulta con los representantes de los trabajadores afectados, pueden ser llevados a cabo directamente por el empleador de no llegar a un acuerdo.

A lo anterior se le debe sumar, ya en el plano sustancial aunque en la misma línea, una evidente flexibilización de la manera de concebir y valorar las causas económicas susceptibles de permitir la utilización de las distintas instituciones, y en particular del despido.

A diferencia de lo que ocurría en el pasado, las dificultades económicas no son vistas ya como situaciones excepcionales o “patológicas” de especial gravedad, frente a las que “no hay más remedio” que permitir al empresario modificar, suspender o extinguir los contratos de trabajo. Antes bien, las mismas pasan a ser concebidas como situaciones ordinarias, normales o “fisiológicas” dentro de la dinámica de la empresa, ante las cuales resulta conveniente, aunque no sea indispensable, ofrecer al

empleador herramientas de ajuste que le permitan adaptarse a ellas con el fin de garantizar la viabilidad futura del proyecto empresarial.

Un buen ejemplo de esto último viene dado, nuevamente, por la evolución de la regulación española de las causas económicas de despido. Luego del año 2012, para su configuración se requiere, simplemente, la existencia de “una situación económica negativa”, ofreciéndose como ejemplos “casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o una disminución persistente” del “nivel de ingresos ordinarios o ventas”, y añadiéndose que “se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

Se produce así un cierto cambio de función de en estos instrumentos, que pasan a ser vistos prioritariamente como herramientas al servicio de la competitividad empresarial.

- Esta “instrumentalización” de las instituciones, sin embargo, ha venido acompañada de un *reforzamiento de los mecanismos de participación y control* por los trabajadores de los procesos de decisión de proyección colectiva.

Este reforzamiento, que actúa como mecanismo de “contrapeso” de la ampliación de los márgenes de decisión empresarial, se produce, por lo general, a través del establecimiento de la necesidad de tramitar un periodo de negociación o “de consultas” antes de la adopción de las decisiones correspondientes, en el que el empleador no solo deberá proporcionar información a los representantes de los trabajadores afectados y oír su opinión sobre las medidas adoptar, sino negociar con ellos con vistas a la consecución de un acuerdo, como señala la regulación española siguiendo las directivas del Derecho Comunitario europeo.

Este no deja de ser, de todas formas, mecanismo de participación “débil”, que no impide la puesta en práctica de las medidas correspondientes si no hay acuerdo. Su objetivo es, como se ha apuntado, obtener una “legitimación por el procedimiento” de las decisiones empresariales, a la vez que

comprometer a los trabajadores en la gestión de los procesos de adaptación, “socializando” así la nueva cultura empresarial.

Resultado de este proceso de cambio es, en todo caso, un conjunto de instituciones funcionalmente adaptadas a la satisfacción de las necesidades empresariales de adaptación, cuya presencia transforma al contrato de trabajo en un vínculo extremadamente dúctil y flexible, cuya estabilidad está en condiciones de ceder cada vez que ello sea requerido por las necesidades económicas de la empresa. Valoradas estas últimas, además, desde la perspectiva del fomento de su capacidad competitiva.

El catálogo incluye mecanismos de diverso tipo, como se indicó:

- De *carácter novatorio*, que permiten modificar las condiciones laborales originarias del trabajador. En el caso de España, pueden contarse aquí el *ius variandi* ordinario, la movilidad funcional y los procedimientos individuales y colectivos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, desplazamientos y traslados.
- De *carácter suspensivo*, que autorizan al empleador a llevar a cabo suspensiones temporales de labores o reducciones temporales de jornada por motivos económicos.
- De *carácter extintivo*, que lo facultan para extinguir un contrato de trabajo o un conjunto de ellos por motivos similares. Así ocurre, por seguir con ejemplos extraídos de la legislación española, con los despidos por causas objetivas, individuales o plurales, y los despidos colectivos.

Por lo demás, estos mecanismos pueden activarse tanto de forma independiente como en el marco de procedimientos de quiebra o concurso de acreedores, en este último caso siempre que se trate de situaciones de singular dificultad económica (insolvencia empresarial). Aquí la declaración de la quiebra o concurso no extingue ni suspende necesariamente las actividades empresariales y los contratos del personal. Pero determina que las medidas indicadas deban ser adoptadas en el marco del procedimiento correspondiente y con autorización del juez encargado de su tramitación, el cual es, por lo general, un juez de lo mercantil y no un juez laboral.

---

### III. LA GEOMETRÍA VARIABLE DE LA NOCIÓN DE DIFICULTAD ECONÓMICA Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO

---

Una vez apuntadas las líneas de evolución y la situación actual de la regulación de la incidencia de las dificultades económicas de la empresa en las relaciones de trabajo, conviene poner de manifiesto algunas ambigüedades de su tratamiento jurídico.

A estos efectos, conviene empezar por advertir que, aunque todos los mecanismos antes mencionados tienen como causa primera y principal para su activación la existencia de dificultades económicas, lo que no existe es un concepto unívoco y objetivo de lo que por estas ha de entenderse. Antes bien, por lo general, las normas suelen aludir a “razones”, “motivos” o “causas económicas”, sin añadir precisiones adicionales. O recurriendo, en caso de hacerlo, a referencias igualmente genéricas, de simple vocación ejemplificadora.

Esta indefinición tiene su origen, antes que nada, en la diversidad de situaciones que pueden situarse en la base o ser expresión de un estado de cosas de ese tipo: pérdidas reiteradas, dificultades de venta, dificultades o imposibilidad de aprovisionamiento, problemas de financiación o de tesorería, disminución de pedidos, anulación o pérdida de encargos o contratos con clientes, entre muchas otras.

Pero también a que se trata de un concepto de un evidente valor instrumental, cuya concurrencia ha de ser apreciada en relación con cada una de las instituciones a la que pretenda ser aplicado y la intensidad de las medidas que a través de ella se pretenda introducir, de forma tal que, cuanto más relevante cualitativa y cuantitativamente sea el cambio que se postule, más intensa habrá de ser la situación de desequilibrio económico que lo justifique.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que lo decisivo en todos los casos no es la situación económica por sí misma, sino su aptitud para justificar la medida empresarial de la que se trate. La valoración que ha de hacerse aquí no es, por ello, solo del desequilibrio económico, sino también de la idoneidad, al menos potencial, de la medida postulada para hacerle frente. Esta es, sin lugar a dudas, una valoración difícil de realizar, toda vez que exige llevar a cabo un juicio sobre la razonabilidad de la medida desde el punto de vista empresarial y su potencial utilidad para superar el estado de cosas precedente. Pero sin duda posible. Y además necesaria para preservar el carácter causal en vez de discrecional del empleo de las instituciones implicadas.

En consecuencia, por más abierto, indeterminado y plural que parezca, el de “causa” o “dificultad económica” es, finalmente, siempre un concepto jurídico y no exclusivamente económico, cuyo significado es susceptible de interpretación y concreción por los tribunales a la hora de valorar la aplicación de las instituciones implicadas en casos concretos. El control judicial que corresponde a estos realizar es, pues, uno de fondo y no solo de cumplimiento de garantías formales (realización del periodo de consultas, entrega de la documentación requerida, envío de notificaciones a los afectados, etc.), como a veces se postula.

Pero no solo la noción de causa económica es una de geometría variable. Algo parecido puede decirse, aunque desde una perspectiva distinta, de las herramientas a través de las cuales es posible hacer frente a esta clase de situaciones.

Aunque una aproximación puramente formal a los textos legales pudiera inducir a pensar lo contrario, los mecanismos novatorios, suspensivos y extintivos que han sido mencionados no son en realidad los únicos susceptibles de ser utilizados para conjurar las situaciones de dificultad económica de la empresa desde el punto de vista laboral. Antes bien, existen otros instrumentos que, aunque no han sido diseñados expresamente con tal fin, pueden ser legítimamente activados con ese propósito. Y de hecho lo son, a veces incluso con más frecuencia que los de carácter “ordinario”.

A continuación me voy a referir a tres, que considero son los más representativos.

El primero es la *negociación colectiva*. Cuando la empresa atraviesa dificultades económicas resulta posible celebrar todo tipo de acuerdos colectivos de adaptación de las condiciones laborales pactadas al nuevo estado de cosas. Estos acuerdos pueden traer consigo una reformulación de las condiciones pactadas, en su particular en materia de jornada (reducciones del tiempo de trabajo, creación de “bolsas” de “reserva” de horas no trabajadas, con o sin reducción de salarios, etc.). Pero también una congelación o incluso una minoración de los salarios, caso, este último, en el que nos encontramos ante la denominada negociación colectiva *in peius*, en principio legítima si no se sobrepasan los mínimos legales.

El anterior es, por lo demás, un proceso que puede encontrarse previsto en los propios convenios colectivos, sobre todo si son de sector o rama y no de empresa, mediante la inclusión de cláusulas de inaplicación o “des-cuelgue”, a través de las cuales se autoriza al empleador y los representantes

de los trabajadores dentro de la empresa afectada por la situación de crisis a pactar nuevas condiciones más adaptadas a las posibilidades de la misma en sustitución de las previstas con carácter general.

A la negociación colectiva se añade, como segundo mecanismo complementario de adaptación, la suscripción de *acuerdos individuales de modificación o reducción de condiciones laborales*. E incluso de extinción convenida de los contratos de trabajo. Piénsese en pactos de reducción del salario individual, de conversión de contratos de trabajo a tiempo completo en contratos a tiempo parcial o de terminación de los mismos por mutuo acuerdo. Estos pactos son válidos si se dan dos condiciones esenciales. La primera es no desconocer los mínimos legales y convencionales o atentar de forma indirecta contra el derecho a la negociación colectiva. Situación esta última que se produce cuando se imponen sistemas generales de ordenación de las condiciones laborales contrarios a los pactados colectivamente por la vía de la contratación individual “en masa”. A lo anterior debe añadirse, de todas formas, el ineludible consentimiento de los trabajadores afectados. Unas veces obtenido sin contrapartidas, seguramente a la vista de la situación existente y en evitación de “males” mayores. Y otras, quizá las más, a cambio de compensaciones económicas (bajas o reducciones de jornada “incentivadas”).

El recurso a la “*externalización*” o “*tercerización*” de una parte de la actividad de la empresa puede constituir, en tercer lugar, también una forma de hacer frente a sus dificultades económicas. Si bien el empleo de este mecanismo puede resultar cuestionable en condiciones de normalidad, especialmente por el daño que ocasiona a la estabilidad en el empleo de los trabajadores que llevan a cabo las tareas transferidas, la misma solución no resulta reprochable cuando lo que con ella se persigue es hacer frente a problemas reales de eficiencia que inciden negativamente sobre la estructura de costos de la empresa.

En estos casos, como es evidente, el problema central a afrontar no es otro que el relativo al destino del personal “interno” que con anterioridad se dedicaba a atender la actividad que ha sido traspasada al exterior.

En principio caben aquí dos opciones: el traspaso de los trabajadores a quien se encargará de la actividad y la extinción de sus contratos de trabajo. Por lo general, el traspaso resulta preceptivo cuando se transfieren de forma simultánea al encargo de la actividad los medios u organización empresarial necesarios para llevarla a cabo. Este es el caso, por ejemplo, de la

creación de filiales. Entonces, en garantía de la estabilidad en el empleo, las legislaciones laborales suelen disponer que el nuevo titular de la organización pase a ocupar la posición del anterior en el contrato de trabajo. Por lo demás, este “traspaso” no tiene por qué afectar las condiciones laborales del personal transferido. No obstante, resulta claro también que con posterioridad el nuevo empleador puede recurrir a los mecanismos ordinarios de modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, si las condiciones económicas lo justifican.

La situación es distinta cuando lo que se hace es solo subcontratar a otro para que realice la actividad. Entonces, dichos trabajadores permanecerán en principio en la empresa. Esta podrá, naturalmente, reorganizar su actividad para “absorberlos” en otras tareas. Y también recurrir a bajas incentivadas. La extinción de sus contratos de trabajo por causa económica solo procederá cuando pueda demostrarse que el sistema de gestión “interna” no resulta económicamente viable por ineficiente, inadecuado u obsoleto, representando su “encargo” a un tercero, se supone que especializado, una solución más eficaz y competitiva.

Pero esto no es todo. Al lado de los tres mecanismos recién apuntados, cuyo empleo resulta legítimo dentro de los márgenes descritos para hacer frente a las situaciones de quebranto económico, existen otros que a los que con frecuencia se recurre también en estos casos, pese a que su utilización con tal fin contraviene expresas previsiones legales y lesiona derechos de los trabajadores afectados.

Este es el caso de la *extinción anticipada o la no renovación de los contratos de trabajo del personal eventual*. Y también del *despido indemnizado y sin causa de los trabajadores con contratos por tiempo indefinido*.

Es cierto que la extinción anticipada o la no renovación de los contratos de los trabajadores temporales no tiene por qué ser considerada necesariamente fraudulenta, máxime cuando se está ante estados de crisis. No obstante, la situación puede ser distinta cuando, como ocurre con frecuencia por ejemplo en España, en la empresa existe un amplio volumen de contratos temporales dudosamente causales. Entonces, su extinción masiva se convierte en una fórmula bastante sencilla para eludir las garantías y los costos asociados a la tramitación de un despido colectivo.

Otro tanto sucede con la utilización del despido injustificado. Recurrir falsamente al despido disciplinario, alegando una causa que luego no se prueba, con el fin de conseguir la extinción de los contratos de trabajo a

cambio de una indemnización, aprovechando la debilidad de la reacción del ordenamiento frente a este tipo de situaciones, puede representar también una fórmula, ciertamente algo más cara que la anterior, de no cumplir con las exigencias que supone la tramitación de un despido colectivo.

#### IV. LA DESEABLE GRADUALIDAD DE LAS SOLUCIONES

---

Recapitulando lo dicho hasta aquí podemos concluir que las dificultades económicas de la empresa pueden incidir sobre la relación de trabajo de muy diversas maneras. En concreto, generando: a) cambios en las funciones del trabajador, el lugar de trabajo, la jornada laboral, el salario y las demás condiciones laborales; b) cambios en la persona del empleador; c) la suspensión de su ejecución; y d) su extinción.

##### ¿Qué es lo deseable?

Naturalmente, que se prefieran las medidas menos incisivas y traumáticas a las de mayor intensidad. Es decir, la reordenación de las funciones y la jornada laboral a la reducción de los salarios y las demás condiciones de trabajo; la reducción de los salarios y las demás condiciones o la suspensión de los contratos de trabajo o su extinción; y la extinción de cierto número de contratos al cese total de la actividad de la empresa.

Esta indispensable graduación de las medidas a adoptar en las situaciones de dificultad económica no se encuentra, por lo general, recogida expresamente por los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, se la puede entender implícita en la propia definición causal de cada una de las medidas. Además de ser coherente con la tutela constitucional del derecho al trabajo, que exige que su afectación se lleve a cabo solo cuando ello resulte imprescindible y exclusivamente en la medida necesaria para satisfacer los intereses de signo opuesto con los que este pueda entrar en conflicto.

Lo anterior nos conduce de forma directa a la afirmación de dos principios jurídicos de alcance general, aplicables al tratamiento de las dificultades económicas de la empresa:

- El de *proporcionalidad* entre la intensidad de las dificultades económicas y la de las medidas a adoptar para hacerles frente.

- El de última ratio, de acuerdo con el cual el despido constituye una solución extrema a la que solo cabe recurrir ante la imposibilidad de que den resultado otras medidas menos drásticas.

Ambos principios, pues, deberían guiar la gestión de las situaciones de crisis empresarial. No siempre, sin embargo, ocurre así. Existen países en los que los empresarios son “de gatillo fácil”, como sucede en España, y otros en los que estos operan con criterio más conservador, como ocurre en Alemania. De hecho, en el año 2009, primero en el que la actual crisis se manifestó con toda su virulencia, el producto bruto interno cayó en Alemania cinco puntos y el empleo se redujo apenas una décima. Mientras que en España el producto bruto interno cayó en ese mismo periodo algo menos, un 3,6 %, pero el empleo disminuyó en 4,9 %, principalmente de la mano de extinciones o no renovaciones de contratos de duración determinada y despidos improcedentes de trabajadores con contratos por tiempo indefinido.

Como es obvio, detrás de estas marcadas diferencias existen problemas de mentalidad y de estructura productiva. Pero también causas jurídicas que conviene explicitar.

Así, ha de tenerse presente, antes que nada, que *dificultar las soluciones menos traumáticas aboca al empleo de las más traumáticas*. En consecuencia, si el legislador opta por “petrificar” el contenido de los convenios colectivos, bloquear los descuelgues y dificultar las modificaciones de condiciones laborales y las suspensiones contractuales, incluso en situaciones de dificultad económica, lo que en última instancia está haciendo es favorecer las extinciones contractuales como salida. Por esta razón son más bien las soluciones intermedias las que deben ser facilitadas e incluso incentivadas, como ocurrió, por ejemplo, en Alemania desde el inicio de la crisis a través del sistema de *kurzarbeit* o suspensión colectiva bonificada de los contratos de trabajo, cuyo fin era evitar las extinciones masivas.

Del mismo modo, conviene no perder de vista que *facilitar las medidas más traumáticas desalienta el uso de las más ligeras*. Esto es precisamente lo que ocurrió en España, donde el alto volumen de contratos temporales no causales, de fácil extinción, y las facilidades concedidas para el despido sin causa indemnizado, el denominado “despido improcedente”, hicieron posible un rapidísimo “desplome” del empleo, del que tardará este país bastantes años en recuperarse. De allí que no sea una buena idea, ni siquiera en épocas de crisis, aligerar las exigencias causales para el recurso al despido o reducir sus costos, sobre todo ante la ausencia de causa. Si acaso, lo

que puede tener sentido es facilitar y abaratar los despidos basados en causas económicas serias y atendibles, dificultando y encareciendo, en cambio, aquellos que no se apoyen en motivos dignos de ser tenidos en cuenta, es decir, los despidos arbitrarios.

La incidencia de las dificultades económicas de la empresa en la relación de trabajo depende en última instancia, como se acaba de ver, de una diversidad de factores de muy distinta naturaleza. El legislador no puede, como es evidente, controlarlos todos hasta sus últimas consecuencias. Aunque sí está en su mano crear condiciones que favorezcan un círculo virtuoso en el que vayan de la mano la recuperación económica de la empresa y el mantenimiento del empleo.

Este debería ser, pues, el objetivo de cualquier política pública de regulación del impacto de las dificultades económicas de la empresa sobre las relaciones de trabajo. Y también de la actuación de los distintos sujetos (trabajadores y empleadores) implicados cotidianamente en su gestión.



# EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

---

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU<sup>(1)</sup> <sup>(2)</sup>

---

## I. INTRODUCCIÓN

---

Se vienen dando cambios estructurales que están transformando la realidad contemporánea<sup>(3)</sup> a una velocidad vertiginosa, no solo en lo social y económico, sino también en las relaciones de trabajo que, por adecuarse, está generando la reconfiguración de la concepción de los sujetos laborales.

Tradicionalmente, el Derecho del Trabajo ha prestado especial interés a la evolución de la figura del trabajador y sus particularidades; sin embargo, un acercamiento sobre las transformaciones empresariales (un tema tan actual como controvertido), que excede el campo del Derecho del Trabajo, en la realidad nos exige preocuparnos por la renovada noción del empleador de cara a sus responsabilidades laborales y las relaciones laborales.

---

(1) Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Universidad del Pacífico y UDEP. Socio de Miranda & Amado, Abogados.

(2) Agradecemos a la señorita Katy Noriega Góngora por sus aportes en la revisión del presente artículo.

(3) Globalización económica y empresas globales, dinamismo y cambios constantes en las tendencias de las empresas transnacionales, generalización de los mercados flexibles, los procesos de descentralización productiva, el desarrollo de la competencia en mercados saturados por ofertas diversas de productos o la incursión de un nuevo paradigma tecnológico basado en la información.

La presente ponencia busca explicar, a través de la diferenciación de definiciones de empresario, empleador, dueño del capital y otros, las implicancias laborales de las reestructuraciones extintivas y no extintivas empresariales.

## II. CONCEPTOS PREVIOS

---

Para poder analizar las principales formas de reestructuración empresarial y su secuela sobre el campo laboral debemos esclarecer el concepto que manejaremos sobre la empresa misma. Al respecto, en doctrina existen tres teorías relevantes: la comunitarista, la clásica y la moderna, siendo esta última tal vez la más importante.

En la **tesis comunitarista** la concepción de empresa<sup>(4)</sup> y empresario están dissociadas. Como el objeto es la colaboración económico-social entre los miembros de la empresa para obtener un fin común, la continuidad laboral se sostiene en que el vínculo se construye con la empresa misma (real contraparte laboral), de modo que el empresario puede cambiar sin afectarlos. Adicionalmente, debemos precisar que se maneja la idea de un verdadero derecho real de propiedad sobre el empleo atribuido al trabajador. Un despido sin causa en este escenario es equivalente a una expropiación del puesto de trabajo o de la situación de trabajador en la empresa<sup>(5)</sup>.

En la **tesis clásica**, empresa y empresario son sinónimos de empleador. Este es el titular de los medios de producción y ejerce poder de dirección. A diferencia de la anterior, el objeto que mueve la construcción de la empresa y la creación de vínculos laborales es el interés económico del dueño del capital. El empresario, siendo propietario de los medios de producción, contrata trabajo ajeno realizando la explotación bajo su propio riesgo, por lo cual posee poder sobre el trabajo ajeno que utiliza. En este caso, la continuidad se explica en el principio de conservación del acto jurídico llevado a lo laboral.

---

(4) La empresa es una comunidad de trabajo organizada hacia un fin común que excede los intereses del empresario y trabajadores.

(5) MEJÍA, Renato. *Transmisión de empresa y relaciones laborales*. Texto mimeografiado. Lima, 2005. Para el autor, la aproximación unitaria de las relaciones laborales debe ser rechazada. Los conflictos de intereses son inevitables en todas las sociedades y las normas ayudan a resolverlos pero no a eliminarlos.

Finalmente, en la **tesis moderna** el empresario y el empleador se distinguen. No necesariamente quien dirige económicamente la organización productiva y ejerce el poder de dirección, es el titular de los medios de producción. El objeto, en este caso, es competir y colaborar para mejorar la capacidad productiva de la empresa por lo que no es inusual que el dueño del capital (empresario) entregue esta responsabilidad a quien está mejor capacitado para conducir la empresa a la obtención de los mejores resultados productivos. El principio de continuidad se fortalece debido a la finalidad protectora del derecho del trabajo que reconoce la situación de desventaja material del trabajador. Ello explicará, en muchos casos, cómo al margen de la sustitución del empleador, ante un cambio de empresa o segmentación en la misma, se respetarán el periodo laborado previamente, recibiendo el tratamiento de un vínculo ininterrumpido.

Como se puede apreciar, en esta última tesis es primordial diferenciar los conceptos para atender a las implicancias de laborales de las transformaciones empresariales que se vienen inventando y reinventando ante el silencio de la ley; será precisamente esta cualidad la que volverá eficiente la última tesis para describir nuestra realidad actual, identificar quién ejerce el poder de dirección y ante quién se puede reclamar los derechos de un vínculo laboral que se interrumpió por decisiones estrictamente productivas.

### III. REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

---

La búsqueda constante por generar un mayor valor para el accionista es una de las características más naturales de un mercado globalizado y, en esta búsqueda, la elección constante de reestructurar las empresas para adecuarse al mejor modelo productivo es uno de los medios de mayor trascendencia para conseguirlo.

Dentro de este fenómeno variable y aparentemente ilimitado en opciones podemos perfectamente seguir apreciando el típico conflicto de intereses del mundo laboral: por un lado, el trabajador que quiere que la relación laboral permanezca inalterable (o mejoren las condiciones) y sus créditos laborales estén garantizados; mientras que, del lado del empleador, se quiere mantener (o mejorar) la capacidad productiva, adoptando las medidas y ajustes necesarios para ello. Ambos pueden coincidir o no, por lo que existe un conflicto latente.

Los diversos ejemplos que vamos a desarrollar a continuación tienen en común que todos deben brindar una respuesta a un concepto sumamente relevante a efectos de nuestro estudio, y que ya ha sido previamente invocado: el principio de continuidad laboral.

En el citado principio, de clara naturaleza tuitiva, prima la seguridad del trabajador por la necesidad de garantizar su subsistencia y la de su familia. Algunos ejemplos de sus manifestaciones más comunes son la preferencia por los contratos de duración indefinida sobre los de duración determinada<sup>(6)</sup>, la admisión de periodos prolongados de interrupción o suspensión de la relación laboral<sup>(7)</sup>, la prolongación del contrato en los casos de sustitución o modificación del empleador, la resistencia a admitir la resolución del vínculo laboral por la sola voluntad del empleador<sup>(8)</sup>, la admisión de transformaciones del contrato<sup>(9)</sup>, etc.<sup>(10)</sup>.

En nuestro ordenamiento, mediante Ley N° 26513 se dejaron sin efecto las escasas normas laborales que recogían expresamente las consecuencias de aplicar el principio de continuidad, en particular para los casos de venta, traspaso, fusión, cambio de giro del negocio y otras figuras análogas<sup>(11)</sup>.

No obstante, consideramos que la solución al vacío normativo legal encuentra respuesta en la lectura conjunta de los artículos 22 (protección y fomento al empleo) y 27 (protección del trabajador frente al despido

---

(6) Nuestro ordenamiento lo recoge en el artículo 37 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante, LPCL.

(7) Es el caso de licencias por enfermedad, descansos pre y posnatal, licencias con goce y sin goce a solicitud del trabajador o impuestas por el empleador, etc.

(8) Esto sucede en la medida de que nuestro legislador ha optado por el listado taxativo de causales justas de despido.

(9) Se nos ocurre la posibilidad de suscribir convenios de reducción de remuneración sustentados en la imposibilidad del pago total por parte del empleador, lo que podría conducir a la necesidad de extinguir el vínculo laboral. El trabajador podría acordar con su empleador la modificación del contrato de trabajo para el mantenimiento del vínculo laboral. Al respecto, el Tribunal Constitucional opina que no es necesario causalizar el convenio, bastando con la manifestación de voluntades válida en el sentido de la reducción de remuneración. Frente a ello, la Corte Suprema opina que sí es necesario establecer un fundamento, que además debe estar vinculado con dificultades financieras de la empresa, las mismas que una vez superadas deberían vencer la razón de ser del acuerdo, volviendo todo a la normalidad.

(10) HERRERA, Isabel. "Transmisión de empresa y principio de continuidad". En: *Asesoría Laboral*. N° 67, Lima, 1996.

(11) La Tercera Disposición Final de la Ley N° 26513 derogó la Ley N° 4916, Ley del Empleo Particular del año 1924 y por ende, quedó sin efecto su reglamento, la resolución Suprema de 22 de junio de 1928, norma que establecía la conservación de los derechos laborales en los supuestos de transmisión de empresa (arts. 49 y 69). El decreto supremo del 14 de abril de 1944 y la jurisprudencia laboral correspondiente completaban el esquema establecido a este respecto por el reglamento de la Ley N° 4916. Todas las normas vinculadas se asumen inaplicables.

arbitrario) de la Constitución Política del Perú, examinados bajo la inspiración del mencionado principio, de modo que no se afecte la continuidad del vínculo laboral ni los derechos derivados de dicha prolongación por decisiones estrictamente empresariales.

A efectos de ver su concreción, hemos identificado diversos escenarios que desarrollaremos a continuación:

### 1. Transferencia de activos

Se produce cuando un bien es transferido por un empresario a otro que lo adquiere. Propiamente no nos enfrentamos a una transmisión de empresa en tanto esta sigue siendo la misma, solo que se desprende de un bien que la componía.

El asunto controvertido y estrictamente relacionado a temas laborales tiene que ver con la aplicación del concepto de persecutoriedad. El Decreto Legislativo N° 856 regula la preferencia del cobro de los créditos laborales sobre bienes transferidos a terceros por el empleador deudor, de allí es que viene la idea de la “persecución de los bienes”. Dicha norma fija expresamente la prioridad de los créditos laborales sobre cualquier obligación de la empresa o empleador.

En su artículo 3 se indica que esta preferencia se ejerce: (i) sobre la transferencia de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis (6) meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor; o (ii) por plazo indefinido en los casos en los que por simulación o fraude a la ley, el empleador injustificadamente haya buscado originar el cierre del centro de trabajo o la transferencia de activos fijos a terceros para defraudar el pago de las obligaciones laborales.

En estos casos existirá un tercero, distinto al empleador / deudor que es responsable de los créditos laborales<sup>(12)</sup>, que puede ver afectado su patrimonio.

Actualmente, nuestra jurisprudencia nos informa que en la regularidad de los casos los trabajadores suelen demandar simultáneamente al empleador / deudor y al tercero adquirente del bien, a fin de ejecutar los activos transferidos. Solo hasta este punto el actual titular del activo ya se ve afectado con la necesidad de particular en un proceso en el que no tiene ningún interés más que el de proteger su propiedad. Por si ello no fuera suficiente,

---

(12) Sentencia expedida por la Corte Suprema, recaída en el Expediente N° 3805-2000-BE.

la realidad nos indica que además los jueces no verifican si efectivamente se configura una simulación o fraude a la ley; incluso aplican el plazo ilimitado para la persecución de los bienes<sup>(13)</sup>. La consecuencia de ello es que aun cuando sea una adquisición de buena fe y exista un tiempo relevante transcurrido, no existe seguridad jurídica para proteger la propiedad adquirida.

Sin querer ahondar en este asunto controvertido y que aún no ha sido –ni parece estar en agenda– zanjado por el legislador, debemos recalcar que la interpretación ilimitada en virtud de la cual se aplica el supuesto sin límite temporal para la persecución<sup>(14)</sup> puede generar un atentado contra otros derechos constitucionales como la libertad de contratación y de propiedad. En consecuencia, el razonamiento que viene recogiendo en las diversas sentencias consultadas, que de plano le dan prevalencia al principio de persecutoriedad, creemos que atenta contra los derechos fundamentales de los adquirentes de buena fe.

## 2. Transmisión de empresa (cesión de posición contractual)

Para efectos jurídicos laborales esta figura se produce cuando lo que se transmite es la titularidad, generando una sucesión de empresarios y no de empresa. Esto ocurre si la (empresa) unidad económica que se transfiere, mantiene su identidad, para lo cual debe evaluarse la presencia de indicios como puede ser la transmisión significativa de patrimonio o de trabajadores.

Serán indicios la transmisión de patrimonio y la transmisión de personal, pero no son determinantes como sí lo es **la transmisión de la organización productiva**, la misma que puede ser total o parcial, siempre que el objeto transmitido sea susceptible de explotación autónoma e independiente<sup>(15)</sup>.

En este caso, se aplican las reglas propias de la cesión de posición contractual, manteniendo invariable el contrato de trabajo, cambiando únicamente el empresario pero no la empresa. En otras palabras, el principio de continuidad ni si quiera es invocado, en atención a que no existe ninguna afectación al vínculo laboral.

---

(13) Sentencia expedida por la Corte Suprema, recaída en el Expediente N° 747-2004-LIMA.

(14) Previsto en la norma para los supuestos de simulación o fraude, que debería ser verificado dentro del proceso judicial.

(15) Es decir, que se pueda continuar con la actividad empresarial anterior a la transmisión.

### 3. Cesión de trabajadores

En este caso, el empleador conviene con un tercero para que sea sustituido en el o los contratos laborales suscritos con sus trabajadores, con vocación de permanencia. En este caso sí existe una sucesión de empresas.

Esta figura requiere necesariamente el consentimiento del trabajador y está diseñada para que el contrato se mantenga invariable (aunque en tanto hay una participación del trabajador, puede adicionalmente introducirse cambios en las condiciones de trabajo). El nuevo empleador asume todas las obligaciones laborales y previsionales del anterior. Como anticipamos previamente, rige el principio de continuidad, que supone el respeto del tiempo de servicios y condiciones de contratación<sup>(16)</sup>.

La consecuencia de todo ello es que el trabajador pasa de una empresa a otra (con el consecuente cambio de titularidad) sin solución de continuidad<sup>(17)</sup>. El último titular será el responsable único de cualquier adeudo laboral pues no existe norma expresa que prevea la solidaridad en estos casos, dejando a las partes la libertad de establecerla mediante acuerdos privados.

### 4. Transmisión de empresa

Esta figura se produce cuando se sustituye al titular de una unidad productiva, transfiriéndose los bienes y personal involucrados en tal unidad, como consecuencia de una reorganización empresarial (fusión, escisión, etc.) que puede darse, a su vez, de cualquier negocio jurídico que nuestra imaginación pueda idear sin ir contra la ley (normas de orden público o supuestos de simulación o fraude).

---

(16) Cabe acotar que el recurso de esta modalidad normalmente sucede sin necesidad de emitir una liquidación de beneficios sociales, siendo el nuevo titular el responsable de cualquier adeudo. Ello bajo la lógica de que la relación se mantiene invariable e ininterrumpida. No obstante, existen casos en los que el acuerdo interno entre las empresas exige la liquidación de los adeudos laborales hasta esa fecha, aun cuando la existencia de esta liquidación (aspecto formal) no tendrá ninguna repercusión sobre el reconocimiento del tiempo de servicios previo, que se cumple en virtud del principio de continuidad.

(17) Laboralmente no existe ningún tipo de limitación para ejercer esta forma de sustitución en el contrato. No obstante, en temas prácticos de CTS sí existe una incongruencia. Cuando un trabajador es “cedido” requerirá de una cuenta en la que depositarán su CTS (ya sea la que esté pendiente desde antes del cese, si no hubo liquidación, o la que se genere desde el día uno de la cesión). En la práctica, no se admite la continuación del depósito en una cuenta vinculada a otra razón social, es decir, la del antiguo empleador. Sin embargo, si en la cesión se optó por no liquidar a los trabajadores, estos no podrán cobrar su CTS porque no tienen un documento que los dé de baja con su antiguo empleador. En la práctica solo algunas entidades bancarias admiten que, en la medida en que se sustente la cesión, se transfieran los fondos a la nueva cuenta de CTS, pero no se liberen si no se cuenta con la carta de liberación (consecuentemente, con el cese) del anterior empleador.

Como veremos a continuación, no es necesario que se transmita la totalidad de la organización productiva, basta con la transmisión de elementos suficientes para desarrollar una actividad empresarial de forma autónoma (ya sea principal o accesorio).

En este caso, a diferencia del anterior, no se requiere el consentimiento de los trabajadores. Sin embargo, es recomendable explicar a los trabajadores claramente, compartir comunicados o cartas o celebrar convenios de transmisión para evitar confusiones que puedan convertirse en posteriores motivos de conflictos de trabajo. La lógica de ello es que estas reorganizaciones se producen, generalmente en el marco del grupo de empresas que, como veremos más adelante, puede ser un terreno proclive a admitir grados de confusión.

Como dos caras de una misma moneda, este proceso requiere la concurrencia de dos elementos:

- i) **Objetivo (¿qué se transmite?):** la transmisión exige que, cuando menos, los elementos objetivos del negocio sean suficientes para continuar desarrollando la actividad empresarial, de modo que el cesionario, después de la transmisión, debe poder continuar ejerciendo dicha actividad. Puede ser una transferencia total o parcial. Por total nos referimos al íntegro de la empresa y por parcial a un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma<sup>(18)</sup>. Por interpretación a contrario, otro tipo de transferencia que no permita la continuación de la actividad es posible pero no califica como transmisión de empresa.
- ii) **Subjetivo (¿a quién se transmite?):** Es de alcance omnicompreensivo, integrando cualquier negocio jurídico lícito utilizado para transmitir la propiedad de una empresa o su mero goce o disfrute. Es decir, puede producirse a través de actos *mortis causa* o *inter vivos*, abarcando la sucesión directa e indirecta; también puede ser mediante sesiones convencionales de pleno dominio (venta, donación o permuta) o temporales (arrendamiento de empresa); de otro lado, puede darse por usufructo o hasta por expropiación, nacionalización o concesión; finalmente, puede

---

(18) Este concepto puede o no coincidir con el centro de trabajo. En realidad se trata de una unidad organizativo-funcional susceptible de funcionamiento independiente.

motivarse en operaciones mercantiles de fusión y absorción y los supuestos de reversión de la empresa al anterior titular.

En este escenario, asentándonos sobre las relaciones laborales pre-existentes al acto de transmisión de empresa, es indispensable invocar la presencia del principio de continuidad<sup>(19)</sup>, cuyo sustrato final, como ya anticipamos, es que el contrato de trabajo dure lo máximo que pueda<sup>(20)</sup>. En otras palabras, el tratamiento de la relación laboral será como una única e ininterrumpida, al margen de las decisiones empresariales de reorganización. Su aplicación recae sobre los siguientes elementos: continuidad del vínculo, récord laboral, continuación de beneficios laborales entregados con ocasión del contrato y continuación de beneficios laborales con ocasión del convenio colectivo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha buscado fijarle respaldo constitucional<sup>(21)</sup> a través del artículo 22 de la Carta Magna relativo al derecho del trabajo. Evidentemente, esto ha servido como contrapeso, en el marco de un proceso de amparo, al derecho constitucional de la libertad de empresa que facultaría al empresario a efectuar reorganizaciones y transmisiones.

Aterrizando en terrenos prácticos, no hay liquidación del trabajador para pasar a la nueva empresa, y si la hay, estaremos ante una especie de “pago a cuenta” respecto de la deuda o posible deuda que asume el nuevo empleador como titular y responsable de todo aquello que le corresponde o correspondió al trabajador desde el primer día de trabajo con su predecesor.

A este nivel de la discusión, el principio de solidaridad aparece en el juego. En doctrina y jurisprudencia mayoritaria se reconoce responsabilidad

---

(19) Sentencia expedida por la Corte Suprema, recaída en el Expediente N° 991-2005-La Libertad: “Los cambios en la persona del empleador no implica la culminación del contrato de trabajo. La empresa constituye una universalidad cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto. Cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor la unidad económica y social que constituye la empresa sigue siendo la misma. En base a lo anterior, la Corte en este caso concluye que la empresa receptora deberá abonar los derechos sociales por todo el récord laboral del trabajador transferido”. Cabe precisar que este criterio ha sido recientemente ratificado mediante la sentencia expedida en el Expediente N° 1162-2013.

(20) Cabe acotar que estamos ante el principio madre de diversos principios laborales como el de la estabilidad laboral.

(21) Si bien los principios no requieren de estar positivizados, para efectos prácticos, de cara a la elección en el ejercicio de una acción de amparo, sí se requiere contar con un artículo de la Constitución cuyo atentado se reclame.

solidaria entre el antiguo y el nuevo empleador respecto de los adeudos laborales exigibles antes de la transmisión de empresas (salvo pacto contrario)<sup>(22)</sup>. Sin embargo, no podemos hablar de una posición firme e irrefutable. De hecho, en el plano laboral, los magistrados optan por no presumir esta responsabilidad o prefieren no hacerla extensiva sobre todas las obligaciones laborales, sino fijando la solidaridad para instituciones determinadas y en ocasiones hasta periodos diferenciados considerando cuándo se prestó servicios para cada empleador.

#### 4.1. Tipos de transmisión de empresa:

Las dos principales formas son:

- a. **Fusión por absorción:** existen dos empresas, una absorbente y otra absorbida, solo la primera de ellas sigue existiendo luego de la fusión. Existe una relación de subordinación entre ambas. Esta empresa se constituye como el único empleador de los trabajadores y, como es razonable, asume todas las obligaciones de la empresa anterior que ya no existe.
- b. **Fusión por incorporación:** existen tres empresas, dos incorporadas y una incorporante. Se trata de la creación de una nueva persona jurídica que exige que dos empresas incorporadas extingan, por lo menos, algún extremo de su negocio. En este caso existe una relación de subordinación entre absorbida y absorbente, pero también una de coordinación porque se tratará de empresas que pueden existir en paralelo.

Luego de esta breve descripción, existen algunos temas controvertidos que saltan a la vista en estos tipos de reorganización empresarial:

- **Posibilidad de oponerse de los trabajadores:** no existe regulación alguna laboral que determine la posibilidad o imposibilidad del ejercicio de esta “acción” por parte de los trabajadores

---

(22) La gran incertidumbre para los civilistas surge de cara al artículo 1183 del Código Civil que reclama que la solidaridad no se presume, sino que solo puede ser establecida por ley o título de la obligación en el que esté expresamente recogido. Al respecto, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de Lima, de fecha 28 de junio de 2008, estableció lo siguiente: “Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores (...)”.

(solo existe el derecho de oposición genérico de acreedores en el marco de las normas societarias, y ciertamente los trabajadores pueden invocar esta institución a su favor). Entendemos que el escenario más lógico surge si estos consideran que pueden verse afectados si su empresa A decide fusionarse con una empresa B que tiene resultados negativos, lo que podría repercutir de forma adversa en el reparto de utilidades, por ejemplo. Formalmente, existen treinta días de publicidad previa a la concreción de la decisión empresarial, que podrían ser utilizados por los trabajadores para manifestar su opinión. No conocemos casos en los que una objeción de ese tipo se hubiese realizado y mucho menos que hubiese tenido asidero, no obstante consideramos que en virtud del ejercicio del derecho de libertad de empresa, no debería poder objetarse a menos que se pueda determinar la existencia de una simulación o fraude.

Otro ejemplo relevante en el que no puede ni si quiera existir un plazo prudente para que los trabajadores puedan informarse sobre las grandes decisiones empresariales asumidas es el de una reorganización simple, en la que basta una junta universal para decidir, por ejemplo, una reducción de capital por el valor de un patrimonio y ese patrimonio sea aportado a otra empresa. En este caso, los trabajadores pueden tener absoluto desconocimiento previo del tema al tratarse de una decisión no pública, como sí sucede en el caso anterior que existe la publicidad de por lo menos 30 días. No obstante ello, lo clave será que se aprecie una simulación o fraude un perjuicio de los trabajadores y, bajo esta institución, sí podrá generarse una controversia judicial.

- **Duplicidad de puestos:** ocurre en el caso en el que, en virtud de la incorporación o fusión de dos empresas, se cuente con dos o más personas para prestar un mismo servicio pero que solo requiere de una de ellas. Estamos ante la posibilidad de acudir a un cese por causas objetivas. Sin embargo, el Ministerio de Trabajo ha fijado su posición respecto de que no cabe un cese colectivo en los casos en que la empresa tenga resultados económicos favorables. Consideramos entonces que la primera posibilidad que debiera agotar el empleador es la de (i) habilitar

el puesto para que el servicio sea prestado por ambas personas; (ii) reubicar a un trabajador a un puesto de semejante categoría y remuneración; (iii) cubrir los costos generados por la necesidad de extinguir el vínculo laboral (pero que presupone obtener la aceptación del trabajador). La conclusión es que en estos casos deberán servirse de criterios objetivos para redistribuir a los trabajadores que resulten de la fusión, o iniciar sendos procesos donde se ofrezca a los trabajadores la posibilidad de recibir incentivos económicos a cambio de la aceptación de cambios de condiciones de trabajo o una renuncia o mutuo acuerdo de cese.

- **Homologación:** los esquemas salariales con los que pueden haber trabajado las distintas empresas involucradas en la fusión pueden generar que dos trabajadores que realizan las mismas funciones y poseen el mismo grado de preparación y responsabilidad perciban remuneraciones distintas. Ello es evidente, en atención a que, a diferencia del Sector Público que se está ordenando de manera general a través de las normas y políticas de Servir, no hay obligación de las empresas privadas de remunerar de modo semejante a los trabajadores por su cargo.

Pero ¿qué hacemos una vez fusionadas las empresas en las que nos encontramos con dos trabajadores del mismo nivel y funciones pero con un histórico de remuneraciones distinto producto de su vínculo laboral previo? No existe norma legal precisa y expresa que nos explique cómo llevar a cabo un procedimiento de “igualación” de condiciones de trabajo o si esto es necesario o mandatorio. La realidad demuestra que, de realizarse, siempre se opta por igualar las remuneraciones y beneficios hacia el incremento más que hacia la reducción<sup>(23)</sup>. Para evaluar el tema, sin embargo, necesitamos regresar al principio de continuidad laboral y, adicionalmente, incorporar al análisis al principio de igualdad que exigiría en este caso que se remunerara de la misma forma a igual trabajo de igual valor. Al margen de ello, no existe referencia alguna sobre el plazo en que estos ajustes se deben realizar. Somos de la opinión de que debe poderse apre-

---

(23) Que además requeriría la manifestación expresa y acordada en ese sentido con el trabajador.

ciar por lo menos un esfuerzo razonable para poner en marcha un plan de homologación progresivo, debido a que la fusión no justifica el mantenimiento de situaciones diferenciadas indefinidamente. El criterio que se utilice para tener con un “plan de igualación” debe ser razonable y podrá considerar aspectos relevantes como el impacto económico en la empresa, el contexto del grupo de empresas, la distancia salarial, la homologación de funciones parecidas, etc.

- **Aplicación de los convenios colectivos:** los trabajadores de la empresa absorbida mantienen sus beneficios y le serán aplicables las normas vigentes en la empresa absorbente si es que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. La empresa incorporante está obligada a mantener a los colectivos de las empresas incorporadas con los beneficios que estos tenían en sus respectivas empresas, al margen de que se trate de condiciones obtenidas por un sindicato mayoritario o minoritario. La vigencia de estos convenios se mantendrá hasta que los trabajadores se afilien a un nuevo sindicato, formen uno o, una vez vencido el plazo del suyo, beneficiarse con los acuerdos conseguidos por el sindicato mayoritario en su nueva empresa. Lo que sí debe quedar claramente establecido es que cada trabajador ingresa con una “mochila de derechos”, y para lo que respecta al tema colectivo, está vigente hasta el vencimiento del convenio luego de lo que recién se evaluará la norma más favorable (continuar con su convenio anterior vigente hasta que no se suscriba uno nuevo que le sea aplicable o regirse por el convenio de la nueva empresa, de existir) o las decisiones sindicales que se adopten (puede haber fusiones de los sindicatos comprendidos en la transmisión de empresas, por ejemplo).

Para sintetizar, los escenarios principales a los que podemos enfrentarnos hemos elaborado el siguiente cuadro:

		Empresa absorbida o incorporadas		
		Sin convenio colectivo de trabajo	Convenio colectivo de eficacia limitada	Convenio colectivo de eficacia general
	Supuestos			
Empresa absorbente	Sin convenio colectivo de trabajo	Cada trabajador se rige por los derechos que le son aplicables según sus contratos de trabajo o el convenio colectivo de eficacia limitada vigentes antes de la fusión.		Se mantienen los beneficios para los trabajadores de la empresa absorbida o incorporadas.
	Convenio colectivo de eficacia limitada			Se mantienen los beneficios del convenio de la absorbida para los trabajadores de la empresa absorbida, y los del convenio de la absorbente para aquellos bajo su ámbito.
	Convenio colectivo de eficacia general	Se aplica el CCT de la empresa absorbente.	Situación de concurrencia: (i) no conflictiva: se aplican los dos convenios; (ii) conflictiva: criterio de favorabilidad.	
Empresa incorporante	Sin convenio colectivo de trabajo	Cada trabajador se rige por los derechos que le son aplicables según sus contratos de trabajo o el convenio colectivo de eficacia limitada o el convenio de eficacia general.		

#### 4.2. Consecuencias laborales a nivel individual

Hemos identificado algunas de las principales consecuencias que atañen e interesan al trabajador individualmente considerado:

- **Continuidad de la relación laboral:** las relaciones laborales no se extinguen. La sola fusión no es causa que justifique el despido individual o cese colectivo de trabajadores. La decisión de extinguir el vínculo por este motivo calificaría como despido arbitrario, lo cual daría al trabajador la opción de demandar judicialmente el pago de una indemnización o la reincorporación a su puesto de trabajo.

En consecuencia, el tiempo de servicios acumulado para el anterior empleador debe ser respetado para cualquier efecto (va-

caciones, beneficios laborales, periodo de prueba, etc.) por el nuevo empleador.

Los trabajadores pueden no estar de acuerdo con la medida y negarse a la transmisión, por ejemplo, ejerciendo su derecho de renunciar a la empresa o incumpliendo las órdenes del empleador denunciando actos de hostilidad o un incumplimiento legal. Claramente, en el último supuesto, requerirá de demostrar que su proceder fue legítimo considerando que la decisión adoptada por su empleador es ilegítima en tanto se aprecie que existe una simulación o fraude o una afectación a una norma de orden público. Ello en atención a que la operación societaria se presume válida.

- **Mantenimiento de las condiciones de trabajo:** se encuentran garantizadas la misma remuneración, categoría y condiciones de trabajo.

Al asumir la posición de empleador, la empresa absorbente se encuentra obligada a cumplir con todos los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores transferidos. Del mismo modo, no es posible modificar las condiciones de trabajo a menos que se cuente con el consentimiento (por escrito) del trabajador o exista una razón objetiva que se relacione con las necesidades de la empresa (modificación esencial de condiciones de trabajo) que motive un traslado del centro de trabajo, una variación de la categoría, una variación de funciones, etc. En este último caso, solamente la reducción salarial está excluida donde, por norma expresa, se requiere de aceptación del trabajador

- **Responsabilidad por las obligaciones laborales:** el pago de las obligaciones laborales adeudadas queda a cargo de su nuevo empleador, al margen de que exista un acuerdo privado entre las empresas (en el caso de que ambas coexistan).

En consecuencia, en su calidad de nuevo empleador la empresa es responsable frente a los trabajadores por todas las obligaciones laborales (antiguas y nuevas).

- **Igualdad de trato:** como ya lo mencionamos previamente, por mandato constitucional, los trabajadores tienen derecho y pue-

den exigir el mismo trato que a los trabajadores antiguos, salvo exista alguna causa objetiva que justifique la diferencia. Como vimos, resulta necesario que, progresivamente en el tiempo, se implemente un plan de igualdad salarial.

#### 4.3. Consecuencias laborales a nivel colectivo

Del mismo modo, hemos identificado algunas de las principales consecuencias que atañen e interesan al trabajador individualmente considerando el contexto colectivo previo o receptor en la nueva empresa:

- **Mantenimiento de afiliación y representación sindical:** en tanto no existe extinción de los contratos de trabajo, la afiliación persiste al margen de la nueva empresa. Esto sucede hasta la oportunidad en que se extinga oficialmente el sindicato de trabajadores por declaración expresa de la Autoridad de Trabajo u otra causa legal. Como veremos a continuación, ello no anula los derechos alcanzados mediante la acción colectiva.
- **Mantenimiento de los beneficios convencionales pactados:** la transferencia de empresa no anula los derechos que le corresponden al trabajador individual como resultado de una negociación colectiva, ya sea que se hayan obtenido por pertenecer al sindicato (mayoritario o minoritario) o por extensión de los derechos alcanzados por el sindicato mayoritario, al margen de su afiliación.
- **Mantenimiento de la vigencia de los convenios colectivos:** hasta que se cumpla la fecha de vencimiento, estos mantienen su vigencia y, por ende, los derechos que se hayan recogido en él a favor de los trabajadores.
- **Obligación de pago de los beneficios a los afiliados:** como consecuencia de los puntos anteriores, no importa que la empresa absorbente no hubiese suscrito los convenios colectivos auto-obligándose a su cumplimiento; ella se encuentra vinculada a ellos y debe responder.

#### 4.4. El *check list* de la transmisión de empresa

Finalmente, regresando a los aspectos prácticos de la elección de esta forma de reestructurar empresas, sugerimos una lista de pasos que deberán tomarse en consideración al realizarla:

- Analizar el impacto que puede generar en el nuevo empleador la asunción de los créditos laborales. Ello permitirá establecer acuerdos útiles para no ver perjudicado el negocio en el mediano o largo plazo, por la necesidad de responder a un gran saldo pendiente por deudas laborales no previstas. Lo habitual es que los contratos civiles entre empresas incluyan una cláusula estableciendo un monto determinado para cubrir estos conceptos o la posibilidad de repetir los montos que se ordenen a pagar por adeudos laborales en el periodo en que los trabajadores lo fueron respecto del anterior empleador.
- Sobre los documentos, debemos insistir en que no es necesaria la suscripción de acuerdos, sin embargo, puede ser útil contar con documentos donde se detallen las razones que ameritaban la transmisión, la indicación exacta de los beneficios que el trabajador mantendrá, el tiempo de servicios que se le reconoce y demás consecuencias. Esto abrirá la posibilidad de regular nuevas condiciones evitando la duda sobre la existencia de una renuncia de derechos.
- Es indispensable explicar a los trabajadores las razones de productividad y económicas que llevan a la empresa a realizar una transmisión de este tipo. El que los trabajadores conozcan las consecuencias legales, sobre todo en lo que a sus derechos se refiere, puede evitar conflictos posteriores basados en desconocimiento o errores en la interpretación.
- De existir sindicatos en la empresa, lo ideal es mantener reuniones con ellos de modo que hagan las veces de portavoces hacia sus afiliados y demás trabajadores. Esto podría abrir una ventana de comunicación para regular aspectos laborales posteriores a la transmisión mediante acuerdo colectivo.

## 5. Otras formas de reorganización empresarial

### 5.1. Grupo de empresas

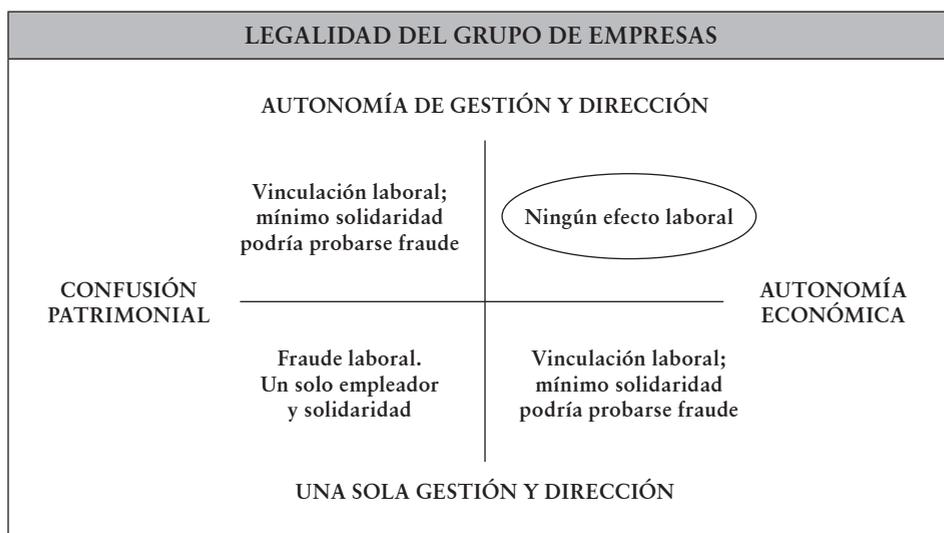
Se trata de una forma de organización empresarial no reconocida expresamente (ni prohibida) en la ley<sup>(24)</sup>, que consiste en que varias empresas

---

(24) ARCE, ELMER. “El concepto jurídico de grupo de empresas en el derecho del trabajo. Aspectos Individuales de la cuestión”. En: *Asesoría Laboral*. Abril, 2013. El autor explica la falta de refe-

jurídicamente independientes (válidamente constituidas, con autonomía de gestión y financiera), estarán sometidas a una estrategia general común en otras palabras, la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una finalidad común. En oposición a la estructura empresarial simple, se trata de un centro múltiple de actividades empresariales<sup>(25)</sup>.

Como resulta evidente, la ausencia de regulación no exime a esta figura a adecuarse a los límites de la ley. Para entender cuándo su utilización es legítima, hemos elaborado el siguiente gráfico:



En síntesis, para que un grupo de empresas sea válido debe ejercer necesariamente autonomía de gestión, dirección y económica, sin admitir la confusión patrimonial ni la gestión única. Pese a ello, hay grupos de empresas donde hay una gestión única o hasta confusión patrimonial que

rencia al grupo de empresas en toda la legislación laboral peruana en que el modelo empresarial taylorista aún es predominante o al menos lo fue en la oportunidad en que se diseñó la norma. Este modelo nos exige considerar organizaciones económicas y jurídicas independientes, sin conexiones o vínculos financieros con otras. Sin embargo, el autor indica que la figura sí estaría tutelada por la ley aun cuando el artículo 9 de la LPCL no menciona la configuración externa que debe tener el empleador, ya que al regular el poder de dirección que recae sobre las prestaciones de trabajo, se puede hacer una interpretación amplia que se refiera al empleador como quien ejerce el poder de dirección, incluso si no tiene personería jurídica (concepto realista de empleador).

(25) ARCE, ELMER. Ídem. Se habla de pluralidad empresarial y no jurídica, dado que esta última puede encubrir supuestos grupos ficticios o fraudulentos. Por ejemplo, fragmentando arbitrariamente en distintas personas jurídicas, lo que en verdad es una única actividad empresarial. La personalidad jurídica de las empresas es un requisito formal, necesario pero no suficiente.

funcionan sin mayores cuestionamientos no se aprecia una intención de cometer un fraude o simulación, y los trabajadores reciben sus ingresos y remuneraciones acordadas.

La actuación de los jueces ha sido fundamental<sup>(26)</sup> para que los adeudos laborales siempre puedan verse satisfechos. No obstante, consideramos que no existe un desarrollo uniforme y coherente tendiente a reconocer al empleador dentro del grupo de empresas<sup>(27)</sup>. La regla ha sido optar por aplicar la responsabilidad solidaria entre empresas cuando bajo la apariencia de actos legales se esconde un fraude a la personalidad jurídica<sup>(28)</sup>. El autor Elmer Arce habla de confusión patrimonial cuando ciertos datos de la realidad permiten descubrir la presencia de una sola empresa tras la aparente diversidad de personas jurídicas. Para ello se guían de indicios: (i) compartir misma unidad física; (ii) realizar idéntica o aproximada actividad mercantil o productiva (coincidencia de objeto social); (iii) utilizar los mismos mecanismos de distribución y venta de sus manufacturas; (iv) identidad de domicilio; (v) mayoría de capitales sociales en manos de un titular; (vi) traslado entre empresas de cantidades de dinero sin operaciones en las que dicho dinero sea un precio de algo (generación de caja única). La gran contradicción en este caso es que ninguna sentencia sanciona a las empresas fusionándolas cuando identifica el fraude. Por el contrario, las distingue y reconoce responsabilidades solidarias. Sigue usando el calificativo de grupo de empresas sin considerar que se trata de situaciones en las que se ha identificado una sola y única empresa escondida tras la diversidad jurídica aparente<sup>(29)</sup>.

Las preguntas surgen cuando nos enfrentamos a un grupo de empresas auténtico: ¿qué debo aplicar?; ¿responsabilidad solidaria?; ¿subsidiaria?; ¿el empleador es siempre una empresa individual?; ¿puede ser el grupo en su integridad? Consideramos que estas preguntas no cuentan con una respuesta

---

(26) Considerando que en virtud del artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece que “no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley”.

(27) Salvo en los casos de fraude, en los que corresponde desmontar la estructura grupal con el objeto de reconstruir la unidad jurídica y económica que se halla detrás de la misma. A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró que no basta que existan interconexiones accionariales financieras o económicas para atribuir al grupo la condición de empleador; en el caso de Telefónica del Perú y Telefónica del Perú Holding, se negó que se demande responsabilidad solidaria a la segunda por no ser parte de la relación material.

(28) Casos de aporte de todo el capital de una empresa a otra, trabajadores que han prestado servicios para empresas o negocios conexos bajo la gerencia de la misma persona.

(29) Es una contradicción negarle la licitud de la pluralidad formal (negar que hay grupo de empresas) y a la vez aplicarle normas laborales propiamente diseñadas para un real grupo de empresas, en el que se busca evitar la elusión de ciertas normas laborales.

única y suficientemente sustentada debido a que los esfuerzos se han destinado siempre a encontrar las razones para argumentar la invalidez o fraude del grupo conformado.

Nuestra opinión apunta a que, cuando se trata de una organización estrictamente formal y en tanto no exista confusión patrimonial, circulación de trabajadores, dirección y gestión única, etc., cada empresa responde por sus responsabilidades laborales. La solidaridad en estos casos no puede presumirse<sup>(30)</sup>. En cambio, si están presentes las condiciones mencionadas precedentemente, la responsabilidad puede hacerse extensiva al grupo o a las empresas del grupo que hubiesen tenido participación respecto de los trabajadores cuyos beneficios se demandan.

## 5.2. Tercerización de servicios o *outsourcing*

La necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto más inestable y competitivo que en el pasado ha conducido a la adopción de una nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y la colaboración entre organizaciones empresariales en principio independientes unas de las otras. A ello, las empresas buscan concentrarse en las actividades centrales y descentralizar en terceros más eficientes aquellas que no la consideran estratégicas.

En este contexto, la tercerización brinda la posibilidad de, identificando una parte del proceso productivo, entregarla a un tercero que cuenta con la capacidad de desarrollarla de forma más eficiente. Como señala el autor Wilfredo Sanguinetti, se trata de una herramienta el servicio de una estrategia

---

(30) Al respecto, la sentencia emitida por la Corte Suprema en el Expediente N° 328-2012-LIMA, establece lo siguiente:

Las tres empresas codemandadas forman parte de un mismo grupo porque: (i) dos de ellas tienen un mismo gerente general y, (ii) comprende que as tres están bajo el control de este último, pues aquella en la que no era gerente general, actuó como apoderado.

La sola existencia de un grupo empresarial no determina la condena del pago solidario de las deudas laborales. Sin embargo, sí corresponde cuando se comprueba que la existencia de un ánimo fraudulento que se puede determinar por: (i) la contratación fraudulenta de personal con la intención de evitar el pago de beneficios laborales, (ii) la independencia de responsabilidades entre cada empresa en función al periodo de contratación, lo que afecta la persecutoriedad de los bienes del empleador, (iii) la contratación sucesiva de una empresa a otra para cortar la relación indeterminada, a partir de la cual se liquidan los beneficios sociales.

En el caso, la demandante prestó servicios bajo contratos civiles para las tres empresas pertenecientes al grupo, en condiciones laborales idénticas y durante periodos consecutivos. En consecuencia, la Corte Suprema concluyó que existe un ánimo fraudulento y determinó que las tres empresas son responsables solidarias del pago de los beneficios sociales adeudados a la trabajadora.

global de gestión de los procesos productivos, una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos<sup>(31)</sup>:

- a) La fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción.
- b) El empleo de empresas especializadas y proveedores externos, normalmente en régimen de subcontratación; y
- c) La coordinación global de las actividades de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación.

Nuestro ordenamiento legal establece que los servicios objeto de tercerización deben ser principales (actividades esenciales de la empresa y todas aquellas que, de manera inmediata o mediata, terminan por afectar las actividades de la empresa). Esta contratista debe tener la gestión, dirección y control suficientes para prestar el servicio en forma autónoma. Para ello, se exige que cuente con un patrimonio y una organización empresarial apropiada, asumiendo los riesgos del negocio y los costos del servicio<sup>(32)</sup>.

No obstante la diferencia jurídica entre la empresa principal y la contratista, el legislador ha previsto un mecanismo para cubrir al trabajador de cualquier perjuicio: la responsabilidad solidaria entre las empresas.

La responsabilidad solidaria se activa en los siguientes casos<sup>(33)</sup>:

- Seguridad y salud en el trabajo: la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, establecen la responsabilidad de la principal respecto de cualquier incidente que se produzca en el centro de trabajo, al margen de la cualidad de quien lo padezca (trabajador o no trabajador), consecuentemente ello alcanza sin lugar a dudas a los trabajadores destacados de la contratista a la empresa principal.

---

(31) SANGUINETI, Wilfredo. “Descentralización productiva, subcontratación y calidad de empleo. ¿Términos incompatibles?”. En: *Revista de Derecho Social*. N° 36. España, 2006.

(32) Claramente estamos partiendo del supuesto en el que nos enfrentamos a una tercerización válida. En caso se trate de una inválida por ilegal, los trabajadores deberían ingresar a la planilla de la “principal”. No cabe si quiera invocar el principio de continuidad laboral pues la sanción será que estos mantuvieron desde el principio un vínculo laboral respecto de ella.

(33) CRUZ, Jesús. *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley. Lima, 2009.

- Responsabilidad salarial<sup>(34)</sup>: la empresa principal asume una responsabilidad solidaria de las deudas salariales contraídas por la contratista respecto de sus trabajadores, pero solo por aquello que se hubiese devengado durante el tiempo de vigencia de la contrata, y no por adeudos extrasalariales<sup>(35)</sup>.
- Responsabilidades tributarias: la normativa fiscal impone al empresario principal la condición de responsable subsidiario respecto de las empresas contratistas y subcontratistas correspondientes a su actividad económica principal, respecto de las obligaciones tributarias relativas a tributos a la seguridad social que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

De otro lado, cuando se trata de actividades complementarias tercerizadas, el Ministerio de Trabajo sostiene que debe aplicarse las reglas de la intermediación laboral. La intermediación laboral comprende la cesión de mano de obra para actividades complementarias, temporales (solamente ocasionales o suplencia) o altamente especializadas. A diferencia de la tercerización que está regulada y permitida para actividades principales y relacionadas o soporte, la intermediación está limitada, es una institución claramente reducida a la mínima expresión por la regulación.

La intermediación laboral también contiene la regla de la solidaridad de la empresa principal con relación a los beneficios sociales y tributos no pagados por el intermediador. Pero además tiene la fianza. La fianza<sup>(36)</sup> es una condición preventiva que se ejecuta antes de poner en ejercicio la responsabilidad solidaria de la que hablaremos a continuación.

Si la intermediadora cumple sus obligaciones, la fianza expirará y será devuelta. De otro modo, es decir, ante el incumplimiento, los

---

(34) Esto alcanza a las cotizaciones y prestaciones de seguridad social. Cuando se trate de contratas no referidas a la propia actividad, la responsabilidad es subsidiaria.

(35) Ejemplos de extrasalariales: indemnizaciones, prestaciones e indemnizaciones de la seguridad social e indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

(36) Hay 2 clases de fianza excluyentes: (i) a nombre del MTPE y a favor de los trabajadores de la empresa de servicios: se determina el monto, el plazo de 90 días, la renovación, la devolución y hasta la forma de ejecución de la fianza y; (ii) a favor de la empresa usuaria: los trabajadores no tienen cómo enterarse de esta fianza (no hay deberes de información). Su contenido se rige por lo que acuerden las partes (empresa de servicios y banco).

trabajadores deberán dejar constancia del hecho antes que se devuelva la fianza, y esta podrá ejecutarse con la sentencia judicial firme que ordene el pago de suma líquida.

#### IV. CONCLUSIONES

---

Luego del estudio del presente fenómeno, cada vez más habitual y recurrente, podemos concluir que existe una regulación escasa sobre las reorganizaciones empresariales, salvo tercerización e intermediación laboral, lo que hasta el momento no ha impedido a las empresas recurrir a figuras cada vez más innovadoras.

La respuesta formal a este vacío normativo se ha dado a través de la jurisprudencia laboral, que busca disminuir cualquier posibilidad de perjuicio de los derechos de los trabajadores en supuestos de simulación o fraude, de modo que las decisiones empresariales no permitan dejarlos sin tutela.

Como muestra de ello tenemos que en aplicación del principio de continuidad laboral se protege la existencia y continuación del contrato de trabajo (derechos individuales), negando la posibilidad de desconocerlo o empleando figuras como el cese colectivo. Adicionalmente, la presencia de los derechos colectivos no es menor, en un escenario en el que los agentes sindicales pueden servir de contrapeso para la toma de decisiones empresariales o, por lo menos, los resultados de las negociaciones colectivas, es decir, los derechos que se obtengan a través de los convenios colectivos, mantienen su vigencia y exigen su reconocimiento y aplicación.

En lo que respecta al futuro, actualmente el proyecto de la Ley General de Trabajo incluye la referencia expresa a figuras como el grupo de empresas, la responsabilidad solidaria, las consecuencias de la transmisión de empresas y, no menos importante, una redefinición de empleador<sup>(37)</sup>. Si bien consideramos que es un acierto postular la compilación de las normas laborales en un dispositivo general que permita desterrar cualquier duda sobre el reconocimiento de figuras en el ordenamiento, comprendemos que la Constitución Política del Perú y los principios del derecho laboral, recurridos en

---

(37) Artículos 6, 8, 9 y 4 del Proyecto de Ley General de Trabajo, respectivamente.

la jurisprudencia están sirviendo de forma satisfactoria para atender los escenarios descritos en el presente trabajo, de modo que los derechos laborales no queden desatendidos.

En definitiva, reconociendo la necesidad de regular los supuestos de reorganización empresarial, estamos ante una institución que, en términos generales, está siendo correctamente tratada por la jurisprudencia laboral.

## EL DERECHO AL TRABAJO: EN TRÁNSITO DEL DESPIDO LIBRE AL DERECHO CONSTITUCIONAL GARANTIZADO

---

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS<sup>(1)</sup>

---

La contratación laboral se caracteriza porque en ella junto con una amplia libertad de contratar convive una libertad contractual restringida, en la medida en que el contenido del contrato de trabajo está fuertemente condicionado por la ley y el convenio colectivo. En este reparto de espacios legales, convencionales y contractuales que definen el estatus jurídico de un trabajador hay temas que no pueden dejarse en el terreno del acuerdo de voluntades individual o colectivo ya que están referidos al campo de los derechos fundamentales del trabajador y que, en consecuencia, se regulan al más alto nivel y tienen que ser respetados necesariamente por la comunidad.

Este es el caso del **derecho al trabajo**, recogido en la Constitución peruana y en diversos pactos internacionales de derechos humanos, que, además, tiene una singular importancia puesto que en sus diversas facetas es la base sobre la cual se construye gran parte de la efectividad de la regulación laboral y, como ha sostenido Sanguinetti, *la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía*<sup>(2)</sup>. Y en ese marco, tenemos que

---

(1) Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Director del Programa de Doctorado, de la Maestría en Relaciones Labores y profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Véase: <<http://www.wilfredosanguinetti.es/>>. “El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el Derecho Internacional”.

partir señalando que estamos ante un derecho esencialísimo, que trasciende el ya importante contenido propio de causalidad en la contratación y en la extinción del contrato de trabajo, para erigirse en la piedra de toque sobre la que se construye gran parte de la eficacia del ordenamiento jurídico laboral y sus mejores posibilidades de mejora.

La precisión de su contenido ha merecido quizás la más relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia laboral y en lo que va del siglo XXI, razón por la cual decidimos abordar este proceso en las páginas que siguen.

## I. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO: EL PÉNDULO ENTRE EL DESPIDO LIBRE Y LA ESTABILIDAD LABORAL

---

La legislación peruana recogió durante varios años un modelo de estabilidad absoluta en los términos descritos en el capítulo anterior, que llegó a su cenit con su consagración en la Constitución de 1979. Empero, durante la década de los noventa presenciamos una transición hacia un modelo de mínima protección contra el despido arbitrario que se vio consolidada con la Constitución de 1993 y la posterior Ley de Productividad de Competitividad Laboral, norma que nos rige en la actualidad y que consagra el despido libre indemnizado. Esta última situación se ha visto radicalmente reformulada por la actuación jurisdiccional del Tribunal Constitucional como veremos en el punto III de este trabajo.

La Ley N° 4916 (de 1924) es la primera norma laboral que se ocupa de la protección frente al despido, estableciendo una indemnización en casos de cesación de empleo, modificando el artículo 296 del entonces Código de Comercio. Luego de casi 50 años de vigencia, en 1970 se promulgó el Decreto Ley N° 18471, que estableció un régimen de estabilidad laboral absoluta para los trabajadores, pues solo permitía el despido en casos de **reducción o despedida total de personal**, autorizada por resolución de la Autoridad de Trabajo debido a causa económica o técnica y caso fortuito o fuerza mayor, o, una vez superado el periodo de prueba, **por falta grave**, que debía ser probada por el empleador, caso contrario, el trabajador se encontraba facultado: (1) a la reposición en el trabajo y el pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiere dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como a los otros derechos que pudieren corresponder; o (2) al pago

del equivalente de tres meses de remuneración, si el trabajador se decidiese por la terminación de la relación de trabajo, además de una suma igual a las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de resolución que pone término a la reclamación y demás derechos que pudieran corresponderle.

En 1978 se promulgó el **Decreto Ley N° 22126**, con el objetivo expreso de ser una norma que posibilitara la correcta interpretación y aplicación del D.L. N° 18471. De este modo, el artículo 3 del Decreto Ley N° 22126 reafirmó la estabilidad laboral como regla en el ordenamiento jurídico, empero, en supuestos de trabajadores que no superaran los tres años al servicio de su empleador, podían ser despedidos sin causa justificada, con un preaviso de noventa días calendario y con una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración (artículo 28). En caso la causal de despido no hubiese sido probada por el empleador, el trabajador mantenía la opción de: (1) solicitar su reposición con un pago de hasta seis meses de remuneraciones que se hubieren devengado a la Autoridad de Trabajo; o, (2) dar por terminada la relación laboral y solicitar una indemnización especial equivalente a doce remuneraciones mensuales, solicitud que debía presentarse ante el Fuero Privativo del Trabajo (Poder Judicial). Dicha disposición no se aplicaba a los dirigentes sindicales.

Un año después de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 22126 se aprobaba la **Constitución de 1979**, que entró en vigencia el 28 de julio de 1980, y en cuyo artículo 48 se establecía un régimen de estabilidad absoluta muy claro y preciso, al disponer “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”. En ese nuevo marco constitucional y a la luz de las disposiciones del Convenio 158 de la OIT, que no estaba (ni está) ratificado por el Perú, pero cuya influencia es muy clara también, en 1986 se promulgó la **Ley N° 24514**, eliminando el periodo de “adquisición” de tres años del derecho de estabilidad laboral<sup>(3)</sup> y retornando al esquema de estabilidad laboral absoluta. Como acota Blancas<sup>(4)</sup>, padre de la nueva regulación que impulsó desde su puesto de ministro de Trabajo, a diferencia de la norma anterior se procedió a enumerar las causas justas

---

(3) Artículo 2.- “Están amparados por la presente ley los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada o de las empresas públicas sometidas al régimen laboral de la actividad privada, que laboren cuatro (4) o más horas diarias para un mismo empleador, cualquiera que fuera la naturaleza del patrimonio de este o la modalidad empresarial que adopte, y siempre que hayan superado el periodo de prueba de tres (3) meses”.

(4) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. ARA, Lima, 2006, pp. 105-106.

de despido, plasmando una concepción o sentido amplio de este: comenzó a considerarse como falta grave las situaciones excepcionales de la empresa, como causas económicas, técnicas, caso fortuito y fuerza mayor, para seguir con las derivadas de la conducta del trabajador. Del mismo modo, la norma introdujo un procedimiento previo al despido, para que el trabajador pudiera defenderse de las imputaciones del empleador, que se llevaba a cabo en el ámbito de la empresa. Asimismo, la ley unificó las acciones contra el despido estableciendo como única sede la judicial, a la vez comprendió por primera vez en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, entre otros aspectos.

Luego de cinco años de vigencia, el Poder Ejecutivo emitió el **Decreto Legislativo N° 728**, norma que significó, en líneas generales, “el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de mínima protección ante el despido, finalmente plasmada en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta”<sup>(5)</sup>. Para ello, delimitó la noción de “despido” que tenían las leyes anteriores, reconduciéndola al despido individual relacionado con la capacidad o conducta del trabajador, excluyendo el cese del personal por razones objetivas. Además, a la figura del “despido injustificado” añadió la figura del “despido nulo”. Este consistía en un despido que vulneraba derechos o valores fundamentales de especial importancia para el ordenamiento, como la libertad sindical, la igualdad, la maternidad, entre otros. Sin embargo, si bien el despido nulo mantenía el remedio de la reposición del trabajador (artículo 71)<sup>(6)</sup>, no sucedía lo mismo en el despido injustificado: en el caso del despido arbitrario, el trabajador podía demandar alternativamente que sea repuesto o el pago de una indemnización, con la salvedad de que el juez estaba autorizado a ordenar el pago de una reparación en vez de la reposición solicitada por el trabajador cuando esta última resultare inconveniente dadas las circunstancias (artículo 72). Ello significaba que el trabajador podía ganar el juicio contra el despido, pero de todas formas perdía su empleo, prevaleciendo lo dispuesto por el empleador, lo que implicaba desconocer la estabilidad laboral reconocida en la Constitución de 1979<sup>(7)</sup>. Cabe recordar para tal caso que la Ley Autoritativa N° 25327 permitió al Poder Ejecutivo legislar sobre

---

(5) *Ibidem*, p. 106.

(6) Artículo 71.- “En los casos de nulidad de despido del artículo 65 el trabajador podrá demandar que se declare dicha nulidad y se proceda a su reposición en el empleo. En estos casos si el despido es declarado nulo el trabajador será repuesto en su empleo”.

(7) Artículo 48.- “El trabajador solo puede ser despedido por causa justa”.

la “promoción del acceso masivo al trabajo”, condicionando tal autorización al respeto a las “normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores” (artículo 1), requisito que no fue cumplido por el gobierno fujimorista.

El Decreto Legislativo N° 728 introdujo además nuevas causales de despido, relacionadas con la capacidad del trabajador. Asimismo, se permitió la ampliación del periodo de prueba, por mutuo acuerdo, hasta por un año, de este modo, el derecho a la estabilidad absoluta era muchas veces postergado, tomando en cuenta el casi nulo poder negocial del trabajador. Además, se ampliaron las causales objetivas para el cese colectivo de trabajadores, añadiendo la disolución y liquidación de la empresa así como la quiebra de esta y sus necesidades de funcionamiento. Finalmente, acogió diversos contratos sujetos a modalidad como el contrato por inicio o lanzamiento de nueva actividad, por necesidades de mercado y por reconversión empresarial; el contrato ocasional, de suplencia y de emergencia; y el contrato específico, intermitente y de temporada (artículo 97, 98 y 99 del Decreto Legislativo), que aumentaban el abanico de posibilidad del empleador para contratar temporalmente a sus trabajadores, en general, y especialmente, le permitían, en el caso del contrato por inicio o incremento de actividades, contratar a plazo fijo para labores permanentes, quebrando el principio de causalidad en la contratación laboral.

Tras el golpe de Estado de Fujimori se tuvo que convocar al Congreso Constituyente que aprobó en 1993 una nueva Constitución, de corte muy liberal y, por lo mismo, con una lacónica consagración de derechos sociales, que se desarrollan con más detalle en el punto siguiente. Baste señalar que su artículo 27 dispone “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Con ello, se legitimó el régimen de despido libre indemnizado que comenzó a implementarse con el Decreto Legislativo N° 728 y que se perfeccionaría con la Ley N° 26513 de julio de 1995. A continuación, este decreto legislativo se subdividiría en dos, por disposición del Decreto Legislativo N° 855: la Ley de Formación y Promoción Laboral (D.S. N° 002-97-TR) y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR).

La nueva Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableció en su artículo 34: “(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de

cualquier otro derecho o beneficio social pendiente (...)”. Tal artículo constituyó el apogeo de la nueva regulación neoliberal de las relaciones laborales en el país, permitiendo el despido incausado en dos supuestos, englobados erróneamente bajo el concepto de “despido arbitrario”: a) el despido con señalamiento de causa que no se demuestra en juicio; y b) el despido sin señalamiento de causa, siendo este último el despido *ad nutum* propiamente dicho, atentando flagrantemente contra el derecho al trabajo y la estabilidad laboral. La consagración legal del despido libre incausado, sin embargo, no era acorde ni siquiera con el mismo articulado de la Ley, pues esta, en su artículo 22, solicitaba causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada para la procedencia del despido del trabajador.

Finalmente, con relación a la contratación a plazo fijo, presenciamos el tránsito de un régimen donde la excepción eran los contratos temporales (artículo 37 del Decreto Legislativo N° 728)<sup>(8)</sup> a un modelo donde se permitía la libre contratación temporal (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral<sup>(9)</sup>) en detrimento de la estabilidad de entrada.

## II. EL DERECHO AL TRABAJO: REGULACIÓN Y CONTENIDO

---

### 1. Alcances constitucionales y facetas pública y privada del derecho al trabajo

La Constitución de 1993 le otorga la máxima consideración posible del trabajo cuando establece en su artículo 22 que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. A lo que hay que añadir lo previsto en su artículo 23 que, bajo el rubro El Estado y el Trabajo, 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. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo

---

(8) Artículo 37.- “(...) Por excepción, pueden celebrarse por escrito contratos para obra o servicios determinados o sometidos a condición o sujetos a plazo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece (...)”.

(9) Artículo 4.- “(...) El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece”.

y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...)

De esta regulación salta a la vista que si bien no estamos ante un texto tan intenso en la relación Estado-trabajo como el de la Constitución de 1979 (donde se definía en el artículo 79 al Perú como “una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo”)<sup>(10)</sup>, hay una consideración jurídica superlativa del trabajo tanto a nivel social (“base del bienestar social”) como individual (“medio de realización de la persona”), definiendo, además, los roles estatales generales de atención prioritaria, promoción y fomento, dejando absolutamente claro que en las relaciones laborales queda proscrita cualquier afectación de los derechos constitucionales (venga de donde venga) o cualquier otra condición o situación que pueda desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. A este marco habría que agregar el mandato al Estado de proteger adecuadamente a cualquier trabajador en el terreno de la extinción de su relación laboral, previsto en el artículo 27 que dispone “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Habida cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se ha previsto la figura del bloque de constitucionalidad<sup>(11)</sup>, habría que traer a colación el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), adoptado en 1966, en cuyo 6.1 se reconoce y garantiza “el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, además de reconocer en su artículo 7.c el derecho a la igualdad de oportunidades al momento de la promoción dentro del trabajo, “sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”.

Del mismo modo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– señala que toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para

---

(10) El referente más importante de la corriente de países que le otorgan al trabajo un rol superlativo es la Constitución italiana vigente cuyo artículo 1 establece “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”.

(11) Véase, sobre el particular, VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad”. En: AA.VV. *Temas Centrales del Derecho del Trabajo en el siglo XXI*. ARA, Lima, 2009.

llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (art. 6.1). También garantiza este instrumento normativo el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo teniendo en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio (art. 7.c) y la estabilidad en el empleo, por lo que, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prevista por la legislación nacional (art. 7.d).

Finalmente, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dispone en su artículo 4 que no se podrá terminar la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Asimismo, el artículo 5 prohíbe los siguientes motivos como causa justificada para la terminación de la relación laboral: la afiliación a un sindicato o participación en actividades sindicales, ser candidato a representante de los trabajadores o haber actuado en esa calidad, presentar una queja contra el empleador o participar en procedimientos contra este, la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad y la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social. Si bien este convenio lamentablemente no ha sido ratificado por nuestro país, mantiene la condición de recomendación, por lo que debe ser tomado en consideración por el ordenamiento.

Teniendo como marco la normativa constitucional reseñada, debemos señalar que el derecho al trabajo se manifiesta en dos facetas: pública y privada. La primera gira alrededor de las obligaciones estatales de definición e implementación de políticas públicas dirigidas a favorecer el acceso de los ciudadanos a un empleo, en tanto que la segunda gira alrededor del derecho a conservar un empleo determinado salvo que se incurra en una causa justa de extinción. Veamos a continuación los linderos de estas facetas.

En la faceta pública, el derecho al trabajo se inscribe en el marco de las políticas públicas que conduzcan al acceso a un puesto de trabajo genérico o específico<sup>(12)</sup>. En el primer caso, se trata de un elenco de políticas que

---

(12) NEVES MUJICA, Javier. *Derecho del Trabajo. Cuestiones controversiales*. ARA, Lima, 2010, p. 44.

generen un acceso progresivo y según las posibilidades del Estado<sup>(13)</sup>, razón por la cual no existe posibilidad de recurrir a un juzgado constitucional vía amparo. En el segundo caso, el derecho al trabajo se expresa específicamente en tanto estemos ante una postulación en un concurso público o interno, lo que conduce a que se acceda a un puesto de trabajo concreto<sup>(14)</sup>. El sector público, para el caso de los concursos de acceso, o todo el sistema, para los casos de promociones internas, son los campos en donde se manifiesta esta faceta específica del derecho al trabajo (recordemos que el derecho a la promoción en el empleo se encuentra recogido en instrumentos internacionales ratificados por el Perú y que tienen rango constitucional: en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(15)</sup>, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(16)</sup>).

En la faceta privada, el derecho al trabajo alude a la *conservación del empleo*, salvo que se incurra en una causa justa que conduzca a privarle válidamente de él<sup>(17)</sup>, postura que coincide con la del Tribunal Constitucional cuando afirma que el derecho al trabajo como conservación del empleo significa “el derecho a no ser despedido, sino por causa justa”<sup>(18)</sup>. La conservación del empleo, así entendida, coincide plenamente con el contenido que le atribuyen los juristas a la estabilidad de salida (prohibición del despido injustificado), una de las dos manifestaciones de la estabilidad laboral. Esta faceta sí abre la posibilidad a una tutela constitucional directa e inmediata a través del proceso de amparo, al punto que hay una nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, de la que nos

(13) STC Exp. N° 00824-2010-PA/TC, fundamento 4.

(14) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 45.

(15) Artículo 7.- “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

(...)

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”.

(16) Artículo 7.- “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)

c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuentas sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio”.

(17) BLANCAS BUSTAMANTE. Ob. cit., p. 73.

(18) STC Exp. N° 1124-2001-PA/TC, fundamento 12.

iremos ocupando al hilo del desarrollo del tema medular en este terreno: la estabilidad laboral.

## 2. El derecho de estabilidad laboral y sus dos expresiones (íntimamente vinculadas)

La estabilidad es un derecho de vital importancia que ha merecido un amplísimo análisis académico. En esta ocasión, sin embargo, el objeto de estudio se centrará en el proceso constitucionalización vivido tras la última etapa legal, en la que se consagró un régimen de despido libre indemnizado. En función de ello, vamos a presentar de modo muy sucinto sus principales alcances y expresiones, para dejar sentado el marco de referencia doctrinal y legal sobre el que se ha movido la jurisprudencia constitucional que lo ha redefinido.

La estabilidad laboral posee dos expresiones: la estabilidad de entrada y la de salida que a pesar de que se encuentran al comienzo y al final de la relación laboral tienen un grado de comunicación muy intenso, como se verá próximamente.

**La estabilidad laboral de entrada** se centra en el momento inicial de la relación laboral y vincula la duración del contrato a la naturaleza de las labores. En tal sentido, implica una relación causal entre la naturaleza permanente o temporal de las labores para las que se contrata con la duración indefinida o a plazo fijo del contrato que se debe suscribir para llevarlas a cabo. En función de ello, Pasco Cosmópolis ha afirmado que la autorización para la contratación temporal debe darse solo en casos en que se cubran labores de tal naturaleza, pues el contrato de trabajo posee vocación de permanencia, siendo su duración proporcional a la causa que lo motivó<sup>(19)</sup>. Por tanto, la duración del contrato es una materia que escapa a la libertad de contratación de las partes, en la medida en que su trascendencia la ha llevado al ámbito de la regulación legal, que si bien utiliza una variada tipología contractual, porque la naturaleza de las labores temporales así lo requiere, por regla general no puede sustraerse al principio de causalidad enunciado inicialmente. En consecuencia, si se transgrede las reglas de contratación temporal o se continúa prestando servicios una vez concluido el contrato temporal, el ordenamiento jurídico entiende que se ha producido una desnaturalización

---

(19) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Contrato de trabajo típico y contratos atípicos". En: *Balance de la reforma laboral peruana*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 127.

de la contratación temporal y dispone que la relación laboral pase a ser de duración indefinida (artículo 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante, LPCL).

Además del principio de causalidad, el ordenamiento laboral peruano tiene una clara preferencia por la contratación indefinida, recogida a través de una presunción establecida en el artículo 4 de la LPCL, que establece que toda prestación personal y subordinada se considerará ab initio indefinida salvo que se demuestre su temporalidad. Finalmente, en nuestro país se sigue considerando a la contratación indefinida como la típica, la ordinaria, razón por la cual no se le exige formalidad alguna, en tanto que si uno requiere utilizar una modalidad temporal tiene necesariamente que celebrarla por escrito y que en este contrato se consignen expresamente las causales de contratación (artículo 72 de la LPCL), y los transforma en contratos indefinidos en caso exista simulación o fraude a la ley o los trabajadores continúen laborando luego de vencido el contrato (artículo 77 de la LPCL).

La **estabilidad laboral de salida** se ubica en el momento final de la relación laboral e implica la permanencia del vínculo laboral salvo que se produzca una causa justa que permita terminarlo, de allí que tenga como consecuencia la prohibición del despido arbitrario o injustificado, como exige nuestro Tribunal Constitucional<sup>(20)</sup>. De esta forma, la potestad del empleador para finalizar la relación laboral se limita y pasa a considerarse un poder excepcional.

Para hacer efectivo este derecho, los distintos ordenamientos jurídicos han planteado diversos remedios ante su vulneración, manejándose en la doctrina y la jurisprudencia una clasificación general que la divide en absoluta y relativa, según su infracción conduzca a la reposición del trabajador injustamente despedido o solo al pago de una indemnización. Esta dualidad de remedios puede verse graficada en el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, cuando afirma que “en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”, debiendo agregarse que son muy comunes los modelos mixtos en los que se suele consagrar la estabilidad absoluta cuando la afectación lesiona

---

(20) STC Exp. N° 0005-2008-PA/TC, fundamento 48.

derechos fundamentales, y la relativa cuando se trata de otros valores de menor jerarquía.

En todo caso, debe tenerse siempre presente que al existir un derecho de estabilidad laboral derivado del derecho al trabajo el despido ad nítum o sin causa tiene necesariamente como consecuencia la reposición del trabajador que lo cuestiona judicialmente, por lo que la protección relativa se predica residualmente para los casos en que no esté en juego ninguno de los valores constitucionales o legales cuya afectación tiene prevista la reposición. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el pago de una compensación económica o indemnización por el accionar arbitrario del empleador constituye una “protección reparadora contra el despido arbitrario” y que está ligada a un sistema de protección de eficacia resarcitoria<sup>(21)</sup>. En el caso de la estabilidad absoluta, el Tribunal Constitucional ha señalado que estamos ante una “protección preventiva del despido arbitrario”<sup>(22)</sup> que se vincula con una eficacia restitutoria respecto al despido. Se trata, en última instancia, de dejar sin efecto jurídico alguno al despido sin causa justa, reponiendo el estado de las cosas anterior a este hecho.

La estabilidad laboral de entrada y la de salida tienen relaciones muy estrechas si las enfocamos desde la perspectiva integral del derecho al trabajo que conducen a cautelar ambas esferas para que el derecho sea efectivo. Dicho de otro modo, si protegemos una dimensión pero dejamos amplios márgenes de libertad en la otra, el derecho quedará a merced de conductas que lo hagan ineficaz. El ejemplo más claro de lo dicho se presenta cuando un régimen legal tiene una intensa protección contra el despido injustificado (estabilidad laboral absoluta), pero a la par no respeta el principio de causalidad en la contratación (ausencia de estabilidad laboral de entrada). En este caso, que en buena medida es el peruano (puesto que se puede contratar a plazo fijo para labores permanentes utilizando el contrato de inicio o incremento de actividades, que da cuenta de la mitad de contratos temporales en el Perú), de poco sirve la protección contra el despido puesto que la conclusión de labores opera por terminación del plazo del contrato y no por despido. Además de ello, basta con tener contratos temporales de corta duración para tener a los trabajadores en un régimen de gran fragilidad puesto que cualquier actitud reivindicativa pondrá en juego la renovación del vínculo.

---

(21) STC Exp. N° 0976-2001-PA/TC, fundamento 12.

(22) *Ibidem*.

### III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

La evolución legal que hemos reseñado párrafos atrás se da en un marco en el que se consideraba que las constituciones eran cuerpos político-jurídico fundacionales pero con una eficacia jurídica muy relativa, razón por la cual la norma por excelencia era la ley y la forma política correspondiente se denominaba Estado legal de derecho. En los últimos veinte años en América Latina ha cambiado este paradigma en los diversos países, de la mano de una concepción europea que comenzó a difundirse con fuerza en Alemania luego de la Segunda Guerra Mundial, por la cual la Constitución ha ido ocupando el lugar central de la arquitectura jurídica, hasta definir el modelo como un Estado constitucional. En este modelo, la Constitución se convirtió en un instrumento “capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”<sup>(23)</sup>. Si bien el constitucionalismo social se inicia con la promulgación de las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919), el proceso de prevalencia a que aludimos supuso ir dotando paulatinamente de una fuerza vinculante a las garantías recogidas por la Norma Suprema y de una función preservadora y protectora de derechos fundamentales, reconociéndose así una primacía de la Constitución sobre la legislación nacional<sup>(24)</sup>. En tal sentido, y como hace notar Landa<sup>(25)</sup>, ello sucedió pues el poder constituyente del que emana y el contenido esencial de la comunidad que expresa jurídicamente le confieren supremacía material, en tanto que sus características de *lex legis* (en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas) y *norma normarum* (en tanto constituye norma matriz para la creación de las demás normas) le garantizan supremacía formal.

Dicho proceso significó concebir a la Constitución como la piedra angular de un proyecto político-social determinado, dentro del cual el conjunto de normas laborales debe ser visto de manera sistemática como uno de los ejes principales de la dimensión social del macroyecto.

(23) UGARTE CATALDO, José Luis. *Derecho, trabajo y privacidad*. Abeledo-Perrot, Santiago, 2011, p. 1.

(24) HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995, pp. 48-49.

(25) LANDA ARROYO, César. “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”. En: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*. Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2011, p. 25.

Este proceso de constitucionalización, sustentado en el supervalor de consagración y garantía de los derechos humanos, confluye con el desarrollo y la preocupación internacional por el mismo objetivo que vive el mundo desde que en 1948 se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos y que ha dado numerosos frutos en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Además de ello, la constitucionalización del derecho en el Perú vino aparejada con el concepto de “bloque de constitucionalidad”, expresando que “las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional– son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales –esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el artículo constitucional–”<sup>(26)</sup>. De este modo, por mandato de la propia Constitución (en nuestro caso, el artículo 3<sup>(27)</sup> y la cuarta disposición final y transitoria<sup>(28)</sup>), las normas con este rango van más allá de su articulado y acogen disposiciones de origen diverso, como las internacionales, entre las que destacan especialmente los pactos internacionales de derechos humanos y los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Asimismo, este proceso trajo consigo la consideración de que la Constitución no es una norma estática, sino “en movimiento”, que se adapta a los cambios que la sociedad experimenta, pese a responder al contexto en el que fue promulgada. Los órganos jurisdiccionales autorizados y sus interpretaciones vinculantes –para particulares y para el Estado– conllevan, así, la concepción dinámica de la Constitución. Estamos ante decisiones jurisdiccionales que, “al provenir de su intérprete auténtico, equivalen nada menos que a la Constitución misma”<sup>(29)</sup>. En nuestro país, estas decisiones corresponden al Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución por disposición de esta (artículo 205).

---

(26) UPRIMI, Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo doctrinal”. En: <www.dejusticia.org>, 2004.

(27) 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”.

(28) Cuarta disposición final y transitoria. “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”.

(29) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 18.

Entre las potestades que posee dicho tribunal existe una que merece ser destacada: adecuar el ordenamiento infraconstitucional a los mandatos presentes en la Norma Suprema (control concentrado). Para ello, el Tribunal Constitucional se ha valido de tres herramientas que Sanguinetti describe con precisión: la primera de ellas está referida a la interpretación de los preceptos constitucionales como porciones de un conjunto normativo más amplio informado por una lógica común; la segunda de ellas es el recurso a la “cláusula de apertura” prevista por la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución (a la que nos permitimos agregar el artículo 3 del mismo cuerpo normativo); y la tercera de ellas está representada por una lectura de los preceptos de la Constitución acorde con el sistema de valores presente en ella<sup>(30)</sup>.

En el contexto señalado, el Derecho del Trabajo viene a ser un “derecho constitucionalmente condicionado”, en la medida que los preceptos constitucionales laborales son más explícitos y detallados, procurando brindar un marco general para su regulación por el legislador. Dado el volumen significativo de disposiciones constitucionales en materia laboral, la labor de este se encuentre más condicionada en el Derecho Laboral que en el resto de áreas del Derecho, consecuencia necesaria de la importancia del trabajo en la vida y en el ordenamiento constitucional.

Dentro de la gama de derechos laborales reconocidos en la Constitución, destacan justamente el derecho al trabajo y la estabilidad en el trabajo, que ya hemos tratado conceptualmente *supra*.

#### **IV. LA RECONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO LABORAL: EL RETORNO PAULATINO A LA VIGENCIA TODAVÍA PARCIAL DEL DERECHO AL TRABAJO**

---

Si bien la promulgación de la Constitución de 1993 involucró una reducción importante tanto en el volumen como en la tutela de los derechos laborales a nivel constitucional, consideramos que no logró que el ordenamiento se aparte completamente de un modelo democrático y pluralista de relaciones laborales<sup>(31)</sup>.

---

(30) *Ibíd*em, p. 43.

(31) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. PLADES, Lima, pp. 45-46.

En efecto, como ya se viera, la nueva Constitución también proclamó, como su antecesora, una especial valoración del trabajo. Así lo ha dado a entender en sus artículos 22 y 23, donde afirma que “el trabajo es un deber y un derecho”, “es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”, “en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado”, “el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y la educación para el trabajo”. Del mismo modo, la Constitución vigente, aunque en menor cantidad y desarrollo que la de 1979, consagró importantes principios y derechos laborales: en el primer caso encontramos la irrenunciabilidad de derechos, el *in dubio pro operario* y la igualdad de oportunidades; en el segundo caso, el derecho al trabajo, el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, el derecho a una jornada máxima, el derecho a una protección adecuada contra el despido arbitrario, el derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga, entre otros. Tales principios y derechos garantizan, aunque en menor medida, una cierta regulación estatal en aspectos clave de las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

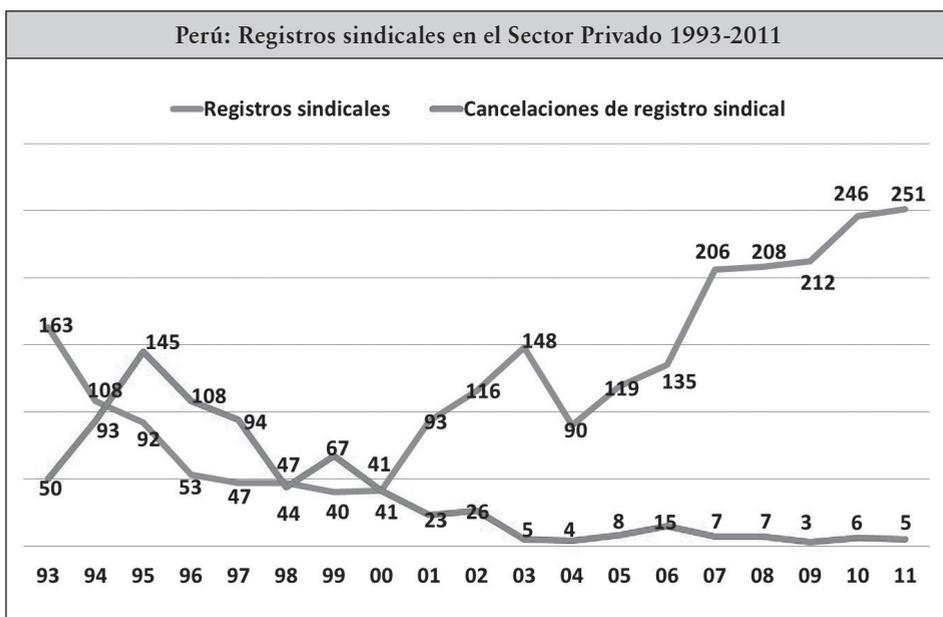
La razón de ello se debe a que “desconstitucionalizar” los derechos laborales del ordenamiento interno involucra dificultades no solo de carácter jurídico sino de carácter político: ya sea porque los derechos laborales forman parte de la definición básica del Estado social y democrático, o porque la omisión del constituyente se puede suplirse con lo regulado por normas internacionales (de ahí la importancia del “bloque de constitucionalidad”); además de ello, porque tales derechos contribuyen a la legitimación social de la Constitución<sup>(32)</sup>. Ante ese panorama, el constituyente de 1993 optó por garantizar un mínimo de derechos laborales, para otorgar así al legislador mayores cuotas de discrecionalidad en el tratamiento legal del derecho del trabajo, buscando justificar así la intensa flexibilidad que se había generado y que podía seguir acentuándose, como en efecto sucedió.

En el caso específico del derecho al trabajo, las consecuencias de dicha estrategia son conocidas. En primer término, se produjo una masificación en los años noventa de los despidos inmotivados o con causas falsas, obedeciendo muchas veces a una política de reducción de personal

---

(32) SANGUINETI RAYMOND. Ob. cit., p. 37.

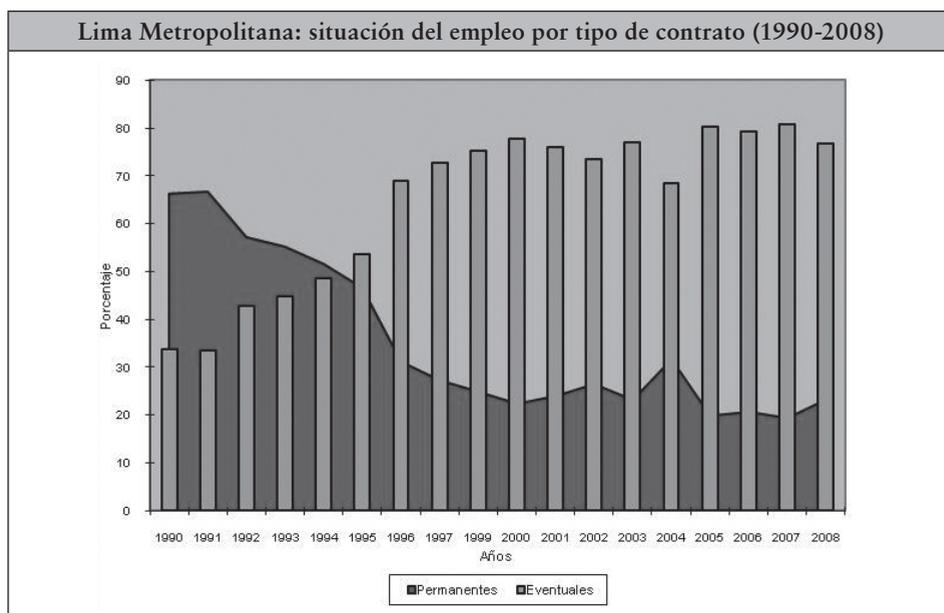
o de afectación a la representación sindical en la empresa sin posibilidad de solicitar la reposición en el empleo, consecuencia del artículo 34 de la LPCL. Hay que recordar que su impacto en el campo sindical fue demoleedor, como demuestran las cifras de cancelaciones de registros sindicales, que doblaron a las de inscripciones en los años 1995, 1996 y 1997, como se ve en el gráfico siguiente.



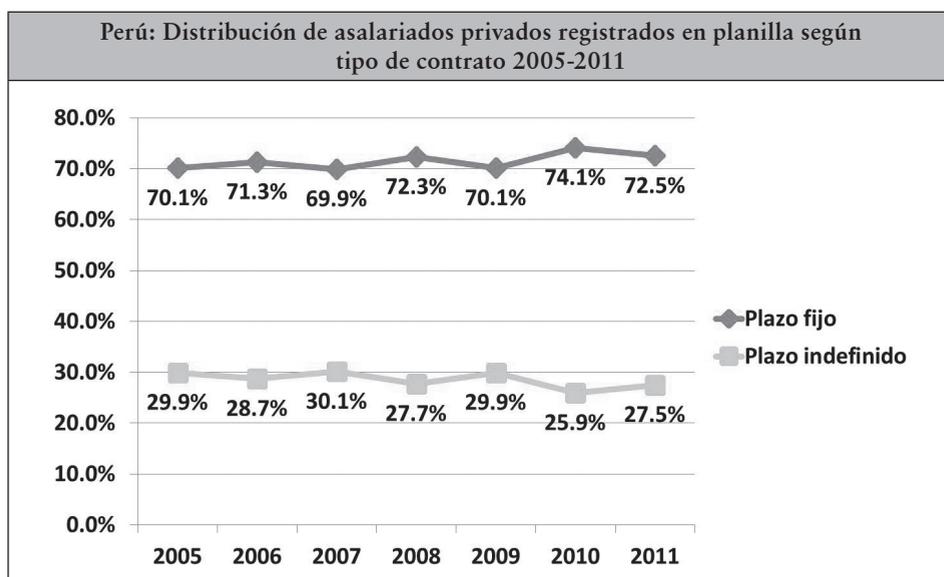
Fuente: Oficina de Estadística, MTPE. Elaboración propia.

Asimismo, la consagración en la mencionada Ley de nueve tipos de contratos temporales con un plazo máximo de cinco años de duración, entre los que hay modalidades que implican la prestación de labores permanentes bajo contrato a plazo fijo (inicio o incremento de actividades), provocó que la contratación temporal se convierta en la principal forma de contratación en nuestro país –pese a que la regla debiera ser el vínculo indefinido–, como se puede apreciar en los siguientes gráficos<sup>(33)</sup>:

(33) Cabe indicar que en el ámbito colectivo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, por medio de una regulación reglamentarista, controlista y restrictiva del fenómeno sindical, a la par que profundizadora de un modelo descentralizado de relaciones de trabajo, terminó por casi desaparecer el movimiento sindical en nuestro país. Al respecto recomendamos revisar: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical ...* Ob. cit., pp. 45-46.



Fuente: De 1990 a 1997 en Olivera (1999) “Ampliación de la cobertura de pensiones: el caso de los trabajadores independientes en el Sistema Privado de Pensiones” Olivera. Convenio MTPE-INEI, ENAHO 1999, 2000, 2001 III Trimestre. MTPE, Encuesta de hogares especializada en niveles de empleo, de 2002 al 2008 III Trimestre. Elaboración propia.



Fuente: ENAHO, INEI, MTPE. Elaboración propia.

Frente al contexto descrito, y ante la pasividad de los Poderes del Estado<sup>(34)</sup>, el Tribunal Constitucional desde la restauración democrática a finales del año 2000 ha asumido la importante responsabilidad de ir recomponiendo el sistema legal de derechos laborales a la luz de la norma suprema y los instrumentos internacionales suscritos por el Perú, haciendo uso de sus facultades de interpretación de la norma suprema y adecuación del ordenamiento infraconstitucional a los preceptos constitucionales. Esta actividad la ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional a partir de la jurisprudencia en materia de procesos de amparo que pasamos a analizar a continuación.

### 1. Alcances de la redefinición jurisdiccional de la estabilidad de entrada

Como ya hemos indicado, a diferencia de la Constitución de 1979, la Norma Suprema vigente no consagró expresamente el derecho a la estabilidad en el empleo, sea en sus variantes de entrada o de salida. No obstante, una lectura sistemática de los artículos 22 y 27 de la Constitución actual nos brinda elementos para entender comprendido dentro de dicho cuerpo normativo al principio de estabilidad en el empleo. En efecto, el derecho al trabajo recogido en el artículo 22 no solo comprende el derecho acceder a un puesto de trabajo en condiciones de igualdad, sino además implica conservar el puesto mientras no existan circunstancias que obsten a su continuidad, como ya hemos indicado anteriormente.

El Supremo Intérprete de la Constitución comenzó a transitar por este derrotero **a partir de situaciones de fraude laboral** en las que se suscribe un contrato temporal, pero las labores a las que se dedica el trabajador son permanentes. Este es el caso de la Sentencia recaída en el Expediente N° 1397-2001, entre Ángel De La Cruz Pomasoncco y otros contra EPSASA, en la que señaló que el régimen laboral peruano se basa en el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen, por lo que los contratos sujetos a modalidad deben poseer carácter excepcional (con formalidades y requisitos especiales) y proceder únicamente para cubrir labores temporales<sup>(35)</sup>. En tal sentido, un contrato temporal se considerará de duración indeterminada en virtud del artículo 77 de la Ley de Productividad y Competitividad

---

(34) Recordemos que, en materia de derechos colectivos, fue el Comité de Libertad Sindical el que tuvo que observar la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en 2003 para que el Legislativo recién proceda a su adecuación a los instrumentos de la OIT.

(35) Fundamento 3.

Laboral, si existió fraude o simulación a las normas laborales al momento de consignar la causa o naturaleza de los servicios.

Ante dicho supuesto, la respuesta del ordenamiento no solo debe ser la consideración del contrato temporal como uno indeterminado, sino además se debe tomar en cuenta que “cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral solo puede sustentarse en una causa justa establecida por la ley, de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política vigente”<sup>(36)</sup>, invalidándose incluso las extinciones de contratos temporales por vencimiento de plazo en supuestos de desnaturalización. En estos casos, el Supremo Intérprete ha entendido que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación tiene el carácter de un despido absolutamente arbitrario –específicamente uno de carácter “incausado”–, frente al cual procede la reposición como expresión eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos<sup>(37)</sup>.

Similar circunstancia acaeció en el Exp. N° 01580-2008-PA/TC, donde el Tribunal determinó que los contratos temporales que recaen sobre labores permanentes debían considerarse como de duración indeterminada. Incluso para el caso de la obra o servicio específico, donde a simple vista el artículo 63 de la LPCL requeriría únicamente un objeto previamente establecido y una duración determinada en directa relación con la obra o servicio objeto de la contratación, la calificación de estos requisitos no puede hacerse al margen del ordenamiento constitucional. Por ello, en la sentencia recaída en el Exp. N° 03771-2010-PA/TC, en un caso en el que se contrató bajo modalidad de obra o servicio determinado pero para realizar labores permanentes (llevar las planillas de una universidad), el Supremo Intérprete de la Constitución estableció:

**“Así, se entiende que esta modalidad contractual no puede ser empleada para labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un trabajador estable, sino que se trata más bien de una modalidad contractual que le permite al empleador dar cobertura a aquellas labores temporales o estrictamente**

---

(36) Fundamento 4.

(37) Fundamento 6.

especializadas que no forman parte de las labores permanentes de la empresa, y que requieran un plazo determinado, sustentado en razones objetivas, que puede ser renovado en la medida en que las circunstancias así lo ameriten. Lo contrario, es decir, permitir que esta modalidad de contratación ‘por obra determinada’ o ‘servicio específico’ sea usada para la contratación de trabajadores que van a realizar labores permanentes o del giro principal de la empresa, vulneraría el contenido del derecho al trabajo en su segunda acepción<sup>(38)</sup>”.

De este modo, el Tribunal ha dejado de lado el remedio de la indemnización por despido arbitrario del artículo 34 de la LPCL ante estos supuestos de vulneración del derecho al trabajo, ordenando la readmisión del empleo en el marco de situaciones donde, de acuerdo con el Tribunal, se han dado despidos sin causa<sup>(39)</sup>.

Visto lo anterior, tenemos que señalar que la actuación del Tribunal se ha limitado a pronunciarse en los casos de fraude en la contratación temporal (utilización de modalidades temporales para encubrir prestaciones en actividades permanentes), sin entrar a analizar si la propia modalidad contractual prevista por la ley recaía sobre labores permanentes y, por lo tanto, dicha modalidad debería ser expulsada del ordenamiento por infringir el principio de causalidad. Tal es el caso del Decreto Ley N° 22342, que permite a las empresas de exportación no tradicional contratar para labores permanentes a personal eventual en el número que requieran, con posibilidad de renovar indefinidamente los contratos temporales, sin siquiera el límite de 5 años que establece la LPCL para la contratación a plazo fijo. Al respecto, el Colegiado indicó en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04409-2011-PA/TC que “la sola suscripción de un contrato de trabajo sujeto a modalidad bajo el régimen laboral especial del Decreto Ley N° 22342 no puede ser considerada como un supuesto de desnaturalización, salvo que se demuestre que la empleadora no es una empresa industrial de exportación no tradicional”<sup>(40)</sup>, revocando el pronunciamiento de primera instancia que había determinado la desnaturalización de los contratos de exportación no tradicional en vista que la demandante había sido contratada para

---

(38) Fundamento 5.

(39) El Colegiado ha aplicado de forma reiterada este criterio principalmente en situaciones donde el trabajador continua laborando después de culminado el contrato sujeto a modalidad y por, desnaturalización de las modalidades de contratación temporal admitidas por la ley. Al respecto, revisar las sentencias N°s 03012-2004-PA/TC y 04168-2005-PA/TC

(40) Fundamento 3.

realizar labores permanentes. Tampoco se ha pronunciado sobre el contrato para inicio o incremento de actividades que autoriza la contratación temporal para labores permanentes y que es el gran responsable de la distorsión de nuestras relaciones laborales en las que, como ya se viera, tres de cada cuatro contratos son temporales (y de los tres temporales la mitad lo son a través del contrato referido).

En tal sentido, consideramos que el Supremo Intérprete de la Constitución, además de pronunciarse contra el fraude en la contratación temporal, debería examinar los contratos a plazo fijo que se aplican a relaciones de trabajo de carácter permanente, y que, por lo mismo, implican una vulneración a la estabilidad de entrada y, por ende, al principio de causalidad que el Tribunal ha defendido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01397-2001-PA/TC. La tutela procesal hacia estos trabajadores es urgente, pues la afectación a la estabilidad laboral implica además que en la práctica no puedan gozar de otros derechos fundamentales, comenzando por los colectivos que son la base de la tutela laboral.

## 2. Alcances de la redefinición jurisdiccional de la estabilidad de salida

Si bien existen sentencias aisladas que reafirman la vigencia del Derecho Constitucional al trabajo sobre la legislación de los noventa, es a partir del fin de la década del inicio del presente siglo que el Tribunal Constitucional emite tres pronunciamientos sustanciales, los que a la fecha continúan vinculando a la jurisprudencia de ese Colegiado y que plantean: la inconstitucionalidad del artículo 34 de la LPCL por vaciar de contenido el derecho al trabajo, la extensión de la garantía de readmisión en el empleo a supuestos distintos al despido nulo (bajo una nueva categorización del despido) y la tutela procesal de los supuestos de despido lesivo de derechos fundamentales.

- *La inconstitucionalidad del artículo 34 de la LPCL (STC Exp. N° 01124-2001-PA/TC).*

El primero de los pronunciamientos pertenece a la sentencia recaída en el Exp. N° 01124-2001-PA/TC, referido al proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding S.A, con el objeto de que las últimas se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores de afiliados a Fetratel, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo elaborado por la empresa.

En la citada sentencia, el Tribunal –luego de precisar el contenido de derecho de sindicación y determinar que el criterio de afiliación sindical fue el que se usó para aplicar los despidos masivos– analizó los alcances del derecho del trabajo en los términos expuestos *supra*. Así, el Colegiado determinó que el contenido esencial del derecho al trabajo (consagrado en el artículo 22 de la Constitución) implicaba acceder a un puesto de trabajo y el no ser despedido sino por causa justa. En segundo lugar, y más importante, precisó que la remisión a la ley del artículo 27 de la Norma Suprema no constituía un “mandato abierto” al legislador que le permitiría optar, en última instancia, por una legislación que vacíe de contenido al derecho al trabajo.

En efecto, de acuerdo al Tribunal, como la validez de un desarrollo legal supone el respeto al contenido esencial del derecho objeto de desarrollo<sup>(41)</sup>, el artículo 34 de la LPCL, al consagrar el despido libre indemnizado, vacía de contenido el derecho al trabajo en el extremo que proscribía el despido sin causa justa. Si bien el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7, apartado “d” permite optar por una reparación indemnizatoria, este instrumento internacional debe entenderse como una norma que enuncia derechos mínimos que los ordenamientos jurídicos internos pueden mejorar con mayores niveles de protección. En otras palabras, bajo ningún caso la incorporación de un tratado de derechos humanos al bloque de constitucionalidad puede significar el menoscabo de los derechos reconocidos en la Constitución, principio que es recogido en el mismo Protocolo, en su artículo 4.

En virtud de lo expuesto, y atendiendo a la imposibilidad de interpretar el artículo 34 de la LPCL de conformidad con la Constitución, el Tribunal inaplicó dicho dispositivo al caso concreto, ordenando la reincorporación a su centro de labores de los trabajadores despedidos y disponiendo que la empresa se abstenga de seguir con el ejercicio de lo establecido por el artículo 34 respecto a los afiliados a Fetratel que continuaban laborando. Y no podía ser de otro modo, puesto que la forma de protección del amparo “no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo

---

(41) Fundamento 12.

determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional”<sup>(42)</sup>.

La sentencia constituye una respuesta a la absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral que se evidenció con la forma en que aplicó Telefónica el artículo 34 de la LPCL, desequilibrio que resulta contrario al principio tuitivo de la Constitución. De esta forma, el Tribunal reafirmó que “un Estado Constitucional de Derecho no tolera ni la arbitrariedad como modo de comportamiento realizado al margen del ordenamiento jurídico, ni tampoco la idea de que, en su seno, existan o puedan existir derechos absolutos”<sup>(43)</sup>. Si bien esta sentencia se vio matizada por una resolución aclaratoria, los términos antes referidos mantienen su vigor.

- *Nueva tipología de despidos lesivos de derechos constitucionales (STC Exp. N° 00976-2001-PA/TC)*

La segunda sentencia relevante, recaída en el Exp. N° 00976-2001-PA/TC, amparo interpuesto por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., vino a complementar la doctrina desarrollada por el Tribunal en la sentencia del caso Fetratel. En dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional no solo reafirmó la inconstitucionalidad del artículo 34 de la LPCL, sino que redefinió la concepción del despido arbitrario, extendiendo *erga omnes* la garantía de readmisión en el empleo a otros supuestos distintos a los acogidos en la legislación.

Para ello, el Tribunal Constitucional desarrolló una teoría que contempló dos mecanismos de protección frente al despido: los mecanismos sustantivos y los procesales. Los primeros están referidos a la manera en que ha de entenderse la protección adecuada contra el despido del artículo 27 de la Constitución, y abarca mecanismos preventivos –exigencia de causalidad y debido procedimiento previo al cese– y mecanismos reparadores –compensación económica como sanción frente al despido arbitrario–. Los segundos, por su parte, abarcan mecanismos reparadores –vinculados a acciones indemnizatorias o impugnatorias del despido provenientes de lo dispuesto por la ley– y mecanismos restitutorios –vinculados a acciones de reposición del puesto de trabajo en el amparo, ya que su finalidad es la restitución de las cosas al momento anterior a la violación o amenaza del derecho–.

---

(42) Ídem.

(43) Fundamento 2 de la Resolución que aclara los alcances de la STC Exp. N° 01124-2001-PA/TC.

Así vistas las cosas, el Tribunal consideró que el régimen resarcitorio (indemnización como remedio del despido arbitrario) es compatible con los principios y valores constitucionales cuando el trabajador cobra la indemnización o cuando el trabajador inicia un proceso para cobrar dicha reparación económica, por ser una decisión libre de este. Opinó, además, que el establecimiento de este régimen no impide que pueda establecerse paralelamente un régimen de protección de eficacia restitutoria (reposición como remedio del despido arbitrario), como sucede en el proceso de amparo, cuyo resultado no puede ser ordenar el pago de una indemnización, sino reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

Tales efectos restitutorios, según el Colegiado, proceden en tres supuestos que han significado una nueva categorización del despido, alejándose de la terminología de la LPCL. Los tres supuestos son:

- Despido incausado, que se caracteriza porque se despide al trabajador de forma verbal o escrita sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor. Se decreta la readmisión en el empleo en este supuesto debido a la necesidad de “cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución (derecho a trabajo) y demás conexos.
- Despido fraudulento, consistente en el despido con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, esto es, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las relaciones laborales, incluso cuando se cumpla con imputar una causa y los cánones procedimentales. Se configura en cualquiera de las siguientes situaciones:
  - a) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos e imaginarios.
  - b) Se le atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente.
  - c) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad.
  - d) Se pretende fundamentar falsamente el despido mediante “pruebas fabricadas”.

En estas situaciones, de acuerdo al Tribunal, como no existe una causa justa real de despido, ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación se equipara al despido sin causa<sup>(44)</sup>.

- Despido nulo, modalidad destinada a proteger derechos constitucionales de especial relevancia para el ordenamiento, como la igualdad, libertad sindical, entre otros. Si bien está recogido en la LPCL (artículo 29), el pronunciamiento del Tribunal amplía la protección contra la discriminación en cualquier supuesto, no solo los enunciados por la ley, además del despido fundado en la condición de portador del VIH del trabajador y por razones de discapacidad.

De este modo, el Tribunal Constitucional concluyó, como en la Sentencia del caso Fetratel, que el régimen de protección adecuada del artículo 27 de la Constitución y que se remitió al legislador, no puede entenderse únicamente circunscrito a la LPCL, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el régimen de protección contra el despido lesivo de derechos también abarca al proceso de amparo y su efecto restitutorio, en cuanto se esté frente a un despido incausado, fraudulento o nulo.

- *Tutela procesal de los despidos lesivos de derechos fundamentales (STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC)*

Finalmente, la sentencia recaída en el Exp. N° 00206-2005-PA/TC, amparo interpuesto por César Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUA-CHO S.A., replanteó el esquema procesal de procedencia del despido arbitrario. En efecto, para cuando se emitió la sentencia, la entrada en vigencia del reciente Código Procesal Constitucional había supuesto un cambio en el régimen legal del proceso de amparo pues estableció la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo, cambiando el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha establecido que solo en los casos en que las vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en

---

(44) Fundamento 15.

situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate<sup>(45)</sup>. Esto como consecuencia de asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución.

Efectivamente, manteniendo los criterios jurisprudenciales del Exp. N° 00976-2001-PA/TC (es decir, la categorización en despidos incausados, fraudulentos y nulos), el Supremo Intérprete ha señalado que si en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

Así, respecto al despido sin imputación de causa, el Tribunal ha indicado que la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado.

En cuanto al despido fraudulento, de acuerdo al Tribunal, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos<sup>(46)</sup>. Tal aseveración, aunque no excluye de tutela a los cuatro casos de despido fraudulento que describe el Tribunal, sí restringe su operatividad al remitir al proceso ordinario aquellos supuestos donde se deba acreditar la presencia del despido fraudulento mediante actividad probatoria dotada de complejidad. Empero, y concordando con Sanguineti, se puede afirmar que en tales situaciones los jueces ordinarios deben actuar como jueces constitucionales, al estar en juego la tutela de derechos fundamentales garantizados por la Norma Suprema, y aplicar por tanto los criterios desarrollados por

---

(45) Fundamento 6.

(46) Fundamento 8.

el Supremo Intérprete de la Constitución, entre ellos la reposición para los despidos fraudulentos<sup>(47)</sup>.

Por último, en los supuestos de despido nulo, el Tribunal estableció que los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos, debido a la importancia de los sindicatos en la sociedad democrática y la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical<sup>(48)</sup>. De la misma manera, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre, deber que según el Tribunal significa adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo<sup>(49)</sup>. De igual forma, el Tribunal determinó que el proceso de amparo es el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, siguiendo los artículos 7 y 23 de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado<sup>(50)</sup>.

En el año 2012, la Corte Suprema de Justicia acordó en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral –considerando las tres sentencias emitidas por el TC–, que el juez de trabajo en los procesos laborales ordinarios de la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636) y de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) está facultado para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo. Los magistrados supremos fundamentaron esta decisión en el rol de guardián de la Constitución que le corresponde al juez ordinario y en el respeto al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al trabajo y a la estabilidad laboral, consagrados en la Constitución. De acuerdo a la Corte Suprema, ello no implica en modo alguno la reducción de las garantías

---

(47) SANGUINETI. Ob. cit., pp. 100-101.

(48) Fundamento 10.

(49) Fundamento 15.

(50) Ibid.

procesales vía proceso constitucional; al contrario, genera la posibilidad de que las partes estructuren mejor su “andamiaje probatorio y argumentativo”, en vista que el proceso ordinario laboral no es privado de estación probatoria, como sucede en el amparo.

- *Categorías de trabajadores excluidas por el Tribunal Constitucional de la tutela restitutoria contra el despido*

Mención aparte merece el hecho de que, a la par con esta redefinición jurisdiccional de la estabilidad de salida, el Tribunal Constitucional ha excluido de la tutela restitutoria contra el despido a determinadas categorías de trabajadores: trabajadores de confianza, trabajadores del régimen CAS, trabajadores a tiempo parcial y trabajadores del régimen agrario.

• *Trabajadores de confianza (STC Exp. N° 03501-2006-PA/TC)*

De acuerdo al Colegiado, la extinción del vínculo laboral por disposición del empleador para el caso de los trabajadores de confianza no implica su posterior reposición como remedio procesal, como lo manifestó en la sentencia recaída en el Exp. N° 03561-2006-PA/TC, amparo interpuesto por Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú.

Según el artículo 43 de la LPCL son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, son trabajadores de confianza aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. De acuerdo al Supremo Intérprete, un trabajador de confianza presenta además peculiaridades que lo diferencia de los trabajadores “comunes”: la confianza depositada en él por parte del empleador, representatividad y responsabilidad en el desempeño de funciones, dirección y dependencia, condición de trabajador de confianza determinada por la naturaleza de la función y no por la persona, entre otras características<sup>(51)</sup>.

---

(51) Fundamento 11.

Debido a que la misma relación laboral se fundamenta en la existencia de confianza por parte del empleador hacia el trabajador, este último estará sujeto a la confianza para su estabilidad en el empleo. Por tanto, pese a que la causal de “pérdida de la confianza” no está recogida en la ley, el Tribunal ha entendido que esta causal es válida para el término de la relación laboral en trabajadores que han sido de confianza desde el inicio de sus labores. Como se desprende de la naturaleza de la ruptura del vínculo laboral, ante tal supuesto, únicamente procede la indemnización<sup>(52)</sup>. En casos donde el trabajador haya primero realizado labores ordinarias para luego ser promovido a un cargo de confianza<sup>(53)</sup>, el Tribunal ha establecido que el trabajador, luego de retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores, no perdiendo el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.

La potestad del empleador de culminar el vincular laboral tampoco puede darse cuando la relación se encuentra suspendida. En efecto, en la sentencia recaída en el Exp. N° 02129-2006-PA/TC, el Colegiado concluyó que al encontrarse el demandante con licencia por enfermedad, la conclusión de su designación por parte del empleador vulneró sus derechos a la dignidad y el trabajo, “pues no ha tenido en consideración que por padecer de una enfermedad, el demandante se encontraba incapacitado temporalmente para prestar sus servicios a la entidad emplazada”<sup>(54)</sup>.

- *Trabajadores del régimen CAS (00002-2010-PI/TC, 2da aclaración)*

De acuerdo al Tribunal Constitucional, el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) es un régimen laboral especial –diferente y coexistente a los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728– que protege los derechos laborales individuales

---

(52) Fundamento 16.

(53) Ello en virtud del artículo 44 de la LPCL: Todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.

(54) Fundamento 7.

que la Constitución establece, y que, por tanto, es constitucional, debiendo únicamente subsanarse la ausencia de derechos colectivos en el Decreto Legislativo N° 1057, norma que consagra el régimen CAS. La temporalidad de este sistema de contratación es acorde con la Norma Suprema, según el Colegiado, limitándose a señalar que es “un régimen laboral especial que respeta los derechos laborales individuales que reconoce la Constitución”<sup>(55)</sup>.

Asimismo, el Tribunal calificó de “adecuado y compatible con el artículo 27 de la Constitución”<sup>(56)</sup> el sistema de protección de eficacia resarcitoria contra el despido arbitrario para el régimen CAS recogido en el D.S. N° 075-2008-PCM, que establece la potestad de la entidad pública de resolver unilateralmente el contrato, pudiendo el juez aplicar una penalidad equivalente a dos meses de contraprestaciones dejadas de percibir (art. 13.3).

De este modo, este sistema de contratación, que alberga a una gran cantidad de trabajadores estatales, se encuentra impedida de gozar de la tutela restitutoria en supuestos de despido arbitrario, lo que se contradice la jurisprudencia analizada del Tribunal Constitucional respecto al contenido esencial del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, como sucede también en la venia del Colegiado con relación a la temporalidad del CAS.

- *Trabajadores a tiempo parcial (STC Exp. N° 00990-2008-PA/TC)*

El Supremo Intérprete de la Constitución se ha pronunciado también excluyendo de tutela restitutoria a los trabajadores a tiempo parcial cuya contratación haya sido concluida unilateralmente por la parte empleadora. En efecto, aplicando una interpretación literal del artículo 22 de la LPCL (“Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley

(55) Fundamento 5 de la aclaratoria 2.

(56) Fundamento 6 de la aclaratoria 2.

y debidamente comprobada”), el Tribunal declaró infundada la demandada presentada por un trabajador que laboraba tres horas diarias y que solicitaba su reposición en su puesto de trabajo.

En vista de esta concepción legalista del Colegiado –que se contradice con los anteriores pronunciamientos del TC-, podemos entender, a contrario sensu, que para esta categoría de trabajadores no se requiere causa justa al momento de la culminación unilateral del contrato laboral por parte del patrono, en vista que no se encuentran bajo el amparo del artículo 22 de la LPCL.

- *Un último caso: la STC Exp. N° 03052-2009-PA/TC*

Para culminar, cabe señalar que el Tribunal, en el supuesto del cobro de la indemnización por despido arbitrario o de “incentivos” para ello, el trabajador no podría recurrir a la vía constitucional, al haber optado por la vía resarcitoria y no por la reparadora<sup>(57)</sup>, en tanto que estableció que no se podía validar el acto del despido con el cobro posterior de los beneficios sociales adeudados por el empleador, toda vez que estos le corresponden al trabajador sea cual fuera la causa que motivase su cese laboral<sup>(58)</sup>; así, el cobro de tales beneficios correspondería al ejercicio legal de un derecho y no demostraría voluntad alguna del trabajador de dar por terminada la relación laboral. Con esta decisión, que tiene condición de precedente vinculante, modificó justificadamente su jurisprudencia anterior que había previsto que el cobro de los beneficios sociales implicaba la extinción definitiva del beneficio laboral, dado que esta situación –en palabras del Tribunal– “*estaba permitiendo que se vulnera el derecho fundamental al trabajo mediante el despido sin causa*”<sup>(59)</sup>. Así se evitaba un accionar doloso por parte del empleador que depositaba los beneficios sociales del trabajador para luego aducir el consentimiento del despido.

Mediante este pronunciamiento, el Colegiado ha impuesto un nuevo supuesto de improcedencia del amparo no previsto en el Código Procesal

---

(57) Fundamento 28.

(58) Fundamento 27.

(59) Fundamento 29.

Constitucional, el mismo que se da cuando el trabajador cobra la indemnización por despido arbitrario ofrecido por el empleador.

## V. CONCLUSIONES FINALES

---

De todo lo visto, se puede concluir que el campo del derecho al trabajo resulta especialmente elocuente del proceso de constitucionalización que vive el ordenamiento jurídico laboral desde la restauración democrática a finales del año 2000. La labor del Tribunal Constitucional ha sido tenido importantes efectos en los ámbitos de la estabilidad de entrada y la de salida, aunque con diferente intensidad.

En el caso de la estabilidad de entrada, la jurisprudencia analizada ha tratado de poner fin a una década en la que la sola utilización de un contrato temporal bastaba para tener una relación legal a plazo fijo, señalando que hay que ver si en los hechos la labor desempeñada concordaba con la contratada, y si había disparidad por tratarse de labores permanentes (fraude) consideraba, de un lado, nula la contratación temporal y, de otro, como despido la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado. Sin embargo, no ha tenido la misma firmeza cuando el objeto mismo del contrato temporal era la realización de labores permanentes, como sucede en el régimen laboral de exportaciones no tradicionales o en el contrato temporal por inicio o incremento de actividades. En el primero de los casos (exportaciones no tradicionales) se ha pronunciado por la validez del régimen legal, contradiciendo el principio de causalidad que él mismo ha reconocido como válido para los primeros casos.

Es por ello que la contratación temporal en el Perú tiene una dimensión inaudita en América Latina (involucra a tres de cada cuatro trabajadores), lo que lleva a que tales trabajadores no tengan protegido su derecho al trabajo, puesto que el mero cumplimiento del plazo previsto en el contrato será una causa válida de extinción aunque estén desempeñando labores permanentes y les corresponda una extinción debidamente justificada. De este modo, si bien el Tribunal Constitucional ha dado pasos significativos en la lucha contra el fraude laboral, queda todavía pendiente la revisión de los contratos temporales usados para labores permanentes.

En el caso de la estabilidad de salida, el proceso de constitucionalización descrito ha tenido una mayor profundidad puesto que el Tribunal

Constitucional ha reformulando la regulación del despido, adecuándola a los cánones constitucionales derivados de la consagración del derecho al trabajo. De este modo, la opción del legislador de un despido libre con la indemnización “como único medio reparatorio” ha sido eliminada de nuestro ordenamiento jurídico, dando lugar a una protección constitucional contra el despido lesivo de derechos fundamentales que abarca una nueva tipología de despido acompañada de medidas restitutorias o reparatorias, según corresponda. Esta corriente jurisprudencial debió haber conducido a una reforma legal de la tipología del despido, lo que no ha ocurrido, por lo que hay que continuar con sus lineamientos. Sí ha tenido impacto en el ámbito del Poder Judicial, donde la Corte Suprema de Justicia ha recogido en el Pleno Jurisdiccional del 2011 que se puede solicitar la reposición en los casos de despido incausado y fraudulento siguiendo el proceso laboral ordinario.

Finalmente, este proceso nos muestra la debilidad de nuestro Estado constitucional, en la medida en que las fuerzas que impulsaron, defendieron y aún defienden la libertad de contratación temporal y de despido han podido neutralizar las iniciativas dirigidas a poner la regulación legal en concordancia con los alcances del derecho constitucional al trabajo establecidos por el Tribunal Constitucional. Tenemos, pues, una importante asignatura pendiente que sigue poniendo a prueba las convicciones constitucionales de nuestros políticos.

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y ARBITRAJE POTESTATIVO

---

GUILLERMO BOZA PRÓ<sup>(1)</sup>

---

El resultado ideal o natural de una negociación colectiva es el acuerdo de partes, con mayor razón si esta es abordada por los sujetos negociadores conforme al postulado de buena fe, es decir, con el ánimo de hacer los esfuerzos que resulten necesarios para arribar a un convenio colectivo: una suerte de *fair play*, como nos recuerda Ojeda Avilés, que va más allá de recoger esa “regla consabida e implícita en todo el Derecho de contratos” (2012, 397), porque supone, en el ámbito de la negociación colectiva laboral, el deber de negociación misma, el deber de informar a la contraparte y la prohibición de medidas que busquen entorpecer o dilatar el normal desarrollo de la negociación. Pero no siempre será posible llegar a buen puerto y, en tal caso, los sujetos negociadores –fundamentalmente los trabajadores, que son quienes normalmente toman la iniciativa negocial– se encontrarán en la disyuntiva de acudir a una medida de conflicto (por ejemplo, la huelga) o de someter la controversia a algún mecanismo de composición (conciliación, mediación o arbitraje). Difícilmente la opción será por mantener el conflicto abierto, pero esto podría ocurrir si no se llega a una solución final en virtud de alguna de las dos alternativas antes señaladas.

En un contexto como el descrito, el ordenamiento laboral peruano ha sufrido, hace un par de años, una reforma de cara a dar viabilidad al arbitraje

---

(1) Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ante el fracaso de la negociación colectiva directa. Concretamente, el reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, el Reglamento), fue modificado (o quién sabe, precisado) en el año 2011, instituyéndose el arbitraje potestativo en determinadas circunstancias. Son dos las normas que se dieron en ese sentido, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR. Desde la entrada en vigor de la LRCT en el año 1992 se discutió la naturaleza voluntaria o potestativa del arbitraje y las posturas de los sujetos laborales sobre el particular estuvieron claramente definidas desde el principio: para los empleadores el arbitraje era necesariamente voluntario, mientras que los trabajadores lo concebían como potestativo. Por su parte, la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) apostó inicialmente por un arbitraje de carácter potestativo<sup>(2)</sup>, pero esta postura tuvo muy corta duración pues al poco tiempo dio un giro en favor del arbitraje voluntario<sup>(3)</sup>, posición que ha mantenido hasta la fecha y que, con carácter general, no se entendería superada por la aludida reforma normativa.

En efecto, el nuevo artículo 61-A del Reglamento establece los supuestos en los que se faculta a las partes a interponer el arbitraje potestativo en el marco de una negociación colectiva, lo que hace pensar que, salvo esos casos, el arbitraje no sería potestativo sino voluntario. Los supuestos señalados en la indicada norma son dos: a) cuando las partes, en la primera negociación, no se pongan de acuerdo en la determinación del nivel o no arriben a un convenio colectivo; b) si en el proceso de negociación del pliego de peticiones se advierten actos de mala fe que tengan por objeto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Pero ¿cuál es la naturaleza del arbitraje como medio alternativo de controversias laborales? Para la OIT, siguiendo la pauta de una negociación libre y voluntaria, el arbitraje debería gozar de similar consideración, es decir, la opción por el arbitraje debería seguir también la ruta de la voluntariedad, tal como lo señala la Recomendación N° 92 de la OIT de 1951, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios<sup>(4)</sup>. No obstante, en el ámbito de las relaciones laborales es posible identificar, esencialmente, según su exigibilidad,

---

(2) Pueden verse las resoluciones del 14 de junio de 1994 y 5 de setiembre de 1994 recaídas en los Exps. N° 751-93 (Papeleras Especiales S.A.) y N° 983-93 (Editora Perú S.A.), respectivamente.

(3) Véase la resolución del 6 de febrero de 1995, recaída en el Exp. N° 414-94 (Avícola Esquivel S.A.).

(4) El artículo 6 de la Recomendación N° 92 establece lo siguiente: “6. Si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts* mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral” (el énfasis es nuestro).

tres clases de arbitraje: voluntario, obligatorio y unilateral. El arbitraje *voluntario* es aquel en que las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado por ellas mismas. El arbitraje obligatorio, por su parte, es aquel impuesto a las partes por el Estado, debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la solución del conflicto. Finalmente, el arbitraje unilateral (también conocido como potestativo o voluntario vinculante) es aquel por el cual una disposición (heterónoma o autónoma) faculta a una de las partes la posibilidad de someter el conflicto a un tercero, quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento.

Se suele confundir el arbitraje unilateral o potestativo con el obligatorio porque no existe el consenso de las partes sino únicamente la decisión (vinculante) de una de ellas al momento de someter la controversia a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes, cuando el conflicto no ha sido resuelto por ellas mismas; mientras que en el arbitraje unilateral o potestativo no hay una imposición automática, porque siempre queda la posibilidad de que la parte facultada para someter el conflicto a un tercero no lo haga. ¿Es este último tipo de arbitraje el que ha sido recogido por la LRCT? Considero que sí, y es más, creo que se trata de una posición con claro sustento constitucional. Veamos por qué.

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce a los trabajadores el derecho de negociación colectiva, proclamando el fomento de la misma y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Esto último se refiere a los medios alternativos de solución de conflictos, tanto autónomos o de negociación asistida (conciliación y mediación) como heterónomos (arbitraje)<sup>(5)</sup>. Pero ¿qué supone en estricto que el Estado deba promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales?

Desde mi punto de vista, un análisis conjunto de los numerales 2 (derecho de negociación colectiva y promoción de medios alternativos de solución de conflictos) y 3 (derecho de huelga ejercido en armonía con el interés social) del artículo 28 de la Constitución supone una apuesta clara y contundente del constituyente por la necesidad de componer el conflicto antes

---

(5) Precisa Blancas Bustamante (2011, 447) que: “Por su ubicación sistemática, debemos asumir que la expresión conflictos laborales, está referida a los conflictos colectivos y, dentro de estos, a los de intereses o económicos, porque tanto los conflictos individuales como los conflictos colectivos de aplicación son de índole jurídica y, por consiguiente, cuentan con cauces jurisdiccionales específicamente establecidos para su solución”.

que dejarlo abierto<sup>(6)</sup>. Pero supone también considerar la posibilidad de acudir a la huelga, en tanto medio de fuerza o expresión abierta del conflicto, como última ratio. Como afirma Blancas Bustamante (2011, 450), el fundamento “de este mandato constitucional reside en el rechazo del Estado a la prolongación indefinida de los conflictos laborales”. Por eso, para este autor, el arbitraje potestativo es “una fórmula adecuada al campo de las relaciones laborales, porque si ha de depender de la voluntad del empleador aceptar o no el arbitraje, la posibilidad de dar solución al conflicto queda en sus manos, es decir, subordinada a sus intereses, por lo que en el caso de negarse a aceptar el arbitraje el conflicto permanecerá abierto y, muy probablemente, la consecuencia de ello será obligar a los trabajadores y sus organizaciones a adoptar medidas de presión o de fuerza”<sup>(7)</sup>. Se impone entonces en este contexto al Estado un mandato claro y clave de promover mecanismos que permitan establecer una solución definitiva del conflicto colectivo.

De opinión similar es Gorelli Hernández (2011, 243) –refiriéndose a la LRCT–, cuando afirma que la regulación peruana “parece pretender evitar que se acuda a medios de solución directos o agresivos, como la huelga, ante la falta de acuerdo durante la negociación colectiva”. Esto no significa, por cierto, desconocer el reconocimiento del derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores. Estos serán siempre los llamados a decidir, en cada oportunidad y con arreglo a ley, si declaran la huelga u optan por el arbitraje. En este último caso, la decisión adoptada por los trabajadores debería vincular a la contraparte empresarial<sup>(8)</sup>.

Diversos preceptos de la normativa infraconstitucional apuntan en esta dirección. En primer lugar, la LRCT señala en su artículo 61 que ante

---

(6) Tal vez porque, como señala Ojeda Avilés (1995, 391), a partir de “las ideas cristianas de armonía y fraternidad dominantes durante siglos”, nuestra “cultura jurídica profesa una irreprimible veneración por el orden y por la armonía social en todas sus manifestaciones, un amor por la «composición de intereses» que parece dejar escaso margen al conflicto”.

(7) Para Pasco Cosmópolis: “La apertura a un sistema puramente voluntarista tiene el inconveniente de que la parte más fuerte puede frustrar el arbitraje con su sola abstención. Si dicha parte es el empleador, como suele suceder, los trabajadores se ven enfrentados a una disyuntiva penosa: la huelga o la frustración total de sus expectativas. Y si su propia flaqueza les impide recurrir a la vía directa, el patrono terminará imponiendo las reglas de juego” (citado por Blancas, 2011: 451). En términos parecidos se pronuncia Morales Corrales (2000:134).

(8) Para Ugaz Olivares (2012, 277), si bien el arbitraje –a partir de su función primigenia de componedora de un conflicto– podría verse como un límite del derecho de huelga y, en esa medida, su uso debería ser restringido, merece la pena rescatar del mismo una función “más decisiva y valiosa”, complementaria y fortalecedora de la negociación colectiva. Señala el citado autor que, en “un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación”.

el fracaso de la negociación directa, “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”. Este dispositivo legal se complementa con el primer párrafo del artículo 46 del Reglamento, el mismo que establece que, al término de la negociación directa o de la conciliación, de ser el caso, “cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga”. Esta última precisión resulta lógica, pues no sería admisible que la opción del empleador por el arbitraje termine vinculando a los trabajadores cuando estos decidan ir a la huelga, ya que ello equivaldría a vaciar de contenido el indicado derecho constitucional. Finalmente, no puede dejar de mencionarse lo señalado por el artículo 63 de la LRCT, según el cual en el caso que los trabajadores hubiesen optado por ejercer el derecho de huelga, para someter el diferendo a arbitraje se requerirá la aceptación del empleador, la que podrá ser expresa o tácita. No cabe duda que en este último caso nos encontramos ante un arbitraje voluntario, pero es precisamente lo establecido en este precepto, contrastado con el artículo 61 antes citado, lo que permite afirmar que, como regla, la LRCT y su reglamento consagran un arbitraje potestativo, pues en caso contrario carecería de sentido establecer la misma figura jurídica (arbitraje voluntario) en dos artículos, a pesar de que actúen en dos momentos diferentes, o más propiamente, “esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 (...) no requiere de dicha aceptación”<sup>(9)</sup>.

Esta es la postura, a mi parecer, que indubitablemente ha sido asumida por el Tribunal Constitucional a partir de un análisis de los medios alternativos de solución de conflictos colectivos de trabajo como preferentes al ejercicio del derecho de huelga, cuando esta fuese la opción de los trabajadores, resultando vinculante dicha decisión para la parte empresarial. Ya en la sentencia del 12 de agosto de 2005, recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, el Alto Tribunal había establecido como justificación del mandato dirigido al Estado ex artículo 28.2 de la Constitución, de un lado, la consolidación de la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica, lo cual no es posible asegurar si el desacuerdo de las partes se prolonga indefinidamente en el tiempo; y del otro, la necesidad de otorgar a ambas partes, por la vía pacífica, una adecuada satisfacción a sus pretensiones en conflicto<sup>(10)</sup>.

(9) Resolución del TC del 10 de junio de 2010, aclaratoria de la STC del 17 de agosto de 2009, recaídas en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC.

(10) Cfr. STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC (f.j. 35).

Posteriormente, en la resolución del Tribunal Constitucional aclaratoria de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC, se señala que el reconocimiento del derecho de huelga en el artículo 28 de la Constitución “en modo alguno implica el deber de promoverla”; por el contrario, recuerda el Tribunal Constitucional, el mandato constitucional es por la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Por tanto, “si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”. Salvo, como ya se ha señalado, cuando los trabajadores opten por ejercitar su derecho de huelga. Finaliza el Tribunal señalando que una interpretación contraria a la expuesta “llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental”<sup>(11)</sup>.

En conclusión, el fundamento normativo del arbitraje potestativo como medio alternativo de solución de conflictos colectivos de trabajo lo encontramos en el artículo 28.2 de la Constitución. En ese sentido, las interpretaciones que entienden que tanto la LRCT como su reglamento recogen el arbitraje unilateral o potestativo tienen pleno fundamento constitucional, o para decirlo en otros términos, ni el Reglamento es ilegal, ni este ni la LRCT resultan inconstitucionales por establecer un arbitraje de dicha naturaleza.

---

(11) En la misma línea se pronuncia la reciente STC del 16 de julio de 2013, recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC. Según Blancas Bustamante (2014, 44), el Estado reconoce, regula el derecho de huelga, pero no lo promueve. Por el contrario, por mandato constitucional, sí promueve formas de solución de los conflictos laborales, “precisamente para evitar que los conflictos laborales se agudicen y radicalicen como sucede cuando se declara la huelga”.

Por el contrario, lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo –por acción del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR<sup>(12)</sup>– se circunscriba únicamente a los supuestos de determinación del nivel de negociación o a las negociaciones realizadas en contravención al principio de buena fe, porque a la luz de lo expresado en el presente trabajo resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional.

## BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La autonomía colectiva y la solución heterónoma del conflicto colectivo: el caso peruano”. En: *El derecho de negociación colectiva*. Liber Amicorum profesor Antonio Ojeda Avilés. Autores Varios, Juan Gorelli Hernández (coordinador). Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos”. En: AA.VV. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. José Luis Monereo (director), Editorial Comares, Granada, 2011.

MORALES CORRALES, Pedro. “Problemas del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Derecho & Sociedad*. N° 30, Lima, 2000.

OIT. *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de Derecho Sindical*. 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2012.

(12) Para Pasco Cosmópolis (2014, 379), estas normas trastocan y tergiversan la jurisprudencia constitucional, “al exigir como requisito para la viabilidad del arbitraje potestativo la mala fe de una de las partes”. Para el citado autor, “el propósito último y poco encubierto de las mismas no fue dar paso al arbitraje facultativo, como parecía la intención, sino en realidad –mediante la orientación o el control de la designación de los tribunales arbitrales– someter los conflictos colectivos a la hegemonía del Ministerio de Trabajo”. Este último cuestionamiento nos parece exagerado y carente de todo sustento jurídico y fáctico, puesto que el Ministerio de Trabajo solo designa al presidente del tribunal arbitral a falta de acuerdo de los árbitros designados por las partes. Este árbitro no se convierte en mandante del Ministerio de Trabajo como consecuencia de la designación administrativa, como tampoco los otros árbitros son mandantes de la parte que los designó. Constituido el tribunal, este autónomo y debe actuar en forma imparcial. No sucedía lo mismo en la década de los setenta y ochenta donde era la propia Autoridad Administrativa de Trabajo la que resolvía en forma directa y definitiva el conflicto.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. 7ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Negociación colectiva y arbitraje en el Perú”. En: AA.VV. *El derecho de negociación colectiva*. Liber Amicorum profesor Antonio Ojeda Avilés. Juan Gorelli Hernández (coordinador). Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

UGAZ OLIVARES, Mauro. “La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo”. En: *V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario, SPDTSS, Lima, 2012.

# TRANSFORMACIONES DEL TRABAJO Y NUEVAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

---

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO<sup>(1)</sup>

---

## INTRODUCCIÓN

---

La propia dinámica de las fuerzas productivas transforma de manera constante la forma de producir los bienes o prestar los servicios, así como las relaciones al interior de las unidades productivas. Así, la empresa que es el espacio común de interrelación entre capital, trabajadores, maquinarias e insumos se ve sometida a constantes mutaciones para mantenerse competitiva frente a sus rivales. Hace unas décadas atrás la gran empresa dominaba el mercado internacional, mientras en la actualidad la empresa flexible resulta la hegemónica. También esas transformaciones tienen un impacto directo sobre las organizaciones sindicales, dificultando su constitución en el nuevo escenario y la propia acción sindical.

Lamentablemente, este proceso de transformaciones suele ser distante para los laboristas, quienes solemos estar más pendiente en nuestras discusiones teóricas sobre nuevas formas jurídicas sin reparar en nuestro análisis sobre los fenómenos sociales que se producen en el mundo del trabajo, cuando justamente son estos quienes influyen sobre aquellos.

---

(1) Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la PUCP (mcanessa@pucp.edu.pe).

El objeto de este artículo es analizar las transformaciones que se vienen produciendo en el mundo del trabajo, especialmente en el plano de las relaciones laborales al interior de las empresas desde una perspectiva socio-jurídica. Se ha dividido el Estudio en cuatro secciones y un apartado de conclusiones. En la primera se aborda la transformación del trabajo en la empresa resaltando los novedosos aspectos que se han materializado en la organización del trabajo. En la segunda se analiza la transformación del trabajo en el ordenamiento laboral enfocando el análisis sobre los profundos cambios que se vienen implementando dentro del Derecho del Trabajo. En la tercera se evalúa el impacto de la transformación de la empresa sobre los trabajadores y sus organizaciones. En la cuarta se estudia la aparente crisis estructural del sindicalismo por su falta de versatilidad ante la transformación del trabajo en el siglo XXI. Finalmente, elaboramos una reflexión a modo de conclusiones.

## I. LA TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO EN LA EMPRESA

---

El modelo capitalista es una forma singular de elaborar mercancías. Consiste en un espacio físico (la fábrica) dirigido por un capitalista (el empresario) prescribiendo una serie de instrucciones sobre un conjunto de personas sometidas a su dirección (los trabajadores), quienes perciben una contraprestación económica (el salario) y, apoyándose en el manejo de herramientas e instrumentos (la maquinaria) durante un lapso continuo de tiempo (la jornada) concluyen con la elaboración de mercancías que se colocan en el mercado para venderlas y con ello obtener una utilidad o ganancia a favor del capitalista. Esta combinación resalta el proceso singular de articulación de elementos que se materializa al interior de la empresa. Esta modalidad de producción de mercancías se vuelve la predominante en los últimos lustros del siglo XIX.

Una buena definición de la organización del trabajo al interior de esta forma de producir bienes la encontramos en la socióloga argentina Novick:

“Por organización del trabajo puede definirse el conjunto de aspectos técnicos y sociales que intervienen en la producción de determinado objeto. Se refiere a la división del trabajo entre las personas, así como entre las personas y las máquinas. Intervienen el medio ambiente y la totalidad de las dimensiones presentes en cualquier prestación laboral. La organización del trabajo es el

resultado del conjunto de reglas y normas que determinan cómo se ejecuta la producción en la empresa. Desde esta perspectiva es una construcción social, histórica, modificable y cambiante” (2000, p. 126).

Luego de la consolidación del modelo de producción capitalista en pleno siglo XIX, la organización del trabajo dentro de la fábrica se convierte en el tema prioritario para los ingenieros, especialmente en Estados Unidos y Gran Bretaña, en la búsqueda de elevar la producción. La respuesta fue formulada por el ingeniero mecánico y economista norteamericano Frederick Taylor (1856-1915), quien introduce una organización científica en el trabajo donde se busca eliminar los tiempos muertos de las labores de los obreros por medio de la división sistemática de las tareas en la producción, de tal modo que el ritmo de trabajo estuviese cronometrado. Así, cada trabajador cumple una labor simple y específica en la producción, independientemente de las de los demás trabajadores, aunque en conjunto dan forma a la producción. Se trata de dividir claramente el diseño de la producción –bajo responsabilidad de los ingenieros– y la ejecución de ese proceso –bajo responsabilidad de los obreros–, quedando el control y la vigilancia de la labor de los obreros bajo responsabilidad de otro grupo de trabajadores –los empleados–. El taylorismo aporta una división de tareas debidamente jerarquizadas en el proceso de producción y controladas por el tiempo de trabajo –el cronometraje de las tareas–. De esta manera se separa la concepción y la ejecución del trabajo.

El éxito del modelo taylorista se esparce por las fábricas de Occidente. El desorden e indisciplina de los obreros da paso a una organización científica del trabajo, donde los obreros pierden su autonomía y se homogenizan en una clase obrera (Castel, 1997, p. 334). El diseño industrial del taylorismo se traslada también a las otras actividades económicas, que desde el punto de vista del sociólogo francés Castel terminan materializándose en una dimensión nueva del trabajo:

“De modo que, más bien que de ‘taylorismo’, sería preferible hablar del establecimiento progresivo de una dimensión nueva de la relación salarial, caracterizada por la radicalización máxima del proceso de trabajo, el encadenamiento sincronizado de las tareas, una separación estricta entre el tiempo de trabajo y el tiempo de no-trabajo; el conjunto permitía el desarrollo de la producción en masa. En tal sentido, es exacto que este modo de organización del trabajo, regido por la búsqueda de la producti-

vidad máxima a partir del control riguroso de las operaciones, fue una componente esencial en la constitución de la relación salarial moderna” (1997, pp. 335-336).

El impacto del taylorismo en la organización del trabajo genera las condiciones para la aparición del otro pilar del modelo: el fordismo. El empresario norteamericano Henry Ford (1863-1947) introduce las cadenas de montaje en su fábrica de automóviles, de modo que en una “línea de producción” se procesan simultáneamente las diversas partes de su modelo T. Se abandona el criterio de que un vehículo solo se produce luego de concluir el anterior; cada parte del proceso de su construcción se da de forma concurrente y continua. Así, en un menor lapso de tiempo de trabajo y usando al máximo los recursos materiales y humanos se producen con costos más bajos una mayor cantidad de vehículos. Se trata de la producción en masa de vehículos con costos bajos que permiten por sus precios el acceso a un mayor público comprador. Con estos favorables resultados económicos, Ford eleva los salarios de sus trabajadores que no son solo los productores de sus carros, sino también los compradores de ellos. De esa forma se amplía el mercado de consumidores. El fordismo representa la producción en masa para una sociedad de consumidores con ingresos que están en constante crecimiento.

La conjugación de una organización del trabajo asentado en una división de tareas específicas, debidamente cronometradas por el tiempo de trabajo, donde la autonomía del trabajo desaparece y se sujeta al ritmo de la máquina. Corresponde el diseño de la producción a los ingenieros, con una producción que se masifica gozando de altos niveles de productividad, y la conformación de un amplio mercado de consumidores siempre ávidos por la adquisición de mercancías accesibles a su capacidad de compra, que se eleva de manera constante y permanente, dan forma al modelo de producción predominante en el siglo XX: el modelo *taylorista-fordista*.

El modelo se asienta en los Estados Unidos entre las dos grandes guerras y después de la Segunda Guerra Mundial se expande a los demás países capitalistas impulsado por la propuesta keynesiana.

También el modelo genera un perfil del trabajador de este periodo.

“La idea fundamental de una producción masiva llevaba asociada, indisolublemente, la idea también de un trabajador codificado y normalizado por la cadena de montaje; de un trabajador ligado al principio mecánico que se mostraba socialmente como un agente relativamente nuevo; el *blue collar*, el trabajador del

cuello azul. Ese trabajador de cuello azul, que se consagraba en este momento de madurez *fordista* de la sociedad industrial, suponía la separación del mundo del trabajo del universo de la pobreza tradicional y del miserabilismo extremo en que se había desenvuelto la vida obrera del siglo XIX y de principios del siglo XX. Ese trabajador, que empezaba a tener capacidad de consumo estable y duradero en los países más avanzados del occidente industrial, a partir de los años cuarenta, es un elemento fundamental para pensar esta sociedad del trabajo a la que nos estamos refiriendo. Trabajadores *estabilizados en sus ciclos biográficos* (estabilidad en el empleo, muy poca rotación laboral, mantenimiento del puesto en la misma empresa durante prácticamente todo el periodo laboral útil, o circulación por puestos de similares características, etc.), que tienden a construir una norma de consumo y un modo de vida salarial muy estable, y que empiezan a desarrollar firmemente ciertos comportamientos económicos de clase media, como es la adquisición de un *paquete estandarizado* de bienes y, especialmente, de bienes duraderos que los compromete en una serie de obligaciones financieras y monetarias que estabilizan definitivamente los estilos de vida obreros sobre la generalización de la sociedad de consumo” (Alonso y Pérez Ortiz 1996, pp. 13-14).

En América Latina, el modelo *taylorista-fordista* se importa y se aplica de una manera diferenciada respecto a los países occidentales, además de las propias diferencias entre los países de la región<sup>(2)</sup>. Lo que tiene en común con América Latina es que se materializa bajo el esquema de la industrialización por sustitución de importaciones –el modelo económico hegemónico de la región desde los cincuenta impulsado por el pensamiento cepalista–, aunque sin alcanzar la producción ni el consumo en masa del fordismo.

Según Novick para Latinoamérica se constituyó un *modelo idiosincrásico* que se caracteriza por fábricas más pequeñas dentro de economías estáticas y dinámicas de escala y especialización con un mayor grado de integración vertical. El clientelismo empresarial con el Estado los

---

(2) Un resumen de la aplicación del modelo en nuestros países se encuentra en NOVICK, Marta. “Las transformaciones en el mundo del trabajo”. En: DE LA GARZA TOLEDO, Enrique (coordinador). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 127-130.

protege de la competencia externa y permite una concentración económica y el disfrute de mecanismos de subsidio y transferencias desde el Estado al Sector Privado.

“En este marco el modelo de organización del trabajo también presentó características idiosincrásicas, cuyo rasgo más común es el de los mecanismos de control y disciplina sobre los trabajadores, a diferencia de los modelos norteamericanos y europeos, donde la división del trabajo, la pérdida de autonomía del trabajador, el contenido del trabajo, las condiciones de trabajo, estaban concebidas centralmente para disminuir tiempos muertos y aumentar la productividad y la rentabilidad” (Novick 2000, p. 128)

La crisis económica hace su aparición en el segundo lustro de los setenta, y se materializan con mayor fuerza durante los años ochenta. El inicio de la crisis económica se produce con el incremento de los costos de producción a raíz de las fuertes subidas del precio del petróleo. Esto vino acompañado de déficits públicos ante la caída de los ingresos fiscales, socavando el mantenimiento del Estado social de bienestar. Estos elementos combinados hacen de la inflación el problema más grave de la economía en los países desarrollados. Simultáneamente los países pobres fuertemente endeudados por los préstamos de los años anteriores, sufren los embates de los pagos, y con ello comprometen sus escasos recursos económicos ya desequilibrados por la caída de los precios de sus productos de exportación. La economía mundial se resiente y culmina el proceso económico de crecimiento permanente que provenía desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Se ingresa a un periodo de estancamiento.

También los efectos de la crisis económica se presentan sobre las empresas con fuertes caídas de su rentabilidad, provocando la quiebra de muchas de ellas. A su vez, se produce un incremento notable de despidos y los salarios pierden su capacidad adquisitiva por la inflación que se sufre. Ante esta situación se plantea, desde un revitalizado neoliberalismo, el abandono al objetivo del pleno empleo, siendo sustituido por la lucha contra la inflación.

Una de las formas para responder a la crisis económica consiste en reformular la organización del trabajo, de modo que se superase las dificultades del estancamiento existente<sup>(3)</sup>. Se abre un proceso donde la empresa

---

(3) Una de las primeras investigaciones que muestran los profundos cambios que se venían produciendo en la organización del trabajo la encontramos en: PIORE, Michael J. y SABEL, Charles

empieza a subdividir las fases de producción, independizándose entre ellas, lo que permite que puedan ejecutarse sin poner en peligro la producción en general. Asimismo, desaparecen de las empresas las largas líneas de producción que concluyen con bienes estandarizados y son sustituidos por pequeños equipos de trabajadores que producen una específica parte del proceso bajo la coordinación de una dirección central. Así, los bienes pueden ser rediseñados y modificados sin detener la producción en las demás secciones, y la producción de bienes particularizados que se colocan en el mercado cobran importancia. El paradigma de este modelo de producción es la empresa flexible.

La consolidación del modelo se logra cuando se independizan las fases de producción ya no solo al interior de una misma empresa, sino que también se pueden realizar externamente a ella. Al subdividirse las fases productivas, las empresas no requieren mantener el mismo número de trabajadores reduciendo su plantilla al número esencial que asegure la dirección productiva desde la central. Ya sea con el traslado externo de la fase productiva a terceras empresas o por la subdivisión en nuevas pequeñas compañías que giran alrededor de la empresa matriz, se dan forma a los dos modelos empresariales hegemónicos en la globalización de la economía: la empresa-red y el grupo de empresas.

La empresa-red es un término introducido por el sociólogo Castells, refiriéndose a aquellas empresas que aprovechando la economía informacional son capaces de crear conocimiento y procesar dicha información con eficacia, adaptándose con facilidad a las propias mutaciones de la economía, de modo que desde su flexibilidad pueden modificar sus medios con la oportuna rapidez como cambian los fines. Se trata de colocar la innovación como el elemento clave para ser competitivo (2002, p. 226).

En general, se reconoce que las empresas-red se han constituido predominantemente sobre la base de dos tipos de organizaciones empresariales en el marco de la descentralización productiva.

El primero consiste en que la empresa distribuye las fases de su producción de bienes hacia otras empresas (externalización) sin perder el control sobre el proceso productivo (Urrea 1999, pp. 56-57). El abanico de posibilidades de la externalización (*outsourcing*) de la producción es bastante amplio: se tiene desde una empresa que directamente implementa solo las

---

F. *La segunda ruptura industrial*. Alianza Editorial, Madrid, 1990.

labores más esenciales (el núcleo del negocio) y contrata a terceras empresas para que implementen el resto del proceso productivo, como suele ocurrir con algunas empresas multinacionales que gozan de prestigio internacional por su marca (o logo) hasta una empresa que contrata a otra para una fase específica del proceso productivo, como ocurre con las empresas automotrices con la adquisición de los neumáticos u otros accesorios complementarios para sus vehículos.

El segundo consiste en que una empresa contrata a terceras personas –naturales o jurídicas– para que le proporcionen personal que cumpla labores al interior de su centro de trabajo, con independencia de si dichas labores son la actividad principal o auxiliar de dicha empresa. A diferencia del tipo anterior, aquí no hay una externalización de la producción sino, más bien, la incorporación de personal a las labores de la empresa –siempre sometidos a su dirección, aunque bajo un régimen distinto al de sus propios trabajadores–.

El tipo de obligación que adquiere el tercero respecto a la empresa principal podría ser el elemento clave para ubicar qué clase de descentralización productiva se implementa. Si la obligación del tercero fuera una obligación de hacer, prestar un servicio o elaborar un bien, nos encontraríamos ante una externalización de la producción. En cambio, si la obligación del tercero es una obligación de dar, suministrar o ceder trabajadores, nos encontraríamos ante una incorporación de personal a las labores productivas.

El grupo de empresas consiste en la articulación de varias empresas, de modo que las actividades al interior del grupo se den coordinadamente y obedezcan a una planificación común de recursos y una política empresarial conjunta. Se debe descollar la falta de coincidencia entre la realidad económica del grupo sometido a una acción conjunta y la realidad jurídica donde cada empresa goza de una personalidad jurídica propia. Se suele clasificar a los grupos de empresas en dos categorías: por un lado, el grupo de empresas articulado bajo la dirección jerárquica proveniente de una de las empresas; y, por otro lado, donde las empresas tienen completa independencia y no existe en ellas ningún tipo de relación de dominación, sino de coordinación (Martín Velarde y otros 2008, p. 113).

Algunos de los grupos de empresas se han conformado artificialmente sobre la base de una gran empresa que externaliza las fases productivas, por lo que constituye paralelamente empresas en cada una de ellas

y traslada simultáneamente a sus trabajadores a dichas empresas por medio de despidos y de nuevas contrataciones. De este modo, las nuevas empresas se comportan como satélites de la empresa principal y cumplen sus actividades en función de los requerimientos de ella. Los trabajadores tienen una nueva relación laboral con las nuevas empresas y ya no con la empresa principal, lo que en muchos casos significa el abaratamiento de los costos laborales dada las nuevas condiciones peyorativas establecidas en los nuevos contratos. Un buen ejemplo se produjo con las grandes empresas de telefonía que externalizaron sus actividades –instalación, mantenimiento, telefonía celular, etcétera– a través de nuevas pequeñas empresas que continuaron bajo su control.

En términos comparativos de los dos modelos empresariales se puede resaltar que la empresa-red se constituye en un marco contractual, donde la empresa principal tiene una serie de contratos civiles o mercantiles con otras empresas para que le provean servicios o cumplan determinadas tareas de su actividad productiva, de modo que la cadena productiva se estructura en relaciones interempresariales. En cambio, el grupo de empresas se constituye en un marco societario, donde la empresa matriz ejerce algún nivel de control sobre las demás empresas del grupo en razón a la propiedad del capital o una coordinación organizada entre ellas, de modo que el grupo se estructura en relaciones intraempresariales<sup>(4)</sup>.

Sin embargo, estas diferencias se relativizan si adoptamos una visión sistémica del proceso productivo, donde la empresa principal o matriz lidera la planificación de la actividad económica señalando a los demás componentes las labores por cumplir. De ese modo, el sistema resulta armonioso para la finalidad establecida.

En esa línea de argumentación, Gianibelli resalta la aparente oposición entre ambos modelos de empresas pero en realidad buscan la misma finalidad:

“Esta breve aproximación permite distinguir ambos fenómenos –concentración económica y descentralización productiva– en los cuales el elemento diferenciador está dado por la estructura de relacionamiento entre las unidades de empresa. En el primer supuesto, la concentración acentúa la idea de pertenencia por

---

(4) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. En: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 15 y ss.

cuanto los capitales están residenciados en un único centro y el fin común valoriza y acumula los resultados de cada esfera en función del conjunto. En el segundo, las empresas menores no solo están diferenciadas en términos de personalidad jurídica independiente, como también ocurre en el grupo, tampoco existe ligamen accionario o de otro tipo de vinculación entre capitales con la empresa mayor. (...) en ambos casos las relaciones son caracterizadas por el control que unas unidades ejercen sobre las otras, en el supuesto de grupo, como medio de valorización del mismo, en la descentralización, como fórmula de flexibilización, adaptabilidad y fundamentalmente, reducción de costes” (2007, pp. 813-814).

En todo caso, la opción por el modelo de empresa estaría definida por la estabilidad de la demanda del bien o servicio por prestar:

La globalización de los mercados ha aumentado en forma muy importante las condiciones que las empresas deben cumplir para alcanzar competir en el mercado. El tamaño crítico que la empresa necesita alcanzar para poder competir ha favorecido la concentración de capitales y la aparición de grandes grupos con capacidad de dominio del mercado global o regional. Las empresas se organizan para aumentar su volumen de acción en los conocidos grupos de empresas o conjuntos económicos. También las empresas funcionan en red como respuesta a estos mismos desafíos del mercado. Las redes de empresas tienen la ventaja de que se adaptan rápidamente a la demanda: cuando hay una demanda fuerte se organiza la red, cuando no, se disuelve. A diferencia del conjunto económico o grupo de empresas, la red no tiene estabilidad, solo se conforma la red cuando es necesaria para satisfacer la demanda del bien o servicio. La pequeña y mediana empresa tiene un rol importante en este nuevo esquema de organización en forma de red y por ello experimenta un auge en el nuevo contexto económico. Su tamaño le permite adaptarse con más facilidad a las exigencias de flexibilidad y cambio al tono de la demanda: las nuevas tecnologías ayudan a la eficacia de este nuevo funcionamiento empresarial. Se genera así muchas veces un “mercado de servicios empresariales” que opera dentro de un mercado de bienes y/o servicios para el gran público. Un mercado de proveedores de empresas y otro de consumidores finales (Fernández Bringoni 2007, pp. 300-301).

Estos cambios en la empresa suponen una profunda transformación del paradigma *taylorista-fordista* que gobernó la organización del trabajo por casi un siglo. Adaptarse a los cambios en el mercado resulta difícil si la

producción continúa siendo estandarizada. Si en el pasado la producción en masa resultaba exitosa, en la actualidad el mercado demanda mercancías más singulares o particularizadas.

La empresa japonesa Toyota se convierte en el nuevo paradigma. Su éxito competitivo en el mercado mundial dentro de la industria automotriz frente a las grandes compañías norteamericanas muestra que se puede producir en menos tiempo, una mayor cantidad de modelos de autos, con menores costos y en un espacio más reducido que las clásicas largas cadenas implementadas por el fordismo<sup>(5)</sup>.

Los sociólogos popularizan la forma de producir de la empresa japonesa. El *toyotismo* es la incorporación del trabajador al proceso productivo en términos participativo, valorando su involucramiento en tanto significa un aporte a la mejora de la producción. Se produce un cambio en las relaciones sociales en el proceso de producción, desaparece el trabajador encadenado a una tarea simple y repetitiva dando a paso a un trabajador con múltiples labores: el trabajador polivalente. Como resalta el sociólogo mexicano De la Garza: el punto central del toyotismo es la nueva cultura laboral (2006, p. 22).

En el Cuadro 1 se comparan los modelos productivos *taylorista-fordista* y *toyotismo* de modo que se pueda apreciar las profundas modificaciones sufridas en la organización del trabajo.

CUADRO 1: LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO	
Modelo taylorista-fordista	Toyotismo
<ul style="list-style-type: none"> <li>- La separación tajante entre la concepción de las labores (ingenieros) y su propia ejecución (obreros).</li> <li>- La reglamentación más estricta posible de las tareas, del método del trabajo, del uso de las herramientas y de la intervención del obrero en el proceso productivo.</li> <li>- La medición del trabajo en operaciones simples, estandarizadas, que permitan realizar el trabajo con mayor intensidad.</li> <li>- La cadena productiva fija el ritmo de trabajo y facilita la estandarización, permitiendo la producción en masa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La polivalencia en las funciones de cada puesto de trabajo y la movilidad interna entre puestos y categorías.</li> <li>- La participación activa del trabajador porque no es posible reducir las labores a operaciones simples y medidas estandarizadas. La destreza y conocimientos del trabajador es un aporte al proceso productivo.</li> <li>- La delegación de la capacidad de decidir en los trabajadores, así ellos mismos pueden supervisarse, controlando una parte de las tareas de mantenimiento y de control de calidad.</li> <li>- Se requiere el involucramiento consciente y convencido del trabajador: no es la obediencia a las reglas por la coacción, sino el convencimiento acerca de los fines de la empresa.</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"><li>- La cultura instrumental y de obediencia de las reglas.</li><li>- Una comunicación vertical que transmite órdenes.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- La visión social de la producción en tanto se sostiene en la cooperación de los trabajadores que conforman el equipo.</li><li>- La cultura de la cooperación, solidaridad, entrega y satisfacción con la obra realizada.</li><li>- Una comunicación horizontal donde las comunicaciones circulen en todas direcciones.</li></ul>
---	--

Fuente: De la Garza (2006, pp. 30-34). Elaboración propia.

Si en el modelo *taylorista-fordista* el trabajador se convirtió en una extensión viva de la máquina, con el *toyotismo* el trabajador gobierna la máquina. En apariencia, las empresas que adoptan el nuevo modelo le otorgan al trabajador mejores condiciones para prestar sus labores.

Sin embargo, el nuevo modelo se materializa en un contexto que el neoliberalismo económico hegemoniza la doctrina económica. Conforme a este punto de vista, las regulaciones establecen rigideces en el mercado y son las causantes de la crisis económica, su eliminación se convierte en un objetivo primordial. Una de las rigideces más señalada es la regulación laboral, así la flexibilización laboral se convierte en la “receta” para desregular el mercado de trabajo.

## II. LA TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

---

La flexibilización laboral es la respuesta desde el neoliberalismo a los problemas que aquejan al mercado de trabajo. Se señala a la regulación laboral –los derechos laborales– como la causa principal que impiden el libre desenvolvimiento del mercado. Así como la empresa requiere ser flexible para adaptarse a los cambios, la normativa laboral no puede ser un impedimento a dicha transformación.

El sociólogo Boyer vincula la definición de la flexibilidad en referencia a los objetivos que se traza. Este autor francés identifica cinco definiciones posibles: a) la mayor o menor adaptabilidad de la organización productiva; b) la aptitud de los trabajadores para cambiar de puesto de trabajo dentro de una organización; c) la debilidad de las restricciones jurídicas que

regulan el contrato laboral; d) la sensibilidad de los salarios (nominales y/o reales) a la situación económica y al mercado de trabajo; y, e) la posibilidad de las empresas de sustraerse a una parte de las deducciones sociales y fiscales (1986, pp. 278-282).

La primera de estas definiciones se refiere a la llamada *empresa flexible*, esto es, a la capacidad que tiene la unidad productiva en adecuarse a los cambios que se producen en el mercado a través de su propia organización productiva. La segunda alude al *trabajador polivalente*, es decir, a la posibilidad de que los trabajadores ocupen diversos puestos de trabajo dentro de la unidad productiva por su capacitación y competencia en las labores. La tercera definición nos remite a la *reforma laboral*, que consiste en la desregulación normativa de los derechos laborales para facilitar la contratación y despido de trabajadores. La cuarta corresponde a los *salarios en función de la productividad*. Esta trata de ubicar dentro de una competencia salarial, el punto de equilibrio de las remuneraciones de los trabajadores conforme al mercado de trabajo, esto es, un salario según rendimiento. La quinta y última de las definiciones propuestas por Boyer, se refiere a la *reforma fiscal* y se basa en una serie de medidas estatales que permiten exonerar del pago de tributos (tasas, impuestos y contribuciones) a las unidades productivas y de esta manera reducir el costo productivo. Todas estas definiciones tienen por finalidad recuperar la productividad global. En los conceptos vertidos, la adaptabilidad a los cambios aparece como el denominador común de la flexibilización.

A partir de los ochenta se produce un conjunto de reformas laborales en distintos países, variando en su profundidad pero teniendo como horizonte la desregulación<sup>(6)</sup>. En el campo de las relaciones laborales se implementa especialmente dos tipos de flexibilizaciones. Por un lado, la flexibilización salarial que consiste en la eliminación de regulaciones normativas que impiden el libre manejo de las remuneraciones por parte del empleador tales como los salarios mínimos, la indexación salarial, los seguros de desempleo, los costos laborales indirectos (seguridad social, impuestos, etc.). Por otro lado, la flexibilización numérica se concentra en la libertad en el uso de la cantidad de la fuerza de trabajo necesaria para realizar las actividades económicas requeridas por la unidad productiva. Plasmándose en facilitar

---

(6) Cfr. MARTÍN ARTILES, Antonio. *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*. Consejo Económico y Social, Madrid, 1995.

la libertad del empleador en contratar los servicios externos de subcontratistas para realizar actividades necesarias o complementarias para el ciclo productivo de su empresa, así como en disminuir los costos del despido de trabajadores –sea la eliminación de la estabilidad laboral absoluta o el descenso en los montos de indemnización por el despido–.

Lo que no fue previsto con la flexibilización laboral es que terminó por socavar la estructura del Derecho del Trabajo clásico. La regulación laboral se centraba especialmente sobre el trabajador que labora en una empresa a tiempo indeterminado, afiliado a una organización sindical y que define sus salarios y condiciones laborales por medio de la negociación colectiva. Sin embargo, con la reforma laboral se produce un incremento notable de nuevos trabajadores con regímenes laborales distintos al general, inclusive muchos de esos trabajadores se encuentran sujetos a contratos civiles o mercantiles. En realidad, asistimos a la conformación de una multiplicidad de relaciones de trabajo al interior de la empresa al amparo de las modificaciones normativas. Se cuestiona la idea de un régimen único laboral dándose paso a una multiplicidad de regímenes.

“La situación económica y social actual no puede, pues, reducirse a la emergencia de un modelo único de relación de trabajo, sino que se caracteriza por una pluralidad de mundos de producción. Así, por ejemplo, el recurso al trabajo independiente, a la subcontratación o a la externalización de la mano de obra puede responder a simples estrategias de huida de Derecho del trabajo, y a la búsqueda de la reducción de costes, en sectores de actividad tradicional y de escaso valor añadido. Pero también puede corresponder a estrategias de innovación en sectores de elevado nivel de cualificación” (Supiot 1999, p. 37).

Para comprender el profundo significado de estas transformaciones tengamos presente que la racionalidad material –axiológica o de valores– gobierna el Derecho; son los valores como la libertad, la igualdad, la justicia, etc., los pilares que le otorgan sentido y finalidad a la conformación del ordenamiento jurídico. De este modo, las normas responden en asegurar el ejercicio y la protección de estos valores sociales exigidos por la comunidad<sup>(7)</sup>. En el caso específico del Derecho del Trabajo la protección

---

(7) Cfr. WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. 1ª reimpresión argentina, Fondo de Cultura Económica, traducciones de José Medina Echevarría, Juan Roura

de la libertad en el mundo del trabajo es una de sus fundamentaciones. La propia relación laboral supone la restricción del ejercicio de la libertad del trabajador durante la jornada laboral para someterse a la dirección del empleador, así los derechos laborales se constituyen en la respuesta jurídica de defensa a esa libertad mermada por los condicionantes como se prestan las labores de los trabajadores. Hay una clara finalidad de asegurar el respeto de la dignidad humana (Canessa 2012, p. 310). En cambio, la racionalidad formal –o instrumental– que gobierna la Economía, consiste en el cálculo comparativo de los costos y los beneficios como determinante para la acción. Así, las personas toman decisiones en función de obtener los mayores beneficios posibles reduciendo al máximo los costos. Bajo esta racionalidad instrumental, los derechos laborales son considerados costos reducibles en tanto elevan los gastos en la producción sin que estén directamente justificados a una mejora de la producción. El único derecho laboral justificable es el salario –definido por la oferta y la demanda del mercado de trabajo– en tanto contraprestación por la compra de la fuerza de trabajo. Los demás derechos laborales deben ser reducidos o eliminados por suponer un “sobrecosto” a la producción.

En realidad, la flexibilización laboral introduce la racionalidad económica al Derecho del Trabajo en competencia con la racionalidad axiológica, esto explica por qué se cuestiona desde el propio ámbito jurídico el carácter protector de los derechos laborales. En palabras del profesor Monereo, asistimos a la conformación de un “Derecho Flexible del Trabajo”:

“El principio racionalizador de la nueva constitución del trabajo es el principio de eficiencia económica, que tiende a prevalecer sobre el principio de protección social. La racionalidad del Derecho en esta coyuntura es una racionalidad jurídica que desde su propia lógica interna (reflejo de una previa opción política del Derecho) asume deliberadamente la racionalidad económica y tecnológica instrumental, y que, asimismo, presenta el riesgo de descuidar la razón social. Es esta un tipo específico de racionalidad jurídico-material, que invade tanto al Derecho estatal como al Derecho convencional en el marco de la

---

Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora, Buenos Aires, 1992, pp. 64-65.

modernización reflexiva. Un modelo de Derecho Flexible del Trabajo que supone actualmente, en primer lugar, un trasvase de riesgos empresariales al trabajo subordinado y una *funcionalización permanente del factor trabajo a las exigencias de funcionamiento de la empresa flexible; necesidades 'naturalizadas' y 'objetivadas' como independientes de la voluntad de los hombres*. En segundo lugar, este modelo ha reforzado la subordinación y disciplina de los trabajadores bajo un poder empresarial que persigue ampliar el margen de discrecionalidad decisoria. En tercer lugar, un modelo de regulación que ha desequilibrado, y tenderá a hacerlo aún más si no cambian las orientaciones imperantes, el poder colectivo de los trabajadores en el plano de las relaciones de trabajo y en el poder de influencia respecto a la dirección de la economía general (el poder relativo del trabajo descansa, ante todo, en el control que se ejerce a través de la acción colectiva organizada sobre la oferta de la fuerza de trabajo)” (2007, pp. 12-13).

Así la flexibilización laboral facilita la consolidación de los nuevos modelos de organización del trabajo en tanto la regulación deja de ser un impedimento para su implementación.

Asimismo, el proceso en su conjunto termina por trastocar los conceptos de trabajador y de empresa respectivamente, así como la propia relación jurídica entre ellos (Rivero Lamas 2000, p. 20). Lo realmente novedoso es la forma triangular que adquiere la relación entre el trabajador, su empleador y el beneficiario del trabajo. En el clásico Derecho del Trabajo, el empleador es el beneficiario del trabajo prestado por el trabajador; por ello, la relación laboral se estructura en el marco de una bilateralidad (Alonso Olea y Casas Baamonde 2006, p. 251), pero con la descentralización productiva la bilateralidad se ve trastocada, desorganizando las estructuras básicas del derecho del trabajo.

De este modo, el carácter protector de los derechos laborales organizado sobre la relación bilateral se desdibuja ante la relación triangular predominante en la nueva organización del trabajo. Como se viene señalando desde la doctrina, los ordenamientos laborales carecen de la adaptación apropiada para regular la figura triangular de la descentralización productiva (Menéndez 2009, p. 23). Este trastorno también quedó reflejado en la jurisprudencia laboral. Por ejemplo, la Corte Suprema canadiense señaló que

la relación tripartita de la descentralización productiva no encaja fácilmente en el esquema clásico de las relaciones bilaterales. La característica tradicional de un empleador es compartida por dos entidades separadas, y ambas tienen una cierta relación con el trabajador temporal<sup>(8)</sup>.

Para asegurar la extensión de la debida protección a los trabajadores inmersos en dicha relación triangular, se resalta que el beneficiario de su trabajo también sea responsable de las obligaciones laborales en términos solidarios con el empleador directo.

“De entrada debemos poner el acento en el hecho de que la prestación de trabajo que desarrolla el trabajador beneficia al empresario principal. En los supuestos de descentralización productiva, en los que se manifiesta una relación triangular caracterizada por la pluralidad empresarial, de modo que repercute sobre el empresario principal, ese empresario debe quedar afectado por la responsabilidad frente al trabajador con quien no mantiene una relación laboral, pues se beneficia de la prestación de trabajo, percibe el resultado de la misma, lo adquiere, a veces, incluso de manera directa. Este es el fundamento de la extensión de la responsabilidad en contratas y subcontratas y es perfectamente aplicable a este otro ámbito de descentralización no regulado por nuestro ordenamiento” (Gorelli 2009, pp. 168-169).

La protección de los trabajadores inmersos en alguna modalidad de descentralización productiva se ha centrado especialmente bajo dos mecanismos. Por un lado, configurar con claridad los supuestos en los que resulta legal la contratación de trabajadores bajo alguna de estas modalidades para evitar el fraude laboral. En este caso, las legislaciones suelen apelar como criterio a la noción de actividad principal o propia de la empresa que hace uso de ellas. Por otro lado, extender la responsabilidad civil sobre la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores contratistas.

La legislación laboral suele trazar la frontera de la descentralización productiva en función de prohibir o permitir su implementación dentro de la actividad principal o propia de la empresa usuaria. Aquellos que la prohíben

---

(8) CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *Case of Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* (1997) 1 SCR 1015, 1055.

sustentan su posición en que la actividad principal (el núcleo del negocio) debe continuar bajo la responsabilidad directa de la empresa y que el apoyo de otras empresas debe concentrarse en las demás actividades. En cambio, los que la permiten sostienen que no se puede restringir la forma de organizar la empresa siempre que se asegure el respeto de los derechos de los trabajadores contratistas, de allí que se incluya la responsabilidad civil de la empresa principal. De esto se desprende que los puntos controversiales son la prohibición o la aceptación de que un tercero participe directamente en la actividad principal y establecer las fronteras de la actividad principal que lo diferencia de las otras actividades.

Respecto a su prohibición o aceptación, hay una cierta inclinación legislativa por su aceptación en la subcontratación y su prohibición en la cesión de trabajadores. Así, en el caso español se permite la subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal (art. 42 del Estatuto de los Trabajadores); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores, con excepción de las empresas de trabajo temporal (art. 43 del Estatuto de los Trabajadores). En el caso argentino se permite la subcontratación sobre la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito (art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores y se consideran empleados directos de quien utilice su prestación (art. 29 de la Ley del Contrato de Trabajo).

En cuanto a las fronteras que fijan la actividad principal o propia de la empresa usuaria de la descentralización productiva, Gorelli nos recuerda que se han conformado dos posturas o posiciones interpretativas. Por un lado, la interpretación amplia que considera a todas las operaciones que sean necesarias para el desarrollo de la actividad productiva, lo que conduce a incluir a las actividades complementarias o auxiliares (2009, pp. 158 y 159). Por otro lado, la interpretación más restrictiva que se centra en lo “inherente” de la actividad productiva, lo cual significa que solo aquellas operaciones específicas que tengan relación con el ciclo productivo de la empresa forman parte de él, y se excluyen las actividades complementarias o auxiliares. Como sostiene el profesor español:

“Desde este punto de vista, la ‘propia actividad’ [término utilizado por la legislación española] implicaría distinguir entre aquellas actividades que son necesarias para el fin productivo, pero que no forman parte del núcleo productivo central. Es decir, probablemente el sentido de la propia actividad sea el de

distinguir aquellas actividades que ayudan de manera directa a la consecución de la finalidad productiva y otras actividades, que formando parte del ciclo productivo, sin embargo tienen un carácter puramente complementario o marginal” (2009, pp. 158 y 159).

El interés por la fijación de la frontera reside en que la responsabilidad civil establecida legislativamente para la empresa principal o usuaria está en relación con ella. Si un trabajador contratista labora dentro de la actividad propia o principal de la empresa usuaria, esta está “más obligada” a asegurar el respeto de los derechos laborales aunque la relación de trabajo sea con la empresa contratista. A su vez, esto significa que si el trabajador contratista labora en una actividad complementaria o auxiliar, la responsabilidad será menor para la empresa usuaria.

Esto ha conducido a sostenidas críticas desde la doctrina jurídica, porque justamente los trabajadores más vulnerables se ubican dentro de las actividades complementarias o auxiliares (Valdés Dal-Ré 2002, p. 81). Además, las fórmulas de responsabilidad civil dispuestas en las legislaciones laborales se suelen concentrar sobre los aspectos estrictamente salariales o de las contribuciones a la seguridad social, dejan de lado otras condiciones de trabajo esenciales y originan diferencias entre los trabajadores de las empresas principales y contratistas (Menéndez 2009, p. 141).

Se vienen planteando alternativas a la noción de “propia actividad” o “actividad principal” dada las evidentes debilidades en su formulación. Entre los planteamientos destaca la dependencia funcional. Esta propuesta resalta la integración que se produce entre las empresas durante la descentralización productiva, lo que conduce a ir más allá de las formas contractuales. Se trata de recuperar en toda su dimensión la importancia del beneficio del trabajo que se obtiene, de modo que sea el elemento definidor en asumir los costos económicos y sociales relacionados con la descentralización productiva, es decir, que sea el enfoque relacional y funcional de la actividad productiva lo que predomine (Deakin 2001, p. 72; Fudge 2006 p. 314).

Este enfoque de dependencia funcional reconoce múltiples empleadores para diferentes propósitos, donde la coordinación, la toma de decisiones, la asunción de riesgos, que son las funciones tradicionales del empleador, siguen siendo las bases para adscribir responsabilidades en las obligaciones laborales (Deakin 2001, p. 72; Fudge 2006, p. 314). En realidad, se trata de una lectura socioeconómica de la descentralización productiva que permite traslucir el vínculo entre la dependencia funcional de las empresas y los

beneficios de las labores de los trabajadores<sup>(9)</sup>. Inclusive el profesor Davidov va más allá al sostener que la asignación de responsabilidades entre los empresarios no solo debe ser un enfoque funcional, sino que también debe responder al déficit democrático y de dependencia económica que experimentan los trabajadores (2004, p. 727).

En todas esas propuestas se reconfiguran las relaciones laborales y se apartan de la visión tradicional bilateral que existe y que reconoce que la relación triangular es la dominante. Se abandona una lectura reduccionista formal y se pone el énfasis en la fenomenología de la descentralización productiva. Hay tres actores en esta relación: la empresa principal o usuaria, la empresa contratista y el trabajador contratista. La dependencia funcional que se produce en la relación los vincula y genera un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. De este modo pierde relevancia si el trabajador contratista labora en la actividad principal o complementaria de la empresa usuaria; basta que sea uno de los componentes de esa relación triangular para que sea un sujeto de derechos en el marco de la descentralización productiva.

Esta posición jurídica cobra más importancia si consideramos las consecuencias que se vienen materializando sobre los trabajadores y las organizaciones sindicales por el impacto de la transformación del trabajo en las empresas.

### III. EL IMPACTO DE LA TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO SOBRE LOS TRABAJADORES Y SUS ORGANIZACIONES

---

La mayoría de los estudios se enfocan en la descentralización productiva, en razón a que la empresa-red con la cadena de subcontrataciones y el grupo de empresas con su constelación de empresas auxiliares son las modalidades predominantes en la actualidad. En general se señala que las empresas se han visto favorecidas por la descentralización productiva. Sin embargo, en el caso de los trabajadores y las organizaciones sindicales el balance no es similar.

---

(9) Cfr. ARCE, Elmer, “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o a un molino de viento?” En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, 2008, pp. 26-27.

Bajo la descentralización productiva nos encontramos con un traslado de costos y riesgos hacia las empresas contratistas o auxiliares y sus trabajadores. De este modo, se le permite a la empresa principal reducir los costes de instalación de las actividades derivadas, así como los costos laborales de los trabajadores no requeridos, se evitan los propios riesgos del proceso productivo –materias primas, maquinaria, energía– (Menéndez 2009, p. 35).

Como bien plantea Sanguineti:

“(…) mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos dotados en todos los casos de personalidad jurídica diferenciada, la empresa titular del proceso global de producción se sitúa en condiciones de eludir el presupuesto sobre el que reposa la aplicación de tales garantías. No otro, como es sabido, que la existencia de una relación directa entre ella y el personal encargado de su atención. La precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores y la minoración de sus condiciones laborales no son sino consecuencias derivadas de este hecho, solo en apariencia intrascendente” (2013, p. 229).

La descentralización productiva puede tener un efecto diferenciado sobre los trabajadores que laboran en la cadena productiva. Mientras los trabajadores que laboran en la empresa principal conservan o hasta mejoran sus salarios y sus condiciones laborales en tanto cumplen las tareas más valoradas del proceso productivo; en cambio los trabajadores que laboran en las empresas contratistas o auxiliares suelen gozar de salarios y condiciones laborales precarias. Se produce una estratificación entre los trabajadores en función de su ubicación en la cadena productiva o en el grupo de empresa, cuan más alejado de la empresa principal más precaria es su situación laboral.

Un retrato descarnado de la precarización de los trabajadores de las empresas subcontratistas es descrito por Bronstein en los siguientes términos:

“Cuando la relación jurídica en la que son parte asume la forma de una subcontratación de mano de obra, los trabajadores de la empresa subcontratista casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquellos de la empresa usuaria, que a menudo ejecutan tareas similares o equivalentes. Tampoco gozan de la misma seguridad del empleo, en la medida en que la empresa subcontratista por lo general

está limitada por un contrato de duración determinada con la empresa usuaria; motivo por el cual sus trabajadores no tienen expectativas de empleo más allá de la duración del contrato en cuestión. Otras desventajas se relacionan más directamente con la desagregación del colectivo laboral de todos aquellos que laboran para la empresa usuaria. Si los trabajadores de esta última pueden sindicarse y negociar colectivamente con la misma, no sucede lo mismo con los de la empresa subcontratista, quienes a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con esta última, pero esto solo en la medida en que lo permita la temporalidad y precariedad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la usuaria. En fin, en caso de insolvencia de la empresa subcontratista, los trabajadores de esta difícilmente podrán hacer valer sus derechos contra la usuaria. Cuando estamos en presencia de subcontratación de labores las desventajas para el trabajador puedan ser aún más serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad” (2007, p. 20)

El análisis del impacto de la descentralización productiva sobre los trabajadores no se reduce solo al plano jurídico, sino también se valora en el plano de las relaciones sociales. Ejemplo de ello es el balance pernicioso que muestra la sociología latinoamericana al respecto:

“En primer lugar, el proceso acentúa la tradicional desestructuración del mercado de trabajo latinoamericano al disminuir el empleo regular, concentrando en las grandes empresas y aumentar el empleo sin registro que tiende a multiplicarse en las pequeñas empresas subcontratadas. En segundo lugar, se profundiza la segmentación del mercado de trabajo al multiplicarse las formas posibles de relación laboral, lo que aumenta las diferencias entre grupos sociales, bloquea la movilidad entre categorías y quiebra las fuentes de la identidad colectiva; con la subcontratación tiene lugar una dualización de la fuerza de trabajo entre los *insiders* y los *outsiders*: los primeros son los beneficiarios de la nueva cultura organizacional, mientras que los

segundos siguen siendo las víctimas de la cultura tradicional, jerárquica y autoritaria de la clásica empresa taylorista. En tercer lugar, al acrecentarse el número de trabajadores desprotegidos sindicalmente conjuntamente con una gestión más individualizada para el personal estable, refuerza el poder discrecional de los empresarios y reaparecen situaciones de corte autoritario, paternalista o corporativo; la mera existencia de los subordinados actúa como mecanismo de reforzamiento de la disciplina y del poder en el interior de la empresa, y puede ejercer presión a la baja sobre los salarios y las prestaciones de los mismos trabajadores fijos. En cuarto lugar, las trayectorias laborales adquieren una condición fragmentada y contingente, producto de la informalización del trabajo, con lo que el empleo (...), deja de estar referido a una carrera social, a un proyecto de vida, para quedar reducido a un contrato mercantil. En quinto lugar, se transforma el proceso de compra y venta de productos del trabajo, transfiriéndole al trabajador los costos de su formación profesional y de su reproducción al convertirlo en autónomo e independiente. Y, por último, la ‘empleabilidad del trabajador’ es decir, su capacidad de obtener empleo, va quedando constreñida a dos opciones: o cuenta con capacidad para actualizarse constantemente en vistas a los cambios continuos, o se ve forzado a aceptar las peores condiciones de trabajo” (Iranzo y Leite 2006, pp. 274-275).

Un efecto de la descentralización productiva mencionado es la disminución del número de trabajadores que laboran en la empresa principal por el propio proceso de externalización (*outsourcing*). Esto merma notablemente la concentración de trabajadores afectando directamente a los sindicatos constituidos tanto en su afiliación como en su acción colectiva, profundizándose en los casos en que el traslado de la empresa principal o la propia conformación de la cadena productiva se instala en países donde la violación o la falta de respeto de la libertad sindical es la regla.

Las organizaciones sindicales afectadas por la transformación del trabajo en la empresa se retrata en la caída de su representación durante las últimas décadas, los sindicatos enfrentan el reto de adecuarse a los cambios estructurales de las empresas.

“(...) los sindicatos deberán alterar sus formas de organización tradicional con el fin de adoptar modelos organizativos más

próximos a la nueva configuración de los proyectos empresariales y las formas de ejercicio del poder al interior de los mismos. La clave para ello estaría en crear instancias de representación que sean capaces de ‘atrapar’ la complejidad actual de las formas de organización empresarial e implicar a quien, de forma real y efectiva, ejerce el poder dentro de ellas. Es decir, por lo general, la empresa ‘principal’ o ‘matriz’, que se sitúa en el vértice de las cadenas de subcontratación” (Sanguinetti 2013, pp. 249-250).

#### IV. ¿CRISIS DEL SINDICALISMO?

Una de las críticas que se le formulan a las organizaciones sindicales es su baja representatividad entre los trabajadores, en razón al bajo número de sindicalizados. Esto es aún más notorio en nuestro país. Conforme lo señala el Cuadro 2, la proporción entre los trabajadores sindicalizados frente a los asalariados nacionales no supera el 5.0 %.

CUADRO 2 PERÚ: TASA DE SINDICALIZACIÓN 2006-2009				
Indicadores	2006	2007	2008	2009
PEAO	13'683,000	14'197,200	14'459,200	14'757,700
Población sindicalizada	450,594	492,776	637,512	724,627
% de asalariados sindicalizados	3,3	3,5	4,4	4,9

Fuente: INEI (ENAHO 2009). Elaboración propia.

Sin embargo, este dato estadístico deja de lado una serie de aspectos centrales que distorsionan la representatividad sindical nacional.

##### 1. El erróneo marco conceptual de la representatividad sindical

El criterio que se utiliza para medir la representatividad sindical es comparar el número de trabajadores sindicalizados respecto al número total de asalariados en un país. No obstante, esto deja de lados dos aspectos importantes. En primer lugar, es incorrecto recurrir como universo al número total de asalariados porque no todos ellos pueden sindicalizarse. Las normativas nacionales establecen un mínimo de trabajadores para constituir un sindicato, como posteriormente analizaremos, esto varía sustancialmente en cada uno de los países, siendo una restricción formal a la sindicalización. En segundo lugar, un significativo número de asalariados laboran en

la economía informal, lo que en la práctica significa enfrentar una restricción material a la sindicalización.

Sin duda, existen problemas en el sindicalismo que desincentivan a que los nuevos trabajadores se afilien o constituyan organizaciones sindicales, muestra de ello es el esfuerzo de la autorreforma sindical impulsada desde la Confederación Sindical de las Américas (CSA) para superar esta dificultad, lo cierto es que estas restricciones también señaladas socavan la sindicalización.

Partamos en distinguir tres categorías para medir la representatividad sindical en términos estadísticos. La primera es la población sindicalizada entendiendo a los trabajadores afiliados a una organización sindical. La segunda es la población sindicalizable entendiendo a los trabajadores que pueden afiliarse a una organización sindical conforme a la legislación laboral vigente. La tercera es la población asalariada entendiendo a los trabajadores que laboran para un tercero percibiendo una remuneración por dicha labor. Esta última categoría puede variar en su concepto conforme a la estadística de los países al incorporar otros elementos; por ejemplo, una edad mínima laboral, un número mínimo de horas trabajadas, etc.

En la casi totalidad de las constituciones de la región se establece que el trabajador asalariado goza del derecho de sindicalización –afiliarse a una organización sindical existente o constituir una organización sindical–. No obstante, las legislaciones laborales nacionales señalan que para organizar un sindicato se requiere un número mínimo de trabajadores, por debajo de dicho número no es posible ejercitarlo. De allí que las unidades productivas que tengan una plantilla de trabajadores inferior a dicho número se encuentran impedidos legalmente en constituir un sindicato, a pesar que exista la voluntad del íntegro de sus trabajadores en conformarlo. De este modo, el número mínimo legal de trabajadores para constituir un sindicato señala a la vez la población sindicalizable de un país.

Los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT)<sup>(10)</sup> señalan que establecer un mínimo de trabajadores para constituir un sindicato no es una violación de la libertad sindical, siempre que el número de trabajadores exigidos sea razonable.

---

(10) Cfr. OIT. *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª edición revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, párrafo 287.

Así, solo los trabajadores sindicalizables que ejercitan su derecho de sindicalización conforman la población sindicalizada. Por ello, es erróneo comparar la proporción de los trabajadores sindicalizados versus los asalariados nacionales para conocer la representatividad sindical. En realidad, la correcta comparación se produce entre los trabajadores sindicalizados versus la población sindicalizable.

Sin embargo, las mediciones estadísticas en la región no utilizan este criterio sino continúan realizándolo bajo un parámetro equivocado. Inclusive, en muchos de los países latinoamericanos, no se suele medir la referencia legal del número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato dentro de la distribución de los trabajadores según el tamaño de la empresa, con lo que hace muy difícil identificar con precisión cuál es el número de la población sindicalizable.

A este erróneo criterio debemos agregar un dato de la realidad: el significativo número de asalariados que laboran en la economía informal. Una de las características del empleo informal es que se realiza al margen de la legislación, lo que hace muy difícil que los trabajadores asalariados de la economía informal ejerciten su derecho de sindicalización, a pesar que no están impedidos formalmente si laboran en una empresa informal que supera el número mínimo exigido por la norma. Por ejemplo, en el Perú, los trabajadores de la economía informal representan alrededor del 74 % de la población económicamente activa ocupada, es decir, solo la cuarta parte de los trabajadores peruanos laboran en la economía formal, por lo que en términos materiales un significativo número de trabajadores no pueden sindicalizarse.

CUADRO 3 PERÚ: EVOLUCIÓN DEL EMPLEO FORMAL E INFORMAL 2004-2010 (EN PORCENTAJE)							
Indicador	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Empleo formal	22,8	23,9	24,8	25,7	26,8	26,3	26,0
Empleo informal	77,2	76,1	75,2	74,3	73,2	73,7	74,0
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fuente: INEI. Elaboración propia.

Ya sea porque son asalariados que laboran en empresas con una plantilla inferior al mínimo legal para constituir un sindicato o son asalariados que laboran en la economía informal, lo cierto es que un importante segmento de los asalariados no pueden ser miembros de una organización

sindical, a pesar de que se les reconozca este derecho como uno de los fundamentales por la Constitución. Ambas situaciones entorpecen la representatividad sindical.

## 2. El impedimento legal de la representatividad sindical

Para superar al menos uno de los impedimentos, nos enfocaremos a continuación en el requisito legal que define la población sindicalizable.

Si para constituir un sindicato se requiere cumplir –entre uno de sus requisitos legales– contar con un número mínimo de miembros (población sindicalizable), significa plantear una condición formal para el ejercicio de la libertad sindical. La legislación laboral es la depositaria de esa condicionalidad formal. En general, las legislaciones laborales reconocen cuatro tipos de organizaciones sindicales en función de su estructura:

- a) Los sindicatos de empresa: son las organizaciones sindicales formadas por los trabajadores que prestan sus labores en una misma empresa, aun cuando desempeñan profesiones, oficios o especialidades diferentes.
- b) Los sindicatos de industria o rama de actividad: son las organizaciones sindicales formadas por los trabajadores que prestan sus labores a distintos empleadores de una misma rama industrial o de actividad, aun cuando desempeñan profesiones, oficios o especialidades diferentes.
- c) Los sindicatos de gremio: son las organizaciones sindicales formadas por los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad.
- d) Los sindicatos de oficios varios: son las organizaciones sindicales formadas por los trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que laboran en empresas diversas o de distinta rama de actividad, ubicadas en una determinada localidad.

En el caso peruano la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece en su 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”.

Sin que merezca el cuestionamiento por parte de los órganos de control de la OIT el número exigido para constituir las organizaciones sindicales<sup>(11)</sup>.

La lectura de los pronunciamientos de la Comisión de Expertos sobre esta materia es precisa, en el caso del sindicato de empresa no debe superar los veinticinco (25) trabajadores y en el caso del sindicato de industria no debe superar los cincuenta (50) trabajadores.

Sin embargo, considerar que el criterio planteado por la Comisión de Expertos de la OIT es el razonable, en mi opinión, deja de lado un dato primordial del mundo laboral: la mayoría de las unidades productivas cuentan con una plantilla inferior al criterio expuesto por el órgano de control de la OIT, por lo que impediría que la mayoría de los trabajadores pudieran sindicalizarse a nivel de empresa.

Muestra de mi afirmación es el Cuadro 4 que distribuye el empleo peruano según tamaño de la empresa entre el 2004 y el 2012. Lamentablemente sus indicadores de medición son menos precisos para evaluar la población sindicalizable. Sin embargo, trataremos de bocetar una cifra nacional. La legislación laboral peruana establece que se requieren veinte trabajadores para constituir un sindicato de empresa, siguiendo ese requisito legal no es posible establecer con precisión la población sindicalizable, pero por lo menos el 70 % de los asalariados peruanos no pueden ejercerlo por ubicarse en empresas inferiores a esa cifra.

CUADRO 4 PERÚ: EVOLUCIÓN DE LOS ASALARIADOS OCUPADOS SEGÚN TAMAÑO DE EMPRESA 2004-2012 (EN PORCENTAJE)					
Indicador	2004	2006	2008	2010	2012
1 a 10 trabajadores	78,3	76,4	74,4	73,9	71,5
11 a 50 trabajadores	6,9	7,1	7,9	7,8	8,2
51 o más trabajadores	14,8	16,5	17,7	18,3	20,3
<b>Total</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>

Fuente: INEI (Enaho 2013). Elaboración propia.

Analizando el Cuadro 4, probablemente menos de la cuarta parte de los asalariados forman parte de la población sindicalizable, aunque hay una tendencia de crecimiento en los últimos años.

(11) Originalmente la norma exigía un mínimo de cien (100) trabajadores para constituir un sindicato distinto al de la empresa, recibiendo la condena de los órganos de control de la OIT. Con el retorno a la democracia, se modificó la regulación reduciéndolo a cincuenta (50) trabajadores.

### 3. Criterios adecuados para definir la población sindicalizable

Si resulta preocupante que poco más de la cuarta parte de los asalariados peruanos puede ejercer este derecho fundamental, la inquietud se agudiza si consideramos que los órganos de control de la OIT legitiman las legislaciones nacionales que exigen un número mínimo de trabajadores que no superen los veinticinco (25) trabajadores a nivel de empresa.

Así, el Comité de Libertad Sindical señala que: “El número mínimo de 20 miembros para la constitución de un sindicato no parece constituir una cifra exagerada ni, por consiguiente, un obstáculo de por sí para la formación de sindicatos”<sup>(12)</sup>; y la Comisión de Expertos pronunciándose sobre la legislación ecuatoriana señala que: “Dado que en un gran número de países predominan las pequeñas y medianas empresas, la Comisión estima que el número de miembros exigido para establecer un sindicato en empresas de esta magnitud debería ser inferior a 30 trabajadores”<sup>(13)</sup>. De este modo, los ordenamientos nacionales que establezcan un número inferior a estos parámetros reciben el respaldo de los órganos de control de la OIT, con lo que se excluye legalmente a la mayoría de los trabajadores del derecho de sindicalización a nivel de empresa.

Una posible explicación de la posición de los órganos de control de la OIT provenga de la visión vetusta sobre la organización de la empresa. Conforme al modelo *taylorismo-fordista* predominante hasta los ochenta, la gran empresa privada y estatal se caracterizó por la concentración de un gran número de trabajadores. Así, la gran empresa resultaba el hegemónico entre las unidades productivas de los países desarrollados. En el caso latinoamericano, la gran empresa no fue la predominante, pero su representatividad era muy significativa. En ese escenario era comprensible que la exigencia de veinte trabajadores no resultase un requisito desproporcionado.

Sin embargo, esta situación varió sustancialmente con la descentralización productiva donde las pequeñas unidades productivas se convierten en las predominantes. Por supuesto, esto no le resta importancia a la gran empresa, pero las estadísticas mundiales muestran que la micro y la pequeña

---

(12) OIT. *La libertad sindical*, párrafo 292.

(13) Cfr. OIT. *Dar un rostro a la globalización*. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativo a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 (Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, p. 35.

empresa son las unidades productivas con más empleo<sup>(14)</sup>. También esto se ve respaldado por las estadísticas latinoamericanas donde muestran la masiva concentración de trabajadores en la micro y la pequeña empresa.

En realidad, los órganos de control de la OIT no han actualizado en sus pronunciamientos los profundos cambios de la organización productiva de las empresas: la gran empresa ha sido reemplazada por la pequeña empresa como la hegemónica en el empleo mundial. Mantener el criterio del número mínimo en menos de treinta trabajadores para constituir un sindicato no corresponde al actual escenario productivo.

Si esta cifra exigida legalmente no corresponde a la realidad peruana, existen otros mecanismos vigentes que pueden contribuir a sustituirlo, señalamos algunos.

En primer lugar, promover la sindicalización a nivel de industria o rama de actividad de modo que los trabajadores de la micro y la pequeña empresa puedan afiliarse directamente sin depender de una exigencia legal sujeta al número de trabajadores de la empresa.

En segundo lugar, el ordenamiento nacional reconoce que se pueden constituir coaliciones de trabajadores o la elección de delegados en aquellas empresas que no resulta posible constituir un sindicato<sup>(15)</sup>. Estas figuras jurídicas no son similares a los sindicatos por ser agrupaciones esporádicas de trabajadores<sup>(16)</sup>. Sin embargo, el reconocimiento legal que los trabajadores se vean representados por dos o tres representantes justifica que sean asumidos como criterio para redefinir el número mínimo legal o para equipararlo a los sindicatos, especialmente en su protección y sus derechos.

En tercer lugar, los ordenamientos nacionales exigen una cifra inferior para constituir una asociación civil sin fines de lucro, a diferencia del número mínimo de trabajadores exigido para el caso de un sindicato. En el caso peruano, el Código Civil no establece un número mínimo para constituir una asociación sin fines de lucro<sup>(17)</sup>. Al igual que en el anterior supuesto,

---

(14) Cfr. KOK, Jan de, DEIJL, Claudia y VELDHUIS-VAN HESSEN, Christi. *Is small still beautiful?* ILO-GTZ, Frankfurt, 2013. En este estudio conjunto de la OIT y la cooperación alemana se resalta que la pequeña y mediana empresa (entre 5 a 250 trabajadores) crea el 66 % del empleo formal de los países desarrollados y el 80 % de los países en desarrollo.

(15) En Perú se pueden elegir dos delegados en las empresas cuyo número de trabajadores no alcancen el requerido para constituir un sindicato (art. 15 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

(16) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho sindical*. 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 127.

(17) Cfr. Código Civil. Artículos 80 y ss. 2003.

reconociendo que no es igual una asociación sin fines de lucro y un sindicato, son personas jurídicas equiparables, por ello no deberían recibir un tratamiento normativo discriminatorio respecto al número de personas exigibles para su constitución.

Con independencia del criterio que se adopte para reemplazar el número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato, lo cierto es que con la actual legislación se socava la representación sindical en el país y se entorpece el ejercicio de un derecho fundamental.

#### 4. Nuevas formas de representación colectiva de los trabajadores peruanos

El esfuerzo de los trabajadores peruanos por lograr constituir un sindicato que les permita definir sus salarios y condiciones de trabajo les ha llevado a materializar tres modalidades alternativas al clásico sindicato de empresa, en especial dentro del grupo de empresas. En primer lugar, el sindicato de la empresa principal absorbe a los sindicatos de las demás empresas del grupo y de manera simultánea afilia directamente a los trabajadores de las distintas unidades productivas. Posteriormente, plantea una negociación colectiva con la empresa principal que incluye al grupo de empresas. En segundo lugar, se conforman sindicatos en cada una de las empresas del grupo y luego articuladamente estos negocian simultáneamente con cada una de las empresas. En tercer lugar, se constituye un sindicato de rama de actividad que afilia a los trabajadores del grupo de empresas y plantea una negociación simultánea con cada una de las empresas.

Estas tres formas de actuación de los trabajadores evidencian las dificultades legales para constituir un sindicato e implementar una negociación colectiva al interior de un *grupo de empresas*, a pesar de estar consagrado constitucionalmente ambos derechos fundamentales.

El primer caso se produce en la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. constituida originalmente por la empresa matriz –Backus y Johnston, localizada en su planta de Ate– y las otras empresas del grupo: Cervecería del Norte (Motupe), Cervecería del Sur (Arequipa y Cusco), Cervecería San Juan (Pucallpa) y Maltería Lima (Ñaña)<sup>(18)</sup>. Este proceso de conformación como *grupo de empresas* se fue materializando

---

(18) Previamente fue adquirida la Compañía Nacional de Cerveza que contaba con tres plantas (Sáenz Peña, Modelo y Trujillo).

desde la década de los noventa, previamente a la adquisición de la empresa matriz por parte de la empresa multinacional SAB Miller. Aunque se podría sostener que no existe un grupo de empresas Backus, sino más bien una empresa con diversos centros de labores, lo cierto es que todavía la Cervecería San Juan conserva su personería jurídica, aunque controlada directamente por la empresa principal, por lo cual en términos formales existen dos empresas.

Simultáneamente a este proceso de centralización empresarial, en cada una de las empresas cerveceras existió un sindicato que negociaba de manera colectiva con su empleador. A raíz de este proceso, el sindicato de la empresa principal estableció como estrategia sindical absorber a los sindicatos del grupo. Así, se constituye el Sindicato Nacional de Obreros de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. sobre la base del sindicato de Backus y Johnston (planta Ate) y absorbe a los sindicatos de trabajadores de Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería. En la actualidad, este sindicato afilia a los trabajadores de las plantas cerveceras referidas. Sin embargo, no se ha podido integrar a los trabajadores de la Cervecería San Juan (Pucallpa) porque la empresa conserva su personería jurídica independiente.

Como resultado de la estrategia sindical, el 4 de febrero de 2012 se suscribe el convenio colectivo que tiene como ámbito de aplicación “todas las áreas de Manufactura Cervecera (Elaboración, Envasado, Planta de Fuerza, Mantenimiento y otros), Almacén de Materiales y Almacén de Productos Terminados de las plantas cerveceras de Ate, Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería”. Asimismo, en setiembre de 2012, la Cervecería San Juan suscribió el convenio colectivo con su sindicato por un periodo de tres años.

Mientras la Cervecería San Juan mantenga su personería jurídica, los trabajadores cerveceros del grupo Backus tendrán serias dificultades legales para afiliar a estos trabajadores y poder ejercer una negociación colectiva a este nivel. La única salida legal es transformarse en un sindicato de rama cervecero.

El segundo caso se produce dentro del sector minero. Ante el nuevo *boom* de la minería peruana, hay un notable incremento de trabajadores mineros; muchos de ellos laboran en empresas de servicios complementarios o especializados que están vinculadas a una empresa principal. En este escenario productivo, los sindicatos mineros de las empresas principales negocian colectivamente con su empleador, pero los trabajadores de las empresas

de servicios no logran beneficiarse económicamente del *boom*. Al interior de este grupo de trabajadores se genera una estrategia que consiste en constituir sindicatos en cada una de las empresas de servicios y plantea reivindicaciones de manera conjunta.

El mejor ejemplo de esta estrategia sindical ocurre en las unidades mineras de la Compañía de Minas Buenaventura –la empresa principal–, donde se constituyen sindicatos en las empresas de servicios y se plantean simultáneamente pliegos de reclamos con reivindicaciones salariales similares. Al principio hay un sostenido rechazo de las empresas de servicios de aceptar la constitución de sindicatos e implementar una negociación colectiva. Sin embargo, al producirse una serie de huelgas coordinadas dentro de las empresas de servicios que afectan directamente a la empresa principal, esto termina obligando a una negociación conjunta de las empresas de servicios y los sindicatos, con participación de la empresa principal como observador.

Así, el 6 de marzo de 2010 se suscribieron cuatro convenios colectivos en extraproceso de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Antapite de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Asimismo, el 7 de febrero de 2012 se suscribieron tres convenios colectivos de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Uchucchacua de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.

Al estudiarse los referidos convenios colectivos mineros se evidencian dos características. Por un lado, los convenios colectivos contienen las mismas cláusulas laborales, aunque se suscriben independientemente con cada una de las empresas. Por otro lado, hay una participación indirecta de la empresa principal (Buenaventura) durante el proceso de negociación colectiva. En realidad, esto retrata que los convenios colectivos se han producido dentro de una negociación colectiva de un *grupo de empresas*, pero que al carecer de un marco normativo apropiado adoptan esta multiplicidad de convenios colectivos de empresa. Aunque la dificultad se profundiza, porque no puede ejercitarse una negociación que incluya a la empresa principal (Minas Buenaventura) y a sus trabajadores sindicalizados<sup>(19)</sup>.

---

(19) Aunque la jurisprudencia española ha calificado que la suscripción de tres empresas de un mismo convenio colectivo conjuntamente evidencia la existencia de un grupo de empresas. Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, Antonio. “La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas”. En: Martínez Girón, Jesús (coordinador). *La negociación colectiva en grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 27.

Estos dos ejemplos de convenios colectivos en *grupos de empresas* muestran que los trabajadores apelan a la estructura sindical dispuesta por la legislación laboral, a pesar de que no encaja en la situación real de las relaciones laborales. Se constituyen como sindicatos de empresa, aunque negocian para el colectivo de trabajadores del grupo de empresas.

El tercer caso se produce en los casos *Sitintel* y *Procom Agua* donde un sindicato de rama de actividad busca negociar simultáneamente con las empresas contratistas del grupo de empresas. En el primero el sindicato de trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector telecomunicaciones presenta su pliegos de reclamos a las empresas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Manto, Emerson del Perú S.A.C. e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A.; el segundo es el sindicato único de trabajadores del área comercial *services* del agua potable y alcantarillado de Lima y Callao presentó su pliego de reclamos a la empresa Consorcio Procom Agua. En ambos casos las empresas contratistas rechazan el pliego de reclamos en consideración a tres argumentos sustantivos. En primer lugar, el sindicato de rama de actividad no se encuentra legitimado para negociar colectivamente en cada una de las empresas. En segundo lugar, el sindicato de rama de actividad no puede negociar a nivel de empresa. En tercer lugar, las empresas contratistas no se ubican en la rama de actividad del sindicato.

Estos tres casos de sindicatos dentro de *grupos de empresas* retratan el esfuerzo y la “imaginación jurídica” de los trabajadores de las empresas de servicios para ejercitar el derecho fundamental a la negociación colectiva para regular directamente sus salarios y condiciones de trabajo con sus empleadores. Sin embargo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo resulta insuficiente para asegurar ese ejercicio, a pesar de que la Constitución, las normas internacionales del trabajo, la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos de los órganos de control internacional respalden ese ejercicio.

## V. CONCLUSIONES

---

Luego de la crisis económica de los setenta las empresas comienzan a abandonar el modelo productivo taylorista-fordista reemplazándolo por una nueva forma de organizar el trabajo que se adecúe a los constantes cambios de los consumidores y del mercado, dando paso a una empresa flexible donde se pone el énfasis a la producción *just in time* con métodos de trabajo

que incorpora la experiencia y los conocimientos de los trabajadores a la actividad productiva (modelo Toyota).

Asimismo, esas nuevas formas de organizar el trabajo también les permiten a las empresas subdividir y autonomizar fases de la producción, de modo que por medio de equipos de trabajo polivalentes puede efectuarse la actividad productiva con menores costos y una mayor versatilidad en los bienes producidos. Las nuevas tecnologías potencian estos procesos permitiendo que la actividad productiva pueda externalizarse sin perder el control productivo.

En ese nuevo escenario dos tipos de empresas adquieren hegemonía: la empresa-red y los grupos de empresa. Aunque con características distintas ambos retratan que una empresa lidera el proceso productivo, articulando el proceso productivo de modo que se conserva la finalidad de la producción sin perder el control y obteniendo el beneficio del proceso.

En el plano jurídico se plantea la flexibilización laboral como política normativa que elimine las rigidices reguladoras provocadas por los derechos laborales y sus garantías. De este modo, la reforma laboral debe concentrarse en la desregulación y permitir que el mercado de trabajo recobre su función equilibradora en la fijación del precio del salario y la generación de empleo.

La flexibilización laboral introduce la racionalidad económica en el Derecho del Trabajo socavando su propia racionalidad axiológica, dando forma a un “Derecho flexible del trabajo” donde el principio de la eficiencia económica gobierna la regulación. De este modo, la protección de la libertad de los trabajadores queda condicionada a la lógica productiva. Así la flexibilización laboral le otorga el sostén jurídico que le permite a la descentralización productiva implementarse sin recibir el rechazo del ordenamiento.

Si la empresa se beneficia del proceso, en cambio los trabajadores y sus organizaciones sindicales se ven seriamente perjudicadas. En el plano individual, la forma triangular que adquiere la producción en el plano laboral (una empresa principal, una empresa contratista o auxiliar y los trabajadores) significa muchas veces que se conforme una estratificación entre los propios trabajadores del proceso productivo, donde su ubicación dentro de este define el ámbito de aplicación de sus derechos laborales. En el plano colectivo, la transformación de la empresa debilita a las organizaciones sindicales ya sea por las dificultades en su conformación o para la implementación de la acción colectiva.

Entre uno de los impactos negativos de la transformación de la empresa es la caída de la representatividad sindical –aunque en realidad esto se produce por múltiples causas–. Sin embargo, esta caída esconde una regulación inadecuada para los cambios producidos en el mundo del trabajo. En efecto, la legislación laboral exige un número de trabajadores que impide la constitución de organizaciones sindicales a nivel de empresa, en razón a que la amplia mayoría de las unidades productivas cuenta con un número inferior al exigido o se ubican en la economía informal, por lo que en términos formales la mayoría de los trabajadores no pueden ejercer su derecho fundamental a la libertad sindical.

Este impedimento formal resulta más grave porque los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical) lo respalda en sus pronunciamientos, convalidándolo internacionalmente. Esto puede explicarse porque se mantiene una visión vetusta de las relaciones laborales donde la gran empresa es la predominante –con una gran concentración de trabajadores– cuando justamente la descentralización productiva pone el énfasis en empresas pequeñas y flexibles acorde a los constantes cambios del consumidor. Mientras no se modifique este criterio, seguirá el impedimento formal que entorpece la sindicalización de la amplia mayoría de los trabajadores a nivel de empresa.

Para superar este impedimento formal se puede promover la sindicalización a nivel de industria o rama de actividad, conceder mayores atribuciones y protecciones a las coaliciones sindicales, o disminuir el número mínimo de trabajadores exigido en los mismos términos que para una asociación civil sin fines de lucro.

A pesar de las dificultades y obstáculos que presenta la legislación laboral, se vienen materializando tres modalidades alternativas al clásico sindicato de empresa, de modo que los trabajadores y sus organizaciones se adecúen a las transformaciones de la empresa. En primer lugar, el sindicato de la empresa principal absorbe a los sindicatos de las demás empresas del grupo y de manera simultánea afilia directamente a los trabajadores de las distintas unidades productivas. En segundo lugar, se conforman sindicatos en cada una de las empresas del grupo y luego articuladamente estos negocian simultáneamente con cada una de las empresas. En tercer lugar, se constituye un sindicato de rama de actividad que afilia a los trabajadores del grupo de empresas y plantea una negociación simultánea con cada una de las empresas.

Con independencia de estos esfuerzos de las organizaciones sindicales, lo cierto es que la legislación laboral no se encuentra adecuada a las transformaciones de las empresas, manteniendo una regulación vetusta que perjudica el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores. El reto de la modernización del Derecho del Trabajo consiste en regular los nuevos fenómenos sociales por medio de formas jurídicas que aseguren la protección de la libertad en el mundo del trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Luis Enrique y PÉREZ ORTIZ, Lourdes  
1996 *¿Trabajo para todos? Un debate necesario*. Oikos Nomos, Madrid.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia.  
2006 *Derecho del Trabajo*. 24ª cuarta edición revisada, Thomson-Aranzadi, Madrid.
- ARCE ORTIZ, Elmer  
2008 “Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?”. En: AA.VV. *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.
- BILBAO, Andrés  
1999 *El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo*. Los libros de la Catarata, Madrid.
- BOYER, Robert  
1986 *La flexibilidad del trabajo en Europa. Un estudio comparativo de las transformaciones del trabajo asalariado en siete países entre 1973 y 1985*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- BRONSTEIN, Arturo  
2007 “La subcontratación laboral”. En: *Cuadernos de Integración Andina*. N° 20, Consejo Consultivo Laboral Andino, Lima.
- CANESSA MONTEJO, Miguel F.  
2012 “El redimensionamiento del Derecho Internacional del Trabajo”. En: *Revista Derecho PUCP*. N° 68, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, junio.
- CASTEL, Robert  
1997 *La metamorfosis de la cuestión social*. Trad. de Jorge Paitigorski, Paidós, Barcelona.

CASTELLS, Manuel

2000 *La era de la información. Vol. 1. La sociedad red*. 2ª ed., traducción de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid.

CORIAT, Benjamin

1993 *Pensar al revés: la organización del trabajo en la empresa japonesa*. Siglo XXI, México D.F.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ

1997 *Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* 1 SCR 1015, 1055.

DAVIDOV, Guy

2004 “Joint employer status in triangular employment relationships”. En: *British Journal of Industrial Relations*. Wiley-Blackwell, Vol. 42 (4), Oxford.

DEAKIN, Simon

2001 “Commentary. The changing concept of «employer» in Labour Law”. En: *Industrial Law Journal*. University Press, Vol. 30 (1), Oxford.

DE LA GARZA TOLEDO, Enrique

2006 *Reestructuración productiva, empresas y trabajadores en México*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

1991 *Sindicatos en libertad sindical*. ADEC-ATC, Lima.

FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo

2007 “Las mutaciones de las empresas en el inicio del siglo XXI”. En: *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo* de Mario Ackerman y Diego Martín Tosca. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

FUDGE, Judy

2006 “The legal boundaries of the employer, precarious workers, and labour protection”. En: DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (Editores). *Boundaries and frontiers of Labour Law. Goals and means in the regulation of work*. Oxford and Portland: Hart Publishing.

GIANIBELLI, Guillermo

2007 “Transformaciones de la empresa y el Derecho del Trabajo”. En: *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo* de Mario Ackerman y Diego Martín Tosca. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan

2009 “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador”. En: AA.VV. *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*. ARA Editores - Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

- IRANZO, Consuelo y LEITE, Marcia de Paula
- 2006 “La subcontratación laboral en América Latina”. En: De la Garza Toledo, Enrique (coordinador). *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques*. Anthropos, México D.F.
- KOK, Jan de; DEIJIL, Claudia y VELDHUIS-VAN HESSEN, Christi
- 2013 *Is small still beautiful?* ILO-GTZ, Frankfurt.
- MARTÍN ARTILES, Antonio
- 1995 *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*. Consejo Económico y Social, Madrid.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín
- 2009 *Derecho del Trabajo*. 18ª ed., Tecnos, Madrid.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús
- 2003 “La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas”. En: Martínez Girón, Jesús (Coordinador). *La negociación colectiva en grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- MENÉNDEZ CALVO, Remedios
- 2009 *Negociación colectiva y descentralización productiva*. Consejo Económico y Social, Madrid.
- MONEREO PÉREZ, José Luis
- 2007 “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”. En: *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo* de Mario Ackerman y Diego Martín Tosca. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- NOVICK, Martha
- 2000 “La transformación del mundo del trabajo”. En: De la Garza Toledo, Enrique (coordinador). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.
- OJEDA AVILÉS, Antonio
- 2003 *Derecho Sindical*. 8ª ed., Tecnos, Madrid.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)
- 2006 *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª edición revisada, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- 2012 *Dar un rostro a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2008.

PIORE, Michael J. y SABEL, Charles F.

1990 *La segunda ruptura industrial*. Alianza Editorial, traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharia, Madrid.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo

2000 “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. En: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

RIVERO LAMAS, Juan

2000 “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”. En: AA.VV. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo

2013 *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*. Grijley, Lima.

SUPIOT, Alain

1999 *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

URREA GIRALDO, Fernando

1999 “Globalización, subcontratación y desregulación laboral. Una revisión bibliográfica parcial”. En: Arango, Luz Gabriela y Marina López, Carmen (compiladoras). *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando

2002 “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”. En: *Revista Sistema*. Sistema, números ciento sesenta y ocho y ciento sesenta y nueve, Madrid.

WEBER, Max

1992 *Economía y Sociedad* (1922). 2ª reimpresión, trad. de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

# CONFERENCIA DE CLAUSURA



## CONCEPTUALIZACIÓN UNIVERSAL Y CONSTRUCCIONES LOCALES SOBRE LA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

ADRIÁN GOLDIN<sup>(1)</sup>

---

¿Es posible formular una idea del Derecho del Trabajo que tenga alcance universal o, al menos, una amplia validez internacional? En este documento se sugiere que una idea así solo puede expresarse en una dimensión conceptual extremadamente esquemática y estilizada. Una idea tal se propone aquí para facilitar el análisis comparativo y el debate.

Parece evidente que junto a lo que aquí se identifica como *una idea básica y original del Derecho del Trabajo*, hay otras muchas otras *ideas particulares* de ese ordenamiento, que son las que resultan de cada experiencia nacional o de la experiencia común de aquellos grupos de naciones cuyos sistemas legales comparten algunos rasgos de diversa naturaleza (por ejemplo, cultura legal, trayectoria histórica, proximidad, participación en procesos de integración, etc.). Este documento plantea la hipótesis de que distintas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo han mostrado, tanto en sus estructuras jurídicas específicas cuanto en las construcciones de sus juristas, *diversa propensión a desviarse (o no) de aquella idea básica y original*.

---

(1) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Emérito de la Universidad de San Andrés. Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En este ejercicio comparativo elemental, este documento considera experiencias del área del *Common Law*, de las naciones europeas que responden a la cultura legal continental y de los derechos del trabajo de América Latina. En todo caso, debe tenerse en cuenta que se trata de visiones preliminares, expresadas de modo extremadamente superficial, dirigidas apenas a justificar la formulación de la ya mencionada hipótesis; su evaluación científica ha de requerir mayor y más profunda investigación.

## I. LA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO: UNA O DIVERSAS

---

### 1. Formular una idea del Derecho del Trabajo

Desde un enfoque comparado, el abordaje del tema nos impone plantear unas interrogantes preliminares: ¿es posible formular una idea del Derecho del Trabajo de alcance (más o menos) universal?; ¿la hubo, al menos, si es que hoy, tras experimentar hipotéticas alteraciones, no existe ya?

Darles respuesta no es, por cierto, una tarea fácil, y su evidente dimensión comparativa sugiere que ni siquiera es posible sino como producto de la reflexión concertada de juristas provenientes de las más diversas experiencias jurídicas. Como se ha dicho hace no mucho con apabullante franqueza, pocos de nosotros conocen bien muchos ordenamientos además del propio (Blanc-Jouvan; 2007) y menos aún son los que pueden evitar que la consideración de los ordenamientos) ajenos transiten por el tamiz de las concepciones que denotan al propio (Arthurs; 2007).

En todo caso, parece obvio que toda pretensión de (relativa) universalidad obliga a procurar reconocer esa *idea* del Derecho del Trabajo en la más esquemática y estilizada dimensión conceptual, pues solo una aproximación como esa puede hacerla apta para expresar tan vasto alcance transnacional e intertemporal como el que se pretende para ella.

Consciente de tan severas restricciones, tal vez sea posible, no obstante, ensayar una caracterización de *la idea* del Derecho del Trabajo, a sabiendas de que solo tiene valor hipotético. Y que tal vez se justifique como mero punto de partida para una tarea de construcción colectiva y comparada que permita aproximarse a ella de modo más riguroso o, por el

contrario, que lleve a concluir que ella no existe y no ha existido antes, o bien que tiene una configuración tan limitada y elemental que priva de sentido a toda reflexión sobre su hipotética evolución. En cualquier caso, la llamaré “*idea básica y original*” por distinguirla de *otras ideas* que, aún en el marco de aquella, llevan no obstante las señas distintivas de los particulares sistemas jurídicos que las albergan y carecen, por lo tanto, de aquella pretendida cuasi *universalidad*.

Desde esa modesta perspectiva, el Derecho del Trabajo sería el sector del ordenamiento jurídico que:

- Se ocupa de la prestación o provisión de trabajo humano en el marco de procesos de producción y de servicio organizados por otro (el dador de trabajo), en interés de este último.
- En ese vínculo, el dador de trabajo es el titular de un factor escaso (el capital) que es indispensable para el funcionamiento de esos procesos, a los que el prestador necesita incorporarse para obtener una contraprestación que le permita subvenir a sus necesidades.
- La preocupación que inspira al Derecho del Trabajo responde al hecho de que esa prestación, a diferencias de otras que se intercambian en los mercados de productos, es inseparable de la persona que lo presta y, por añadidura, a la connatural impostergabilidad de las necesidades que han de ser atendidas con la contraprestación que recibe el prestador.
- La descripta inseparabilidad impide la originaria desposesión de la prestación por la cual paga el dador de trabajo, lo que torna necesario un cierto grado de sujeción (subordinación) en sustitución de aquella inaccesible desposesión (Fabre-Magnan; 1998).
- Ese conjunto de condiciones “en cabeza” del dador de trabajo –entre ellas, titularidad del capital, poder de organización, prelación de su interés, dependencia económica, subordinación– genera una estructural asimetría de poderes entre ambos sujetos del vínculo (dador de trabajo o empleador; prestador del servicio o trabajador) que se manifiesta tanto a la hora del

establecimiento de las condiciones de trabajo, como a la de gestión del vínculo en sí<sup>(2)</sup>

- Esa virtual unilateralidad en la fijación de las condiciones de trabajo determina que las resultantes, habida cuenta del *involucramiento del cuerpo del trabajador* (Supiot; 2004) y su dependencia económica, puedan resultar altamente gravosas y ofensivas para la dignidad, salud y condiciones de subsistencia del trabajador.
- Es aquella asimetría y sus efectos sintetizados en el punto anterior, los factores que revelan la radical ineptitud de la autonomía individual –del contrato– para el establecimiento de unas condiciones que expresen un punto óptimo, siquiera razonable, de satisfacción equilibrada de los intereses de las partes.
- Siendo ese su presupuesto, es función prevalente de los ordenamientos laborales la imposición de límites a esa unilateralidad mediante fuentes reglamentarias y regulatorias –no siempre iguales en naturaleza, combinación y precedencia –que poseen en común la propiedad de no poder ser desplazados por el ejercicio de la autonomía individual<sup>(3)</sup>. El ordenamiento promueve o, cuanto menos, reconoce esas fuentes<sup>(4)</sup>.

- 
- (2) De modo coincidente, aun cuando con acentos obviamente dirigidos a contrastar los fenómenos de origen con los que hoy se observan, Hyde (2006) expresa que el Derecho del Trabajo y del empleo nació como respuesta a la asunción general de que la relación de trabajo o empleo era simultáneamente el sitio de: 1. la máxima opresión social; 2. la más notable manifestación de desigualdad en el poder de negociación; 3. la manifestación más conspicua de exceso de poder; 4. el mayor conflicto social. De modo que admite que ese componente de la radical asimetría forma parte de la concepción original del Derecho del Trabajo, aún en su propia experiencia jurídica (la norteamericana). Para Hyde, no obstante, la relación de empleo ya no es hoy el lugar de la mayor opresión o la mayor desigualdad; están peor, dice, los desempleados, o los que están excluidos de mercado de trabajo por edad, género, nacionalidad o falta de capacidades. Esa no parece, no obstante, ser una novedad de los tiempos que corren. En verdad, siempre los desempleados y los excluidos estuvieron peor; peor que hoy, incluso, pues los mecanismos institucionalizados de cobertura entonces existentes –la legislación de pobres, por ejemplo– tenían por cierto menores alcances que las modernas políticas sociales. No resulta por otra parte evidente que los desempleados o excluidos vayan a estar mejor porque liberemos los límites de la jornada o suprimamos los descansos de los trabajadores; en ciertas condiciones, el crecimiento forzado de la productividad no mejora, sino que empeora la situación del empleo.
- (3) Otto Kahn Freund (a quien suele atribuirse una dimensión fundacional en el Derecho del Trabajo británico) en: *Trabajo y Derecho*. Colección Estudios (Serie Relaciones Laborales) (Traducción de J.M. Galiana Moreno), Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 52, ha señalado que “(...) el propósito fundamental del DT siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo”.
- (4) En última instancia, todos los regímenes tienen en común el híbrido contrato/estatuto, que parece inseparable del Derecho del Trabajo (que no es solo relación obligacional ni tampoco solo cons-

- A pesar de su diversidad los ordenamientos laborales reconocen inspiración y fundamento en un conjunto de valores comunes que, por su paradigmática universalidad, y en homenaje a la brevedad, pueden identificarse entre los que inspiraran la creación de la OIT y su sistema normativo y que encuentran expresión –entre muchas otras fuentes– en la Constitución de la OIT y, en particular, en la Declaración de Filadelfia que la integra. No parece inapropiado considerar a ese conjunto de valores como fundamento de esa *idea básica del Derecho del Trabajo* que procuramos delinear en estos párrafos.

Tales podrían ser, pues, los términos de una muy tentativa elaboración de la “idea básica del DT”. Conviene distinguirla, en todo caso, de otra cuestión, vinculada esta vez con la necesidad de establecer cuáles son los límites del DT o, en otros términos, cuáles son los elementos –sujetos, normas, instituciones– que se encuentran dentro de sus fronteras y cuáles otros aquellos que la desbordan (Rodríguez Piñero; 2002). Esta cuestión demanda la adopción de otras decisiones (taxonómicas, didácticas, legales) menos precisas aún; su tratamiento, no obstante, no está totalmente divorciado de la reflexión que emprendemos en esta oportunidad, cuanto menos en cuanto se trate de considerar los alcances de su centro de imputación; en otras palabras, de identificar los sujetos que están alcanzados por sus normas.

## 2. Las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo

Si aquella “idea básica y original” tuviera el grado de universalidad que a modo de hipótesis aquí se le atribuye, habría que admitir que sus contenidos integran también, a su vez, diversas “ideas particulares” del DT reconocibles en cada régimen, sistema o experiencia jurídica. Esas “ideas particulares”, bien que informadas por aquella pretendida “idea básica”, agregarían sus propios elementos identitarios, tales como la presencia dominante de unas u otras fuentes, los modos de construcción de las normas, la tipología de técnicas en uso, los modos de reconocimiento de los sujetos, etc.

---

trucción comunitaria). Este híbrido entre contractual y comunitario (así lo califica Supiot; 2004) admite énfasis y matices (más contrato en los países anglosajones, más dimensión comunitaria en Alemania; en el medio, los demás países de tradición continental). Si se excede la dosis de contrato, el sistema puede tener una deriva que hoy juzgaríamos neoclásica; si se excede la del componente comunitario, no es improbable experimentar una deriva autoritaria.

Esas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo y, desde luego, también la “idea básica” que las informa y las integra, han estado sometidas en las últimas décadas a una serie de desafíos (los reclamos de la economía, los paradigmas ideológicos dominantes, los fragores de la internacionalización de los mercados, las nuevas tecnologías duras y los nuevos desarrollos organizacionales del trabajo y de la producción, las nuevas formas de contratar e incorporar el trabajo humano, entre otros)<sup>(5)</sup> que las han puesto a prueba. Desde la perspectiva de este documento interesa desagregarlas (distinguir la “idea básica” de las diversas “ideas particulares”), pues es eje central de este ensayo la hipótesis *de que, frente a esos desafíos, algunos sistemas jurídicos han mostrado una mayor propensión a apartarse de aquella “idea básica”, en tanto otros, aún experimentando cambios muy significativos, han permanecido dentro de ella*. Por decirle en términos caros a las teorías de la convergencia, experimentaríamos en este caso una cierta convergencia de desafíos, pero no de reacciones o respuestas.

Por cierto, en la tarea de ponderar el grado de afectación de la idea del Derecho del Trabajo propia de cada uno de los sistemas jurídicos que se tomen en consideración (cuestión que debido a las restricciones de extensión de este ensayo quedará apenas insinuada) deberán considerarse como indicadores relevantes no solo el conjunto de transformaciones normativas e institucionales presentes en ellos, *sino también las elaboraciones académicas concebidas para darles seguimiento e interpretarlas*. Habrá que admitir, en efecto, que la idea (básica) y las ideas (particulares) de una rama del Derecho solo se exteriorizan de modo más o menos sistemático en las construcciones de los juristas. Y que estos dejan frecuentemente la impronta de sus particulares concepciones incorporadas de modo indiscernible a sus objetos, sin que sea fácil establecer luego cuánto de sus formulaciones replican el objeto “natural” que se proponen expresar, y cuánto en cambio no traduce más que su lectura o interpretación de aquel.

Lo que con todo ello se pretende sugerir es la hipótesis adicional de que *en las últimas décadas no solo la idea básica del Derecho del Trabajo ha sido afectada en diversa dimensión o intensidad en cada uno de los diversos sistemas jurídicos –lo que en el mediano plazo podría afectar su original*

---

(5) Arturo Bronstein (2009) ha tratado exhaustivamente esos desafíos; a él nos remitimos en homenaje a la brevedad.

*condición de extendida universalidad— sino que, además, las construcciones de los juristas han tenido también diversa propensión a apartarse de aquella idea histórica, lo que habría estado determinado también por la contextura de las “ideas particulares” de sus ordenamientos de pertenencia.* Si ello fuera así, en la tarea comparativa quedaría claro que algunos de esos juicios expresarían con propiedad ciertas inclinaciones presentes en ciertos sistemas u ordenamientos y no siempre tendría, en cambio, poder explicativo en otros que evolucionan de manera diversa. Si bien hay que admitir que se trata de una hipótesis quizás autoevidente, que en el ejercicio de la comparación no hace más que traducir las profundas brechas institucionales que separan ordenamientos constitutivamente diversos, tal vez se justifique plantearla al realizar un ejercicio como el propuesto, que parte de aceptar, bien que sujeta a preliminar discusión, la existencia de algo así como *una idea básica y original del derecho del trabajo (casi) universalmente compartida.* Esta perspectiva implicaría postular la tercera hipótesis (no más que una especificación de las anteriores) de que *la pertenencia a un determinado sistema jurídico —tal vez no relevante para determinar los niveles de eficiencia de los ordenamientos (Deakin, Lele and Siems; 2007)— si es significativo a la hora de definir sus rumbos de evolución y, en particular, los de las construcciones de sus cultores.*

En atención al propósito de este ensayo —la formulación y justificación de hipótesis meramente descriptivas— omitiré en él, en cuanto me sea posible, mis propias valoraciones críticas sobre los procesos de transformación que viene experimentando el Derecho del Trabajo, así como sobre las construcciones teóricas que inciden sobre esos procesos; ya las he vertido en muchos de mis trabajos anteriores<sup>(6)</sup> y no es esta la oportunidad para volver sobre ellas.

Para materializar la propuesta que se viene de formular, consideraré en la próxima sección el modo en que esos “desafíos” (que en razón de las necesidades de brevedad de este ensayo, tampoco serán aquí objeto de examen) han incidido sobre diversas experiencias jurídicas, correlato de otras

---

(6) Entre otros, *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina.* International Institute for Labour Studies (ILO, Geneva), DP/173/2007, “Labour Flexibility and Worker security; an Argentine Perspective”. En: *Regulations, Worker Protection And Active Labour - Market Policies in Latin America.* Jurgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, Dec. 2009, p. 89 y ss. y *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo.* Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003.

tantas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. Luego, en la última sección procuraré extraer algunas conclusiones.

## II. SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS “IDEAS PARTICULARES” DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

### 1. Una muestra imperfecta

Para poner a prueba la consistencia de las hipótesis planteadas –su mera validez como hipótesis y de ningún modo su confirmación científica, que no está al alcance de este breve ensayo– elegiremos transitar una tradicional línea divisoria: la que distingue al sistema jurídico continental o del Derecho Civil del sistema anglosajón o del *Common Law*. Ambos tal vez podrían reconocerse en aquella “idea básica” del Derecho del Trabajo, aunque difieran de modo nítido sus respectivas “ideas particulares” en razón de múltiples factores diferenciadores. Entre los más notables, sin duda, su muy diversa intensidad reglamentaria expresada en la tan distinta conformación de los respectivos sistemas de fuentes y, especialmente, en el rol de la ley, dominante en el sistema continental (lo es en general y lo es también, en particular, en la regulación de las relaciones individuales del trabajo) que tiene, en cambio, importancia menor en la regulación de las relaciones individuales en los sistemas jurídicos del área del *Common Law*<sup>(7)</sup>.

Consideraré también, atribuyéndole, tal vez impropriamente, la condición de una tercera “idea particular”, los derechos del trabajo de América Latina. Hay que advertir, no obstante, que esta tercera “idea particular” dista de tener una contextura homogénea con la de las otras “ideas particulares” que venimos de anunciar, desde que los derechos del trabajo latinoamericanos, por la tradición jurídica de la que provienen, se encuentran adscritos al sistema jurídico continental y comparten, por lo tanto, muchos de sus rasgos distintivos (no son, pues, tres experiencias jurídicas simétricamente independientes unas de otras).

---

(7) No, en cambio, en el ámbito de las relaciones sindicales, reguladas por la ley en los Estados Unidos de América, aunque no en el Reino Unido.

## 2. Examinar las ideas particulares

### 2.1. Los derechos del trabajo del sistema jurídico continental

#### a. Flexibilidad laboral

Los derechos del trabajo de los países de la Europa occidental inscriptos en la tradición del sistema jurídico del Derecho Civil han sido objeto de reformas reiteradas y profundas en las últimas décadas. Muchas de ellas, hay que decirlo, han sido el producto de recurrentes reclamos de adecuación del Derecho del Trabajo a consideraciones de eficiencia (Sciarra; 2005). Se acentúan las exigencias de racionalidad económica de la normativa, se les impone la valoración de objetivos económicos, como el desempeño del empleo y del mercado de trabajo y la prosperidad de las empresas, objetivos que no formaban parte de su programa inicial (Rodríguez Piñero; 2006)<sup>(8)</sup>. Podría decirse, no obstante, que esa demanda de eficiencia no transita de modo directo –cuanto menos, no de modo generalizado– la alternativa de someter el Derecho del trabajo a la concepción del *análisis económico del Derecho*, sino que opera –bien que en la misma línea conceptual<sup>(9)</sup>– bajo la forma de demandas de incrementar la *flexibilidad* de las prácticas y las reglamentaciones. Se trataría, diríamos, de una aproximación económica algo mediatizada y menos rigurosa, que tiende a poner en cuestión los hipotéticos excesos de rigidez de las normas laborales de estirpe estatal y no su propia existencia<sup>(10)</sup>.

Entre los productos más difundidos de esos procesos está la introducción generalizada de instrumentos de flexibilidad laboral, particularmente en materia de despido (abaratamiento y reducción de los recaudos formales),

---

(8) Con cita de Vardaro, Rodríguez Piñero (2006) sostiene que el Derecho del Trabajo ha nacido al mismo tiempo como instrumento de racionalización jurídica de la economía y de racionalización económica del Derecho y que carecería de utilidad si va contra la lógica económica. Pero, agrega, se contraponen a la economía cuando esta obstaculiza el proceso de liberación del trabajador.

(9) UGARTE C., José Luis. *Análisis Económico del Derecho; el Derecho Laboral y sus enemigos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 58.

(10) Existencia que desde la lógica del análisis económico del Derecho frustraría la libertad del “homo economicus”, maximizador racional de los fines de su vida (conf. POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000). Entre las perspectivas europeas críticas del law and economics, ver Lyon-Caen, Antoine (sous la responsabilité scientifique de) “L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes” Institut International Pour les Etudes Comparatives - DARES Appel a Projets de recherche 2005- L'analyse économique du droit du travail. Rapport final (vol I.) Rapport de Synthèse, 11 Avril 2008. Con más matices, la visión de de Pietro Ichino, en su “Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas”, publicada en la International Labour Review, Vo. 117 3, p. 319 y otros estudios posteriores.

mayor recepción y uso de los contratos por tiempo determinado y otras formas de temporalidad o de contrataciones atípicas, contratos de tiempo parcial, contratos con finalidad formativa, habilitación de agencias privadas de empleo y de trabajo temporal, predominio de técnicas procedimentales de tutela por sobre las que se basan en normas sustantivas, generalización de las diversas formas de intermediación laboral en procesos de descentralización productiva, flexibilización de la jornada de trabajo y los descansos, introducción de mecanismos de flexibilidad interna o funcional y geográfica, entre otras manifestaciones.

Se trata de mecanismos que en su mayor parte tienden a alterar “a la baja” la intensidad de los ordenamientos de protección pero que, a mi juicio, no implican una modificación cualitativa de la lógica tutelar. Puede, por el contrario, afirmarse que, al menos hasta un cierto punto, *las demandas y técnicas de flexibilidad en los diversos ámbitos del sistema de regulación laboral constituyen una propiedad del sistema de protección en sí –solo tienen sentido con relación a un régimen legal de protección como el que aquí impera– y, por lo tanto, lo matizan en diverso grado pero no alteran su naturaleza.*

Tampoco la idea de “flexicurity”<sup>(11)</sup>, central en el debate europeo a partir de la Cumbre de Lisboa, que la incorporara como un elemento de la Estrategia Europea del Empleo, parece enervar en términos sustantivos la *idea básica* del Derecho del Trabajo. Su componente de flexibilidad presiona en el sentido del debilitamiento en intensidad de las normas laborales, pero no en un cambio sustantivo de la idea de protección<sup>(12)</sup>. Esa condición (de continuidad de la lógica de protección) se ratifica en el propio ordenamiento danés –modelo de referencia en esta propuesta– en el que la alta flexibilidad en el despido y acentuada flexibilidad funcional, tienen como contrapartida una regulación aún intensa de la duración del tiempo de trabajo y los salarios<sup>(13)</sup>.

---

(11) La valoré críticamente, desde una perspectiva argentina, en “Labour Flexibility and Worker security; an Argentine Perspective”. En: *Regulations, Worker Protection And Active Labour - Market Policies in Latin America*. Jurgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, Dec. 2009.

(12) No se suprime, sino que aparece atenuada la protección contractual del Derecho del Trabajo, atenuación que se dice compensar con una presencia fortalecida de los instrumentos de la Seguridad social en materia de continuidad de los ingresos, las políticas activas de mercado de trabajo, las de la aprendizaje de por vida, los mecanismos de compatibilidad del trabajo con la vida familiar y un régimen amplio de cobertura de la salud.

(13) En ese sentido, LYON-CAEN, Antoine (sous la responsabilité scientifique de) *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes*. Institut International Pour les Etudes Comparatives - DARES

## b. Las fuentes del Derecho del Trabajo

Si alguna vez pudo hablarse de la estabilidad de las fuentes del Derecho del Trabajo (de cuáles eran ellas y de cómo se relacionaban, por oposición a sus cambiantes contenidos) (G.Lyon-Caen; 2001) habrá que admitir hoy que esa condición de estabilidad se ha perdido. Se generaliza ahora, en efecto, la incorporación de nuevas especies, se multiplica la tipología de las relaciones entre todas ellas, se les asignan nuevas funciones. Junto a las tradicionales normas imperativas de las leyes y de los convenios colectivos, se agregan diversas formas de regulación internacional, complejizando notoriamente las cuestiones de *internormatividad* con irresueltas relaciones de jerarquía<sup>(14)</sup>, sobrevienen reglamentaciones no vinculantes –manifestaciones de *soft law*– en el nivel internacional (sirva de ejemplo el Open Method of Coordination de la Unión Europea), aparecen iniciativas voluntarias de muy diversa dimensión, se generaliza la imposición de normas procedimentales para regular el modo de interacción de los actores que han de tomar decisiones y no las decisiones mismas.

Se establecen nuevas relaciones entre las fuentes tradicionales –las leyes y los convenios colectivos– y se verifica, en particular, un debilitamiento de la ley frente al convenio colectivo<sup>(15)</sup> y de los convenios de industria en relación con los de empresa<sup>(16)</sup>. Por añadidura, se asignan a los convenios colectivos competencias antes propias de la ley.

En los contenidos de esas fuentes –en línea con las ya recordadas tendencias de flexibilización– se aprecia una menor intensidad tutelar,

---

Appel a Projets de recherche 2005- L'analyse économique du droit du travail. Rapport final (vol I.) Rapport de Synthèse, 11 Avril 2008.

- (14) Reflexionando en otro espacio jurídico, como lo es el del Derecho Penal Internacional, el joven jurista iraní Pejman Pourzand señala de qué modo el espacio normativo mundial que resulta de las interacciones múltiples en el nivel internacional, regional y nacional, constituye un espacio “sans dedans et sans dehors” (sin adentro y sin afuera) en que los espacios normativos se encabalgan en relaciones múltiples en las que, a diferencia de los órdenes jurídicos tradicionales, se hace muy complejo discernir relaciones de jerarquía entre diversas manifestaciones normativas –especialmente, internacionales– de fuentes de producción normativa no alineadas en la tradicional construcción piramidal (Pourzand, Pejman, “L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue” L.G.D.J. Paris, 2008.
- (15) Que Dockes, Emmanuel, (2004) categoriza como una manifestación más del dominante poder del empleador, puesto que en la formación del convenio colectivo el empleador tiene un voto igual al de todos los trabajadores, en tanto que en la ley, desde la lógica del sistema democrático, cada individuo tiene un voto.
- (16) Como lo señala Silvana Sciarra (2005), tradicionalmente los niveles inferiores solo podían mejorar lo establecido en los superiores. Ahora esa lógica se invierte, como es el caso, por ejemplo de Alemania, donde las “opening clauses” del convenio colectivo permiten su derogación en el nivel de la empresa.

aunque no una reducción en la densidad del aparato regulador que, precisamente en ese cometido flexibilizador, multiplica la presencia de reglamentaciones.

Hay que decir, no obstante, que pese a todas esas novedades que matizan notablemente el sistema de fuentes, la ley no ha perdido en el ámbito continental su condición de ser el espacio de lo *incalculable* (Supiot; 2010), entendido como el que es propio de las cuestiones que trascienden todo cálculo o utilidad individual e incluyen los mínimos que se juzgan irreductibles para asegurar la dignidad de las personas, quedando las restantes fuentes disponible para albergar lo *calculable* que es cuanto puede ser regido por cálculos de utilidades individual y pueden materializarse en la negociación, el contrato y hasta en las expresiones regulatorias de corte unilateral<sup>(17)</sup>.

Cabe, pues, aceptar que es en este campo de las fuentes y de sus relaciones recíprocas donde se advierten los cambios más intensos en el escenario europeo (Sciarra; 2005) –tal vez, una alteración de las *ideas particulares* del derecho del trabajo– sin que se perciba, por el contrario una alteración de la *idea básica*: la autonomía individual sigue enmarcada por un aparato normativo tendiente a neutralizar la sustancial asimetría de la autonomía individual. La profusión normativa provocada por los avances flexibilizadores, tampoco niegan la *idea básica* (aunque debilitan, por cierto, la intensidad tutelar del Derecho del Trabajo); como se expresó más arriba, *esas normas de “flexibilización” solo tienen sentido en relación con un sistema de protección del trabajo que, aún menos intenso, sigue vigente en plenitud*

**c. Alteración en los modos de definición de los sujetos y segmentación de los estatutos de tutela**

Si durante buena parte de la historia del Derecho del Trabajo solo los trabajadores subordinados convocaban la preocupación del Derecho del Trabajo –había otros, pero el espacio de los subordinados era suficientemente amplio y expansivo y en ellos residía la más acuciante problemática social– hoy aquella categoría parece contraerse, en tanto que el número de los trabajadores jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes

---

(17) Dice Supiot que solo ese tipo de montaje autoriza a tratar en el plano contractual los hombres y las cosas como entidades abstractas e intercambiables, cuyos valores pueden ser llevados a una misma escala monetaria, pues sus diferencias cualitativas son tomadas en cuenta por el dominio de lo *incalculable*, que reside en la ley (“L’esprit de Philadelphie”, Paris, 2010).

adquiere creciente relevancia social. No es, naturalmente, el objeto de esta evocación la pretensión de volver sobre la etiología de estos fenómenos<sup>(18)</sup>, sino de considerar el modo en que la legislación y la literatura continental se ha hecho cargo de los mismos, con el propósito de establecer si esos tratamientos implican cambios decisivos en la idea “continental” del Derecho del Trabajo y si, por extensión, conllevan una afectación relevante de la idea básica del Derecho del Trabajo.

Resulta evidente que la desigualdad –el desequilibrio, la asimetría– que demandaba un tratamiento particular para las relaciones de subordinación lejos está de haber desaparecido; subsiste, por el contrario en la figura tradicional de la subordinación, y se extiende adicionalmente a otros vínculos de trabajo personal, jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes. Puede admitirse, en consecuencia, que si en el plano del trabajo personal se amplía el espacio en que se instala el *rasgo de la desigualdad*, debe correlativamente ampliarse el instrumental técnico de protección y adicionarse el que sea necesario para dotarle de respuestas apropiadas.

Así las cosas, no abundan en la literatura europea propuestas para hacer un lado el concepto tradicional de la dependencia –tal vez, como queda dicho, en retracción pero aún dominante<sup>(19)</sup>– sino más bien construcciones teóricas que proponen la incorporación de indicadores económicos al haz de indicios en uso para reconocer la relación de dependencia<sup>(20)</sup>, la extensión de la tutela a trabajadores semidependientes<sup>(21)</sup> y algunos ejercicios

(18) Que procuré sintetizar en , “Labour Subordination and the Subjective weakening of labour law” in “Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work” (Guy Davidov and Brian Langille comps) Hart Publishing, Oxford, 2006.

(19) Rodríguez Piñero (“Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica”. En: *Relaciones Laborales*. N° 9, Madrid, 2007, p. 1) parafraseando el informe del Director General de la ILO (OIT, 2006), señala que la evolución del Derecho del Trabajo no ha significado una crisis global del modelo precedente de contratación laboral. Si bien se constata la presencia de más trabajo autónomo, *siguen predominando las formas subordinadas de trabajo y dentro de ellas predominan las contrataciones estables de duración indeterminadas, que el informe de la ILO considera más beneficiosas para la productividad*, la inversión en capital humano y el bienestar y motivación de los trabajadores.

(20) El poder se muestra, en todo caso, menos eficaz cuando las tareas se intelectualizan, y eso es lo que pasa en efecto y se generaliza. Con relación a ese tipo de trabajo, el poder jerárquico tiene una eficacia decreciente y un costo creciente. Respecto de estos trabajadores el sometimiento jurídico no es ya necesario ni ventajoso (aunque sí su sometimiento económico). El ordenamiento laboral debe hacerse cargo de este nuevo perfil, esta nueva dominación, esta nueva necesidad de tutela (Dockés, Emmanuel, 2004).

(21) Para un tratamiento reciente del tema en Europa, ver Luca Nogler (2009).

legislativos para asignar una cierta cantidad de recursos de protección a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (tales los casos ya tradicionales de la legislación italiana y alemana y el más reciente régimen español de los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes)<sup>(22)</sup>.

De tal modo, el Derecho del Trabajo en este sistema jurídico continental evidencia tendencias de incorporación de los “semidependientes”, sin que esa operación implique en modo alguno que se postule la pérdida de vigencia de la tradicional categoría de los trabajadores subordinados, que preside aún de modo incontrastable el centro de imputación del Derecho del Trabajo (Dockés; 2004). De tal modo, si es posible que hoy la tradicional fórmula que sirviera de base para la aplicación del sistema de protección (trabajo + subordinación jurídico-personal) tienda a ser reemplazada por otra más amplia en la definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo (trabajo + desigualdad contractual), ello no ha significado por el momento un abatimiento de la aún dominante categoría de la subordinación. En todo caso, si esa nueva fórmula puede implicar una cierta alteración de la “idea continental” del Derecho del Trabajo, no conlleva a mi juicio un apartamiento de la “idea básica” que procuramos esquematizar en la primera sección de este documento.

**d. Otras cuestiones: derechos fundamentales, capacidades (*capabilities?*), nueva relación con la seguridad social**

Desde otra perspectiva, ha alcanzado notable desarrollo el reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales de las personas en el trabajo que, por su propia dimensión, no se encuentran sujetos al debate sobre la subordinación laboral y la intensidad del vínculo. En lo que aquí interesa, esos derechos personales expresan, entre otros fenómenos, un nuevo estado de evolución crítica del poder de dirección del empleador; si uno de los objetivos del Derecho del Trabajo es el de limitar el poder de

---

(22) Para un breve examen de la experiencia española, ver, Cabeza Pereiro, Jaime (2008). Destacan también las ideas y propuestas tendientes a hacerse cargo de la creciente diversidad y discontinuidad de las experiencias laborales: en tanto algunas de las necesidades de tutela se satisfacen en cada uno de los vínculos otras, en cambio, no encuentran respuesta allí o en los espacios de transición entre una y otra situación profesional, por lo que necesariamente demandan la intervención de las instituciones de la seguridad social. Se trata de la propuesta de tutela y seguimiento del estado profesional de las personas. Alain Supiot vuelve recientemente sobre la propuesta en “L’esprit de Philadelphie”, Éditions du Seuil Paris, 2010 que, como allí se indica, ha llegado a integrar –bajo la forma de la seguridad social profesional– la propuesta de sindicatos como la CGT francesa. En el mismo sentido, Lokiec (2009) y antes Robert Salais (1999).

dirección, puede afirmarse que en este campo se han experimentado notables progresos por esta vía<sup>(23)</sup>. Desde esa perspectiva, esta tendencia –tan sumariamente enunciada– parece profundizar la idea histórica del Derecho del trabajo.

Desde otra perspectiva –y para habilitar una ulterior comparación con el espacio jurídico del *Common Law*– conviene señalar que en territorio continental, la idea de las *capabilities* producto de las elaboraciones de Amartya Sen<sup>(24)</sup> no parecen haber encontrado albergue significativo en el pensamiento de los juristas<sup>(25)</sup>.

Finalmente, y como se deja ver en párrafos anteriores, sí se percibe una más intensa relación del Derecho del Trabajo con el Derecho de la Seguridad Social. En los esquemas de *flexicurity*, las concesiones en materia de flexibilidad de las normas que regulan el contrato de trabajo buscan su contrapartida en el fortalecimiento de instrumentos de la seguridad social que aseguren muy en especial la continuidad de los ingresos de un trabajador sujeto a un marco normativo más lábil en materia de despido y, por lo tanto, en sus derechos al goce de garantías jurídicas de su permanencia. Desde una perspectiva axiológica diversa –*que no predica la correlativa pérdida de intensidad tutelar de las normas que previenen el despido injusto, pero que en todo caso parecen reconocer su inexorable debilitamiento*– la propuesta teórica del establecimiento del *estado profesional de las personas*<sup>(26)</sup> implica la necesidad de ofrecer un tratamiento de las transiciones y mutaciones entre una pluralidad de situaciones de actividad e inactividad, en las que un régimen perteneciente al dominio de la seguridad se ocupa de integrarlas en

(23) En un tiempo en que crecen las desigualdades entre regiones y dentro de los países, los derechos fundamentales de la persona pueden convertirse en el medio para mantener un mínimo de cohesión social y solidaridad dentro de la sociedad (Vigneau, Christophe, 2004).

(24) Ver, en particular, Sen (2000) y Sen (1999).

(25) Supiot se acerca a ella solo para tomar distancia de modo explícito; no es, afirma, una categoría que tenga carta de ciudadanía en la tradición continental. Sostiene que este orden de reflexiones está en este sistema jurídico mejor abastecido por la idea de “capacidad”, en cuanto se admita que la misma trasciende sus espacios tradicionales en la ciencia jurídica (capacidad de derecho y capacidad de hecho), y se le nutra de otros contenidos. Entre ellos, los que le permitan remontar la asimetría de poderes de negociación que el trabajador experimenta *vis a vis* su empleador, en razón de carecer de la seguridad económica necesaria para afrontar el diseño de su relación contractual; en el criterio de Supiot, la idea del estado profesional de las personas la que puede nutrir esa concepción de capacidad (“En guise de conclusion: la capacité une notion a haut potentiel”. En: *Capacitas*. Ed. By Simon Deakin and Alain Supiot Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 161 y ss.

(26) Ver antes nota 21.

una secuencia continua que asegura en cada una de ella, y en sus transiciones, la continuidad de los ingresos. De tal modo, la seguridad social vincula esa condición de continuidad a la persona en tanto tal, que se desprende de su situación ocupacional para asegurar el acceso a esa tutela.

En estos esquemas, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social no pierden su recíproca condición de autonomía, pero se relacionan de modo aún más íntimo, pues así lo requieren las necesidades de protección social de vínculos que devienen inestables y cambiantes; vínculos que han formado tradicionalmente parte del Derecho del Trabajo, o que se están incorporando hoy en razón de la presencia creciente de situaciones de trabajo denotadas por la desigualdad contractual entre sus partes (aunque no subordinadas en sentido estricto), y otros que simplemente exorbitan del Derecho del Trabajo (prestaciones autónomas, periodos de no ocupación o desempleo, de cumplimiento de responsabilidades cívicas o familiares, etc.). No es una relación novedosa entre ambas ramas del Derecho sino en la intensidad de una vinculación que permite afirmar como ayer, pero hoy con un énfasis más acentuado, que en cierta medida, *el Derecho del Trabajo es también lo que es, según sea su relación con el derecho de la seguridad social a la que hacía otrora de principal, sino excluyente, puerta de acceso.*

#### e. Evaluación provisoria

Cabe decir, en síntesis, que las reformas de los derechos del trabajo europeos han sido frecuentes y profundas al punto de que se pudo afirmar que los derechos del trabajo tradicionales han quedado relegados al mundo de la arqueología jurídico-laboral (Valdés Dal Re 2009)<sup>(27)</sup>. Por tomar, a modo de adicional evidencia empírica, dos episodios reformistas de rigurosa actualidad, pueden evocarse las cuantiosas reformas laborales introducidas en Francia durante la administración Sarkozy<sup>(28)</sup> y las que se proponen

---

(27) Ver: VALDÉS DAL-RE, Fernando. "El debate europeo sobre la 'modernización del Derecho del trabajo' y las relaciones laborales triangulares". En: *Relaciones Laborales*. Num 3, años XXV, Ed. La Ley, febrero de 2009, p. 1.

(28) Las del año 2008, por ejemplo, se sustentan en el diálogo social e introducen mecanismos de facilitación de la entrada en la empresa, orientación profesional, inserción de los jóvenes, contrato a proyecto, ruptura de común acuerdo, periodo de prueba (todas ellas en la lógica de la flexibilidad) junto a los mecanismos de aseguramiento (*securitisation*) de las carreras profesionales, como alternancias de periodos de actividad con otros de inactividad, sin que todo ello implique interrupciones en las carreras al efecto del reconocimiento de derechos futuros.

en España en los días en que se elabora este documento<sup>(29)</sup>. En ninguna de ellas se advierten signos de alteración radical de la idea básica del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo se moderniza, se adaptan sus instituciones y estructuras jurídicas a los cambios en las formas de producir y en el funcionamiento de los mercados, se introducen estrategias de flexibilización del empleo, crece incluso la precariedad. No puede decirse, no obstante que el rumbo de esos ordenamientos –en la realidad normativa– hayan puesto en cuestión aquella idea original.

Esta superficial recorrida de la experiencia continental sugiere, en síntesis, que la *idea particular* del Derecho del Trabajo que le es propia (o algunas de las ideas particulares que la integran) han experimentado cambios significativos en algunas de sus dimensiones, tales como la de la intensidad de régimen protector (en función de las demandas de flexibilidad laboral), el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, la identificación de sus fuentes y las relaciones entre ellas, la composición de su centro de imputación y la configuración de sus sujetos, las relaciones con la seguridad social, etc. En el mismo sentido contribuyen experiencias que devienen en propuestas regulatorias, como la de la *flexicurity* y otras acuñadas por el pensamiento de los juristas, como la del *estado profesional de las personas*. Pareciera, no obstante, que ninguno de esos cambios llegar a configurar un apartamiento esencial de la idea básica del Derecho del Trabajo, tal como intentamos esbozarla en las primeras líneas de este documento.

## 2.2. En países de tradición anglosajona

### a. Sobre su sistema de fuentes

Mientras que en los países que abrevan en el sistema jurídico continental, uno de los espacios que más fuerte transformación experimentara fue el de sus sistemas de fuentes y, en particular, el esquema de relaciones entre ley y convenio colectivo –una de las ecuaciones binarias básicas del entramado laboral continental– poco de eso hubo de verificarse en los países de

---

(29) En un muy crítico contexto, la propuesta del gobierno español apunta a regular de modo restrictivo la contratación temporal, fomentar la contratación por tiempo indeterminado, mejorar la protección social en los contratos formativos, introducir mejoras en el régimen de los contratos de trabajo a tiempo parcial –incluso incentivos a las empresas– puesto que se les considera subutilizados, fomentar el uso de la fórmula de reducción de la jornada como instrumento de ajuste temporal del empleo en lugar del despido, mejorar la eficacia de los servicios de colocación y fortalecer el principio de igualdad en material salarial, además de otras acciones políticas.

tradición anglosajona. En estos, la legislación del trabajo, entendida como el conjunto de normas estatales que regulan en forma imperativa las condiciones de trabajo mínimas, no es relevante (Dukes; 2008) y dista de equipararse en términos de densidad con la que poseen los países de tradición jurídica continental. La fijación de esas condiciones queda en su mayor parte en manos de las negociaciones entre empresarios y sindicatos, sujetas a regímenes diversos: en tanto en algunos países, como es el caso del Reino Unido, es el empleador a quien compete, en el juego de las relaciones colectivas, reconocer al sindicato o sindicatos con los que ha de negociar, en otros, como en los Estados Unidos, es la ley la que establece el procedimiento, en este caso de naturaleza electoral, para determinar quién es el agente sindical negociador certificado que obtiene para un cierto episodio de negociación y una cierta unidad empresarial, el monopolio legal<sup>(30)</sup>.

A mi juicio, es esta configuración del sistema de fuentes lo que habilita, tanto desde la realidad normativa en sí, cuanto de las construcciones de los *legal scholars*, los más notables apartamientos de *las ideas particulares* de sus respectivos derechos del trabajo y, “a fortiori”, de la idea básica que en aquella estilizada dimensión que procuráramos reconocer en la primera sección, también informaba sus ordenamientos. Si como con agudeza de señalara, la ley es el dominio de lo incalculable, que concierne a las cuestiones que trascienden todo cálculo o utilidad individual (Supiot; 2010), puede entenderse que su ausencia (la de la ley) permita los apartamientos más audaces; un ordenamiento en el que ciertos instrumentos de protección del hombre que trabaja –traducción operativa de la *idea básica*– pueden o no estar (pueden o no incorporarse por medio de la negociación) parece más disponible para experimentar alteraciones radicales de la idea original<sup>(31)</sup>.

---

(30) En el Reino Unido, en cambio, el reconocimiento es pura atribución del empleador, y no una imposición de la ley. La ley no impone el deber de negociar ni juega rol alguno en certificar sindicatos como agentes de negociación. Junto a eso, la ley preserva una amplia libertad de huelga y *lock out*, garantizando a sindicatos e individuos inmunidades de responsabilidad por organizar el conflicto y la huelga. El objetivo de los sindicatos ha sido el de evitar que los jueces y que la ley interfieran o descalifiquen los acuerdos arrancados a los empleadores. Al legislador, no se le pide intervención sino apenas que prohíba a los jueces inmiscuirse. El modelo de raíz económica del Reino Unido domina igualmente en los Estados Unidos, concebido también como un sistema de inmunidades sindicales que procuran la autorregulación del mercado de trabajo, pero caracterizado en este caso por la intervención del legislador en la National Labor Relations Act de 1935 (ley Wagner) y luego reformada por las leyes Taft Hartley y Landrum Griffin, que ponen las bases de un sistema de negociación colectiva con el sindicato mayoritario de la empresa.

(31) Como para la intervención de otras formas regulatorias, como las que considera Arup (2001) o para la instalación de tendencias hacia un Derecho del Trabajo sin estado o con menos estado

## b. El contrato de empleo y la subordinación

A la misma lógica responden las construcciones teóricas que, inspiradas por la insuficiente capacidad del tradicional concepto de subordinación para contener los modos diversos en que se anudan hoy las relaciones de trabajo, no solo ponen en cuestión la exclusividad de aquel tradicional concepto para definir el centro de imputación del Derecho del Trabajo, sino que también lo invalidan para servir de parámetro de aproximación o diferenciación de otros vínculos más o menos próximos, y hasta llegan a proponer su supresión como calificador para el acceso al goce de ciertos derechos históricamente concebidos para atender las situaciones de máxima asimetría presentes en la prestación de trabajo humano (Freedland; 2003, 2006 y 2007; Deakin; 2007; Hyde; 2006; Langille; 2009; Linder ; 1999)<sup>(32)</sup>.

Mientras en la dogmática continental parece haber ciertas tendencias tanto a ampliar conceptualmente la idea de dependencia, cuanto a sumar categorías adicionales de trabajadores cuya autonomía jurídico-personal no oculta una de todos modos determinante situación de inferioridad contractual definida por un estado de sujeción económica, influyente literatura anglosajona, como venimos de ver, propone abandonar el tradicional criterio de la subordinación, para sustituirlo por categorías de mayor alcance que incluyan todas las manifestaciones de trabajo personal<sup>(33)</sup>. Se invocan finalidades como las de incluir situaciones hasta ahora excluidas por el paradigma del contrato de trabajo, establecer una lógica de continuidad con los contratos que se encuentran al margen del sistema de protección laboral, hacer posible una más profunda y exitosa experimentación

---

(ello, por otra parte, no es novedoso en estos países, pues está generalizada aquí la intervención de árbitros, conciliadores y otros organismos no estatales de solución de los conflictos; se recurre al arbitraje privado para asegurar la aplicación de los convenios colectivos, junto a otras formas no estatales de regulación (Arthurs; 2007)

- (32) Las construcciones de estos autores son diversas entre sí, como diversas –y en algunos casos hasta contradictorias– son también sus respectivas concepciones sobre el rumbo que debería adoptar el Derecho del Trabajo; no obstante, todos ellos coinciden en poner en cuestión la idea tradicional de la subordinación y del contrato de trabajo y eso es lo que interesa señalar aquí, en el marco de la hipótesis que constituye el objeto de esta reflexión. La legislación no parece haber llegado, por ahora, tan lejos: la figura británica del “worker” como sujeto habilitado para acceder a algunos derechos (su conceptualización en Davidov, 2005) y la del “dependent contractor” en Canadá parecen evocar más bien la idea del trabajador semidependiente de la experiencia continental.
- (33) Langille (2009) con cita de Freedland sostiene que la negativa a “abrir” el centro del imputación del Derecho del Trabajo se origina en el temor a perder la justificación de la desigualdad en los poderes de negociación. Apenas se llega, afirma, a los semidependientes, precisamente porque en ellos esa asimetría de poderes sí está presente. Pero se desperdicia la oportunidad de “capturar” a los trabajadores autónomos por ese prurito anacrónico de preservar la idea de la dependencia.

judicial para el reconocimiento de arreglos contractuales que toleran más amplios grados de autonomía de parte del trabajador, denunciar la insuficiencia del tradicional concepto de la subordinación para reconocerlo como molde o matriz en relación al cual reconocer las categorías alcanzadas y las excluidas por el sistema de protección, mejorar la regulación contractual del conjunto de los contratos de trabajo personal, establecer un marco multidimensional de trabajo personal que hace más fácil establecer convergencias entre la regulación de los contratos de trabajo y la de otros contratos de trabajo personal.

c. **Sobre la construcción teórica de las *capabilities***

Las ideas de Amartya Sen, en particular la construcción teórica de las “capabilities” ha tenido sí acogida en la literatura jurídica anglosajona (entre otros, Deakin; 2005 y 2009 y, en el marco de una propuesta muy distinta, Langille 2009). Parece haber sido Deakin quien con más rigor ha procurado proyectar esa concepción sobre el Derecho del Trabajo, tal vez inspirado en la idea de que el ordenamiento legal demanda el establecimiento de precondiciones institucionales necesarias para facilitar el desarrollo de las capacidades individuales que permitan la participación deliberada y efectiva de los individuos en las actividades de mercado, función que en cierta medida en los derechos de pertenencia continental asume la dominante normativa estatal<sup>(34)</sup>. No alcanza para ello, se sostiene, la asignación de las capacidades contractuales de derecho o de hecho o el reconocimiento del derecho de propiedad –hasta allí la pura lógica neoclásica– sino que es necesario dotar al trabajador de otras formas de soporte institucional, además de las tradicionales de la acción colectiva, para mejorar las condiciones de su participación en la operación de los mercados.

Desde esta perspectiva, sintetizada por Deakin, el de las *capabilities* parece ser un ejercicio en construcción, que trasciende la norma imperativa –pero no necesariamente la excluye– y que permite a su interior hacer los ajustes necesarios junto a los mecanismos de la seguridad y la asistencia

---

(34) Parece ser desde esa lógica que ese autor parece entender que un régimen laboral basado en la idea de la “capabilities” (antes que en la aproximación habitual a la conceptualización anglosajona del intercambio económico, “(...) luciría en buena medida como el tipo de régimen que se observa hoy en el sistema europeo (y en otros), es decir, regímenes en los que los clásicos principios de libertad de contratación y *pacta sunt servanda* son complementados por normas imperativas y supletorias de varios tipos, en su mayor parte originadas en la legislación” (Deakin, 2009) (la traducción es nuestra).

social o de otras políticas públicas, todo ello con el objeto de fortalecer la capacidad del trabajador en el mercado<sup>(35)</sup>.

#### d. *Law and economics*

Finalmente, sin que ello implique menor importancia, es evidente que *el análisis económico del Derecho*, fuertemente instalado en el mundo anglosajón desde los tempranos años sesenta, habilita construcciones que tienden a apartar sus ordenamientos de aquella idea básica del Derecho del Trabajo. Si de lo que se trata es de concebir el ordenamiento de modo de suprimir los obstáculos que obstruyen los acuerdos privados<sup>(36)</sup>, ciertamente menor es el espacio que queda para un régimen jurídico como el del Derecho del Trabajo que, en su idea original, parte de la estructural desigualdad de poderes de negociación y consiguiente ineptitud de la autonomía de la voluntad y, en su consecuencia, del contrato para regular las condiciones de trabajo. Va de suyo que un sistema jurídico que ha brindado acogida a esa concepción –la del *análisis económico del Derecho*– ha de tener, como efectivamente tiene, una mayor propensión a tomar distancia de aquella idea original

### 2.3. En América Latina

#### a. Algunos rasgos comunes

Para el caso de los países latinoamericanos no nos limitaremos a marcar las transformaciones que pudiera entenderse que afectan sus “ideas particulares” del DT. Presentaremos antes, de manera harto sucinta, algunos rasgos comunes de esos derechos. Hay que decir, en cualquier caso, que este tratamiento conjunto no implica sostener la existencia del algo que pueda caracterizarse como *un Derecho del Trabajo latinoamericano*; se trata apenas de un esfuerzo metodológico para presentar una “idea particular” algo más inclusiva que la que resultaría de trabajar sobre un específico régimen nacional<sup>(37)</sup>. Si algo cabría anticipar, a los efectos que hoy nos ocupan, es

(35) Distinta es la perspectiva de Langille, (2009), para quien la idea de la capability, entendida en él como un instrumento de liberación del capital humano limitado por instrumentos normativos que de algún modo obstruyen su despliegue, debe jugar un rol más bien sustitutivo de las instituciones de tutela preexistentes.

(36) En ese sentido, el teorema de Coase según Cooter y Ulen, *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998; en el mismo sentido, con particular referencia al Derecho chileno, José Luis Ugarte C. *Análisis Económico del Derecho; el Derecho Laboral y sus enemigos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

(37) Así como en este caso destacaremos los rasgos comunes de los Derechos del Trabajo de la América

que la totalidad de estos derechos parecen enmarcarse con comodidad en la estilizada “idea básica” del Derecho del Trabajo que propusiéramos en las primeras líneas.

En ese cometido, habría que decir que los derechos del trabajo de la América Latina comparten una común pertenencia al sistema jurídico continental; luego, desde esa perspectiva, su *idea particular* del derecho del trabajo se distingue de modo nítido de los que responden a otras construcciones culturales (v. gr. la del *Common Law*).

Una de las diferencias significativas que distinguen a los derechos del trabajo de América Latina de otros pertenecientes a países en desarrollo, es que aquellos son *derechos influenciados* que, como se viene de señalar, expresan la tradición jurídica heredada de la Europa continental, pero no son *derechos transplantados*; la mayoría de esas naciones accedieron a su independencia en las primeras décadas del siglo XIX y, por lo tanto, antes del desarrollo del proceso de industrialización y, por consiguiente, de la instalación de un verdadero sistema jurídico laboral en sus potencias coloniales.

En función de esa condición, los ordenamientos laborales de los países de América Latina expresan un derecho fundado sobre la ley como experiencia jurídica primera<sup>(38)</sup>, la idea de orden público social, una activa intervención estatal, el predominio de la norma imperativa y, por lo tanto, “inderogable” “a la baja” y un sistema de fuentes que es una mezcla, en dosis diversos en cada una de esas naciones, de leyes y convenciones colectivas que, en su conjunto, constituyen un sistema complejo de técnicas de limitación de la autonomía de la voluntad.

Desde luego, la pertenencia al sistema continental no implica necesariamente que esos países constituyan expresiones del denominado “modelo social europeo”. En razón de variados factores de la experiencia (histórica, cultural, política) de los países de la región, abrigo la hipótesis de que estos derechos expresan, en diversa medida, una pertenencia *débil* al modelo social europeo, circunstancia que, diría, les ha hecho más sensibles a las compulsiones neoclásicas que tuvieran su más enérgica implantación en los

---

Latina, podríamos en cambio marcar sus diferencias y destacar, en consecuencia, la singularidad de cada ordenamiento nacional; desde luego, esta última opción no resulta útil a los efectos que se proponen en este documento.

(38) DíEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Madrid, 1973.

noventa, por lo tanto, a su impacto abrupto y desmesurado, la consiguiente introducción de reformas sesgadas e inconsistentes, la ineptitud para la puesta en marcha de un proceso más riguroso para reaccionar a los desafíos que evocamos líneas arriba e, incluso, la propensión a las ulteriores restauraciones anacrónicas o desviadas (la contrarreforma...) que se produjera en algunos países a partir de los primeros años del nuevo milenio.

Otro de sus rasgos, entre los más señalados por la literatura es el de la crisis de autenticidad (Deveali; 1983) o, dicho de otro modo, la brecha interpuesta entre derecho y realidad (Ermida; 1990) y la consiguiente falta de efectividad de estos ordenamientos, desde luego en diversa medida, en dos niveles vinculados entre sí, pero ciertamente diferenciables:

- La presencia generalizada de trabajo informal (tanto en el sector informal en sentido propio, como en empresas formales que, sin embargo, no registran a partes más o menos extendidas de sus propias plantillas<sup>(39)</sup>). Va de suyo, por lo tanto, que la informalidad y la necesidad de su reducción forman parte de la idea particular de los derechos del trabajo de la América Latina (como de otras naciones en desarrollo)<sup>(40)</sup>.
- Una cierta tendencia a la implantación de normas que exorbitan los contextos o prácticas regionales y que, por lo tanto, no se aplican o, cuanto menos, no se aplican siempre o no plenamente. Lo cual puede tal vez atribuirse a;
  - Un desarrollo legislativo que ha sido más bien producto de concesiones de gobiernos de diverso signo y con diversas motivaciones pero, a diferencia de la Europa continental, no como respuesta a los reclamos y la lucha de los trabajadores; son derechos que en muchos casos se instalan antes del advenimiento de un verdadero proceso de industrialización<sup>(41)</sup>.

(39) Se trata de los trabajadores no registrados o clandestinos que, junto con aquellos que se desempeñan en el sector informal en sentido propio, constituyen la denominada *economía informal*.

(40) Lo que magnifica la importancia de temas como inspección del trabajo, acceso a la justicia, diseño normativo, reducción de costos de la formalidad, apreciación y puesta en valor de las ventajas de la formalidad, etc.

(41) Gerad Lyon Caen (2004) dice del Derecho del Trabajo francés que *es un derecho nacido de la presión de los trabajadores sobre el Parlamento, el gobierno o los empleadores; luego, un derecho no otorgado sino conquistado*. Deveali (1983) refiere en cambio que el Derecho del Trabajo en

- La indudable influencia de precedentes europeos y, a partir de los años veinte, de las convenciones de la OIT que, después de todo, en su mayor parte también inspiradas en las experiencias europeas; todo ello sin un necesario correlato con la realidad social, tecnológica e industrial imperante en la región.
- Y también la influencia de experiencias autoritarias tanto autóctonas<sup>(42)</sup> como importadas de la vieja Europa. Entre esas últimas, las de la España de Franco, el Portugal de Oliveira Salazar (particularmente intensa en el caso de Brasil) y la Italia de Mussolini, con la singularidad notable de que, abandonadas en sus países de origen tan pronto estos transitaran desde el totalitarismo hacia las instituciones de la democracia, han subsistido en algunos países de la región hasta nuestros días; es el caso de los regímenes de sindicato único aún subsistentes en Argentina y Brasil, o de las restricciones a la libertad sindical no superadas aún en los ordenamientos de naciones que, no obstante, han adquirido ya interesantes credenciales democráticas, como Chile y Costa Rica.

#### b. Las reformas laborales en América Latina; la contrarreforma

Estos ordenamientos no salieron indemnes de los procesos reformistas desplegados en muchos de ellos en los años noventa.

Puede, en primer lugar, reconocerse un cierto proceso de *convergencia institucional* entre esos ordenamientos, que en el caso de las relaciones individuales del trabajo transitara, obviamente, el rumbo de la denominada *flexibilidad laboral* en varias de sus manifestaciones, y en materia de relaciones colectivas de trabajo tuviera a los convenios de libertad sindical

---

América Latina nace de un modo distinto: en el viejo mundo, confirma, cada progreso es resultado de la lucha del proletariado (plazas, movimientos revolucionarios, huelgas cruentas o discusiones agitadas en los órganos parlamentarios, con el liderazgo de los líderes del proletariado, contra la tenaz resistencia de las fuerzas conservadoras) “(...) En América Latina, o cuanto menos en la mayorías de sus países, (en cambio) se dicta una generosa legislación industrial cuando el proceso de industrialización está todavía en sus inicios y mucho antes de que se plantee una verdadera ‘cuestión social’”.

(42) Como recuerda Bronstein (1997), no son pocos los códigos latinoamericanos que han llevado los nombres de los dictadores que los introdujeran. Tal el caso del código Trujillo, en la República Dominicana, del Código Stroessner en Paraguay, del Código Somoza en Nicaragua.

y los principios que de ellos emanan como *punto de convergencia*<sup>(43)</sup>. Esos trayectos de convergencia fueron impulsados en cada uno de esos ámbitos por factores políticos e ideológicos simultáneos pero de bien diversa estirpe: el pensamiento neoclásico en el marco de la liberalización de los intercambios y la consiguiente homogeneidad en los discursos de contestación de los ordenamientos laborales, en el primer caso; la recuperación de la democracia y una concepción más extendida del sistema de libertades, en el restante.

En esa dimensión convergente, los procesos de reforma laboral que tuvieran lugar en América Latina parecen haber sido más sensibles a los reclamos de *flexibilidad externa y numérica*<sup>(44)</sup> concebida para impulsar la reducción nominal de los costos de la mano de obra y mucho menos receptivos, en cambio de esa otra perspectiva que se sustenta más en la denominada *flexibilidad interna y funcional y la simultánea perdurabilidad de los vínculos*,

En línea con el proceso correlativo desencadenado en los países de la Unión Europea, aunque de modo ciertamente menos incisivo, se descubre también en los países de la región una incipiente tendencia de exaltación de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, los específicos, consagrados en los ocho convenios fundamentales de la OIT, y los “inespecíficos”<sup>(45)</sup> de la persona en su consideración en el ámbito de trabajo.

Pero en los albores del nuevo milenio se había hecho ya evidente que esas reformas laborales, en el marco de las concomitantes reformas

---

(43) Si la convergencia es acción o efecto de dirigirse dos o más líneas a unirse en un punto, una acción de convergencia supone el desplazamiento común de los diversos elementos convergentes en el sentido de un mismo punto de destino (*punto de convergencia*). Este puede estar más cerca de uno u otro de los sistemas (o elementos de ellos) que se relacionan, en un punto intermedio entre ellos o en un lugar exterior al espacio que los vincula (Feldman, Silvio y Goldin, 1995, p. 47).

(44) En algunos casos se advierte también una voluntad manifiesta de sustituir técnicas tradicionales para la provisión de la tutela por otras más complacientes con los mercados, tales como los esquemas de capitalización individual o colectivo –principalmente en los sistemas de pensiones, pero también en regímenes de seguridad en el empleo– y el recurso al seguro privado (accidentes del trabajo, prestaciones de salud).

(45) Así les llama Palomeque (1991) en terminología que ya “ha hecho carrera”. Tales como los de intimidad, opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, cumplimiento de deberes familiares, restricción en el tratamiento de los datos sobre el asalariado, evaluación de datos genéticos, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, preservación de la privacidad de la correspondencia electrónica, entre otras.

económicas, no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación sociolaboral ni los mercados de trabajo de los países de la región: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, incremento notable de la pobreza y la desigualdad<sup>(46)</sup>. En ese marco, sobreviene una virtual suspensión de los procesos de reforma de inspiración neoclásica y, en algunos de ellos, una tendencia de reflujo (¿contrarreforma?) de diversa intensidad<sup>(47)</sup>.

### c. El devenir de la idea del Derecho del Trabajo en América Latina

Hay que decir, de todos modos, que las reformas producidas en las últimas décadas –señaladamente, en los noventa– no alcanzaron a conmover los fundamentos estructurales de los derechos sociales en América Latina<sup>(48)</sup>, ni aún durante el periodo en que se materializaran las transformaciones más profundas. En todo caso, se han tratado en su mayor parte de reformas que más han tenido que ver con *la intensidad tutelar* del sistema de protección que con transformaciones sustantivas que permitan decir, como sí pudo decirse de los derechos del trabajo europeos, que sus versiones tradicionales forman parte ya de la arqueología del derecho social. *Como consecuencia del carácter no sustantivo de esas reformas y, en su caso, de la restauración de las instituciones precedentes, resulta evidente que la idea particular*

---

(46) En ese sentido, véase Pagés Serra (2004), quien admite que “las reformas estructurales no produjeron los cambios previstos en el mercado laboral”. Años antes, Lora y Pagés Serra (1996) reclamaban con vehemencia ese tipo de reformas donde se propiciaban “profundas reformas laborales para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia”. Y, como se menciona *supra*, se denunciaba el hecho de que, en tanto, se habían producido cambios profundos en política comercial, cambiaria, tributaria, financiera, y en privatizaciones, las reformas laborales habían sido de más baja intensidad.

(47) A excepción de unas pocas reformas que se propusieron aligerar los costos laborales de las pequeñas empresas. Tal es el caso del Perú, donde en julio de 2003 se adoptaron nuevas normas mediante las cuales se redujeron los derechos laborales en las empresas de no más de diez trabajadores y el de Paraguay, donde la Ley N° 1.980 de septiembre de 2002 permite a las pequeñas empresas contratar hasta el 20 por ciento de su personal bajo contrato de primer empleo (las que no superan cinco trabajadores pueden contratar uno bajo esta modalidad), sin que ello imponga aportar por ellos al régimen de pensiones, ni seguro social, asignación familiar, indemnización por preaviso ni vacaciones, y deduciendo los aportes jubilatorios y pensiones del impuesto a la renta.

(48) Córdova (1996) destaca que ni aun la dictadura chilena, que redujo derechos, desactivó el control estatal –pasó del control del cumplimiento de las normas al control del sindicato y el conflicto–, procuró la descentralización de la estructura sindical y la negociación colectiva, y cercenó el derecho de huelga, alcanzó a conmover las bases y fundamento del derecho del trabajo. En el mismo sentido, Bensusán (2006) afirma que esas reformas –se refiere a las que afectaron a la Argentina, Brasil, Chile y México– “no llegaron a afectar drásticamente las reglas preexistentes”. Desde otra perspectiva, pero confirmando la misma idea, Lora y Pagés Serra (1996) se agraviaban de la tibieza de las reformas laborales.

*de estos derechos, aún debilitada, no ha cambiado demasiado y, a fortiori, que tampoco se han apartado de aquella idea básica.*

#### d. América Latina ante los debates más recientes

¿Qué relevancia pueden tener para países en desarrollo, como los de la América del Sur, desarrollos teóricos como los que se encuentran actualmente en debate en las economías industrializadas?

Pareciera que el concepto *de capabilities* o ‘capacidades’, necesariamente mediatizado por las singularidades de cada uno de aquellos países, puede iluminar trayectos para el tratamiento de la informalidad, uno de los flagelos que más intensamente conspiran contra un adecuado despliegue y generalización de los instrumentos de la protección laboral y social. Ciertamente, no se trataría de unas *capacidades* (o *de unas capabilities*) para sustituirlos, sino bien por el contrario, para facilitar el acceso al amparo de la ley y al goce efectivo de los derechos de la formalidad. Si al sujeto que se encuentra dentro del marco del amparo de las instituciones de la ley, la idea de las *capabilities* puede servirle para “moverse” con más autonomía en el mercado (en todo caso, unas *capabilities además* de los instrumentos tradicionales de protección y no *en lugar* de aquellos), en el caso de las naciones en desarrollo, desde la misma perspectiva axiológica, este enfoque teórico debería servir *para acceder a los beneficios de la protección social y de ningún modo para sustituirlos*. Sirve al trabajador que se le dote de recursos suficientes para asegurarle el acceso a su amparo, allí donde la norma imperativa y las técnicas auxiliares tradicionales (señaladamente, la inspección del trabajo), no bastan para realizarlo. En suma, la norma imperativa, para tener efectiva vigencia, demanda un cierto mínimo poder de mercado, del que el trabajador informal carece y del que –*capacidades* o *capabilities* mediante– conviene dotarlo.

La idea de “flexicurity” tiene también, a mi juicio, algún aporte que hacer a la reflexión latinoamericana sobre la protección social. En una reciente actividad de la Cepal sobre esa propuesta teórica<sup>(49)</sup> pareció, a juicio del autor, quedar claro que, con relación a ese esquema, *es el espacio de la protección social el que demandaba los más audaces avances y desarrollos*. Bien lejos del “descubrimiento” o la “revelación”, puede no obstante rescatarse

---

(49) Ver la síntesis de los documentos elaborados en esa oportunidad en Weller (comp), 2009.

la pertinencia para la región de la *idea compleja de la protección social* –explícita en la formulación teórica de la flexicurity– expresada en la utilización simultánea y armónica de un continuo en que a la protección contractual en sí –las normas tradicionales del Derecho del trabajo– se agregan los instrumentos de la seguridad social, las diversas políticas activas del mercado de trabajo, la formación y el entrenamiento en su versión continua (*lifelong learning*) y el diálogo social como vehículo asociado al diseño de un conjunto de semejante contextura.

Hay que decir, finalmente, que también la identificación de los sujetos incluidos en el amparo del Derecho del Trabajo deberá afrontar en América Latina ejercicios de redefinición. Habrá que tener en cuenta, en todo caso, que mientras que en la economías industrializadas prevalecen en esos procesos, factores que son producto de la innovación tecnológica y organizacional, (aunque se registra, bien que en menor medida, la presencia de otros menos “sofisticados” como la informalidad y el fraude), en los países en desarrollo el proceso de debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo<sup>(50)</sup> (allí, a su interior, las necesidades de redefinición de los sujetos) encuentra sus expresiones más arraigadas en la informalidad y en otros factores analógicamente primitivos (aunque también en menor medida, pueden observarse otros más modernos, especialmente en la áreas tecnológicamente más avanzadas).

#### e. América Latina y la internacionalización de los mercados

También los efectos de la internacionalización de los mercados afectan a los derechos del trabajo de los países de América Latina, aunque no de modo idéntico al que operan en los países desarrollados, y tal vez con más acuciante intensidad. En tanto en estos últimos pueden afrontar la competencia internacional particularmente en materia de inversión directa y de cara a las tendencias a la deslocalización de las inversiones, mediante los más diversos instrumentos de lo que genéricamente se consideran factores de competitividad sistémica (Banks; 2006), las carencias imperantes en esas naciones en desarrollo les llevan a compensarlas por medio de la preservación de los bajos costos laborales, frecuentemente asociados a la degradación de los niveles de protección laboral. Es, pues, más compleja la defensa de los

---

(50) Que procuramos describir y explicar en “Labour Subordination and the Subjective weakening of labour law” in “*Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work*” (Guy Davidov and Brian Langille comps) Hart Publishing, Oxford, 2006.

contenidos de los derechos del trabajo en estos países<sup>(51)</sup> afectados por esas presiones y por las tendencias a la desintegración vertical de las empresas, fenómenos que tienden a desorganizarlos (Valdés; 2001); todo lo cual demanda las más creativas reacciones para “reorganizarlos” so riesgo de que, privados de sus defensas inmunológicas, estos ordenamientos encuentren dificultades insalvables para garantizar su subsistencia<sup>(52)</sup>. Es desde esta perspectiva que la señalada inamovilidad de las “ideas particulares” de los Derechos del Trabajo de América Latina –en algunos casos, las restauraciones anacrónicas– no sean, tal vez, una noticia de la que regocijarse, como tampoco lo fueran en su momento de auge los ejercicios banalmente desregulatorios inspirados por los organismos internacionales de crédito<sup>(53)</sup>.

#### f. Evaluación provisoria

A modo de síntesis conclusiva, cabría decir que la idea básica del Derecho del Trabajo –en pocas palabras, la tutela del hombre que trabaja en forma personal en condiciones de desigualdad contractual– conserva para América Latina valores que sugieren y aconsejan su preservación. Cabría pensar, no obstante, que la falta de adecuación de los contenidos de la idea particular (o las ideas) de los derechos del trabajo de América Latina, no es una buena noticia; esa evolución ausente podría distanciar a los derechos del trabajo locales de los hechos, los contextos y lo procesos más recientes –las nuevas tecnologías, los nuevos arreglos organizacionales (del trabajo, de la producción), los arrebatos de la internacionalización de las economías, etc.–, arriesgando hacerles tan poco capaces de resolver las viejas carencias como los nuevos desafíos. Reflexión que sugiere una nueva hipótesis: *la posibilidad de conservar la “idea básica del Derecho del Trabajo” en*

(51) Luego, las presiones de la globalización no son parejas y producirán efectos negativos sobre todo sobre los países subdesarrollados, aumentando la segmentación (Banks; 2006). Fenómeno que tiende a producirse más a través del *outsourcing* que de la inversión directa. Y estos países si pueden participar en un *race to the bottom* (carrera hacia la degradación de las condiciones de trabajo). Hay aquí tendencia a la actividad trabajo-intensiva, en el marco de una amplia oferta de trabajadores no calificados sin poder de mercado; prevalecen, por lo tanto, procesos más “movilizables” y, por lo tanto, más susceptibles a la deslocalización.

(52) Hay, en efecto, estrategias políticas y normativas para combatir los efectos predatorios del *outsourcing*; en particular, en materia de subcontratación, cesión de personal, transmisión de empresas, despidos colectivos, garantía de créditos laborales en situaciones de quiebra o insolvencia del empleador, etc. (Rodríguez Piñero; 2006).

(53) Tal el caso del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial.. Desde esta perspectiva, no tiene importancia menor la decisión de esta última entidad de suspender la vigencia del “Employing Workers Indicator” (EWI) decidida en abril de 2009. Ese indicador aparece en “Doing Business”, la publicación anual del banco de más alta circulación; se trata de un informe que mide los costos que implican para las empresas ciertas regulaciones seleccionadas en 181 países.

*tanto valor, depende de que las “ideas particulares” de cada ordenamiento (o de cada conjunto) muestren capacidad de plástica adaptación. La “congelación” del ordenamiento tradicional, por confortable que resulte a los ojos del laboralista, puede ser un signo de necrosis que facilite el más masivo cuestionamiento de la idea matriz.*

### 3. Las ideas particulares en tratamiento comparado

#### 3.1. Sobre las demandas de la economía

Todos los ordenamientos que hemos sometido a consideración en las líneas precedentes han sido objeto de sostenidos reclamos de adecuación a consideraciones de eficiencia y de racionalidad económica. Pero mientras que en los países del área del *Common Law* esos reclamos se han ajustado –con mayor o menor rigor– a concepciones afines al análisis económico del Derecho y no han tenido que afrontar un entramado legislativo consistente, en los países del área continental y también en los de la América Latina, en cambio, han asumido la forma de las demandas de flexibilidad que, por añadidura, han debido operar sobre regímenes legales extendidos y consistentes.

Como consecuencia de ello, las construcciones de los juristas anglosajones no han debido sortear insuperables restricciones al ejercicio de la libertad contractual, lo que tal vez facilita la opción que hacen algunos de ellos de tomar distancia de aquella idea básica y original del Derecho del Trabajo apoyada sobre la dominante técnica de la limitación de la autonomía de la voluntad.

Como queda dicho, en las áreas restantes (la Europa continental y la América Latina) los mismos reclamos hubieron de proyectarse bajo la forma de demandas de flexibilización de las normas legales, que no resultaron cuestionadas en su propia existencia sino en la hipotética rigidez de sus textos, de donde cuantiosísimas reformas que les afectaron habrían de derivar en ordenamientos que exhiben en conjunto una menor intensidad tutelar pero que no han abdicado su rol de poner límites a los contratos individuales, ni por lo tanto su compromiso con la idea básica esquematizada en la primera sección. Cabría, pues afirmar, una vez más, que *los mecanismos de flexibilidad laboral, instrumentados también en un poderoso arsenal legislativo, no son hoy sino propiedad y nota calificadora de normas que siguen siendo*

*imperativas y que siguen imponiendo (tal vez menores) restricciones al ejercicio de la libertad contractual*<sup>(54)</sup>.

Podría pues decirse que a la determinante virtualidad del *homo economicus* que preside la evolución de las ideas particulares del Derecho del Trabajo de los países del área del *Common Law*, los países de raigambre continental tienden a oponer la concepción del *homo jurídicus*, en tanto dogmática construcción del hombre y del Derecho, sea implícitamente<sup>(55)</sup> –es lo que estaría detrás de la preservación continental de la idea histórica del Derecho del trabajo– sea explícitamente, del modo que ilustra la monumental construcción conceptual de Alain Supiot en una obra relativamente reciente (Supiot; 2007)<sup>(56)</sup>.

### 3.2. En relación con el sistema de fuentes

Ni que decir hay que “en el corazón” de esa diversa incidencia de la lógica económica está la radical diferencia en los sistemas de fuentes. Si bien en el espacio continental se modifican las relaciones entre las fuentes –en general, a favor de la autonomía colectiva y en detrimento de la fuente de naturaleza legal– si bien se incorporan al sistema reglamentaciones no vinculantes (*soft law*), se puede todavía decir que la ley es algo menos vigorosa... *sed lex*, y que el *soft law* no tiene la misma dimensión en el contexto de un ordenamiento enmarcado en la fuerza de la ley y de las constituciones que regulan el hecho laboral, que en otros en que unas y otras no juegan un rol relevante en esa materia.

(54) Puede el DT ser un “failing paradigm” (Hyde; 2006) o bien un paradigma puesto en dificultades por un cambio en el contexto, que requiere consecuentemente un cambio y adecuación de sus instrumentos. Audazmente se podría decir que en la literatura norteamericana se evidencia una cierta percepción compartida de un paradigma que se agota, destino que algunos parecen aceptar, en tanto que otros lo contemplan con desazón y voluntad de resistencia (Stone, 2007 ; Arthurs; 2006). En la dimensión continental, esa percepción tiene un espacio sensiblemente menor. En Latinoamérica, salvo excepciones, ha habido flujos y reflujos del Derecho del Trabajo en punto al grado de intensidad de las instituciones de protección, sin que su idea básica haya sido puesta seriamente en cuestión en el pensamiento laboral.

(55) Tal vez como en la recordada comedia-ballet “El burgués gentilhomme” de Moliere, cuyo protagonista descubre que hablaba en prosa sin saberlo.

(56) En una obra de aún más reciente aparición (Supiot; 2010) el mismo autor justifica esa perspectiva –esa función antropológica del Derecho– como el producto de un conjunto de principios dogmáticamente afirmados por el hombre (no provienen de Dios ni de la ciencia), pero que no constituyen solo un acto de fe, sino también de razón, en tanto proceden de la experiencia trágica resultante de la cosificación del ser humano. Esos principios se materializan en el de la dignidad del hombre de cuya custodia la ley no puede abdicar en nombre de la libertad, del mismo modo en que no es lícito postergar las libertades en nombre de la seguridad.

En el caso de las naciones de América Latina, puede decirse que su afiliación continental y su pertenencia *débil* al modelo social europeo, les ha hecho más sensibles a las compulsiones neoclásicas desplegadas particularmente durante los noventa, y por lo tanto, a su impacto abrupto y desmesurado, a la introducción de reformas intensas, sesgadas e inconsistentes e, incluso, a las restauraciones anacrónicas o desviadas (las contrarreformas) que se produjeran en algunos de esos países a partir de los primeros años del nuevo milenio

Cabe pues concluir que, desde la perspectiva del sistema de fuentes, se altera la idea original del Derecho del Trabajo si el sistema abandona la función igualadora de la norma imperativa (autónoma o heterónoma) y no en cambio si se alteran los modos de *internormatividad*, en la medida en que no se restituya la fijación de las condiciones de trabajo y los niveles de protección social al puro juego de la libertad contractual. Desde esa perspectiva, la contextura del sistema de fuentes –más o menos voluntarista– alienta la adopción de rumbos diferentes cuando los desafíos comunes ponen en cuestión la continuidad de los ordenamientos. En el marco de la ley y con el soporte de las constituciones, los sistemas jurídicos de pertenencia continental tienden a evolucionar en el marco de la idea básica y original del derecho del trabajo, en tanto los ordenamientos anglosajones parecen tener menos restricciones para apartarse de aquella idea.

### 3.3. Sobre el concepto de dependencia o subordinación laboral

En cuanto a la aptitud inclusiva de la tradicional idea de la *subordinación laboral* los trayectos son también diversos. En la experiencia continental, ese “desafío” tiende resolverse sin dismantelar el concepto tradicional –no se posterga conceptualmente la narrativa de la determinante situación de inferioridad contractual del trabajador– sino más bien ampliando el concepto o bien agregando otras categorías susceptibles de tutela, en tanto florecen en los países anglosajones construcciones que sugieren el liso y llano dismantelamiento de la idea de la subordinación, cuando no la construcción –en su sustitución– de otras ideas de mayor alcance inclusivo.

Correlativamente, los cambios acentuados en la figura del empleador, producto de los procesos de descentralización productiva y de desintegración vertical de las empresas reclaman en los países de pertenencia continental renovadas estrategias legislativas tendientes a la asignación de deberes, derechos y, en general responsabilidades, en tanto en los países del área

del *Common Law* esos fenómenos se presentan más bien como retos a la estructura de la negociación colectiva.

De tal modo, cuanto menos intensa es la trama normativa de fuente legal, menores cautelas parecen oponerse a la apertura, a la disolución incluso, de las categorías que determinan el centro de imputación de un tal régimen jurídico y, correlativamente, cuanto más densa es esa trama, más inquietante es la desorganización que infieren los fenómenos de la desintegración vertical de las empresas.

En este particular aspecto resta decir, a modo de conclusión, que no toda evolución en la definición de los sujetos de las relaciones individuales del trabajo implica una desviación de la idea básica y original del Derecho del Trabajo. No lo son aquellas que incorporan categorías de dependencia atenuada, en la medida en que no priven a la categoría dominante de límites compensatorios del desnivel en los poderes de negociación. Sí, en cambio, las técnicas de reconocimiento que no incluyen de modo definitivo esa condición de desequilibrio como condición de aplicación del ordenamiento.

### 3.4. Las construcciones teóricas de las *capabilities* o de las *capacidades*

La construcción teórica de las *capabilities* parece un mecanismo de intervención más requerido en unos ordenamientos –los del sistema jurídico del *Common Law*– a los que la ley no provee de otros mecanismos institucionales para la realización de sus fines, particularmente en un contexto en que los instrumentos de la acción colectiva parecen haber sufrido un empobrecimiento que en estos ámbitos la ley no está en condiciones de compensar.

Claro está que esta perspectiva puede invocarse para acompañar el desempeño de la norma legal, para suplirla donde falta y hasta para trascenderla, o bien, simplemente, para ocupar su lugar y sustituirla<sup>(57)</sup>. Mientras que las primeras opciones no parece llevar necesariamente al aban-

(57) Es, en cierta forma, la posición de Langille, que entiende necesaria esa sustitución para posibilitar el despliegue irrestricto del “capital humano” del que dispone cada trabajador. Hay que decir, en todo caso, que la idea de “capital humano” (que Langille recoge en este caso de las elaboraciones del propio Amartya Sen) no queda sin crítica; Supiot (2009) evoca, en efecto expresiones similares: “(...) popularizada (*esa idea*) por Stalin (*cita L’homme, le capital le plus précieux. Pour une formation bolchévique, Paris, Editions Sociales 1945*) ha servido de equivalente comunista a la noción nazi de “material humano”.

dono de aquella idea básica del Derecho del Trabajo a partir de la cual se desarrolla esta reflexión, la segunda, claramente, importa apartamiento respecto de esa idea.

### 3.5. Nuevos espacios para la Seguridad Social

Nuevos roles parecen asignarse también al Derecho de la Seguridad Social cuando el vínculo dependiente, antaño dominante, pierde esa condición; cuanto menos, cuando pierde su vocación histórica de permanencia. La relación deviene inestable, incorpora nuevos perfiles –por ejemplo, los de los diversos niveles de “semidependencia”– y se sucede con instancias de trabajo autónomo, desempleo, periodos formativos, etc. Allí, las construcciones tendientes a asegurar la continuidad de los ingresos, cuya adscripción al campo de la seguridad social parece pertinente. Ese cometido de dar cobertura a las transiciones y a los intersticios de ninguna manera implica apartamiento de la idea básica del Derecho del Trabajo; bien por el contrario, aporta a su enriquecimiento, suplementando un rol que la seguridad social viene cumpliendo desde bien tempranas instancias del desarrollo del Derecho del Trabajo.

Hay que decir, finalmente, que un Derecho del Trabajo que preservando su esquema básico (su función indelegable en todo aquello que solo puede actuarse sobre el sujeto que es, más o menos categóricamente, un empleador), traslada o incorpora instrumentos de tutela de la seguridad social o de ciertas políticas activas de mercado de trabajo, podría estar modificando su propia “idea particular”, pero no necesariamente su idea histórica (se trata, desde luego, de una cuestión de grado, pues un tránsito masivo de sus instituciones implicaría, esta vez sí, un cambio sustantivo en esa idea).

## III. PARA TERMINAR

---

En su dimensión normativa, los derechos del trabajo europeos históricos han experimentado fuertes cambios en sus *ideas particulares*; los ordenamientos resultantes, no obstante, no se han apartado de la *idea básica* y original del Derecho del Trabajo<sup>(58)</sup>. La idea del orden público y, como deri-

---

(58) Tal vez pueda decirse que en los Derechos del trabajo continentales, como en la bella imagen de la Carcassone restaurada por el arquitecto Violet Le Duc, no se sabe ya qué es nuevo y qué

vacación de la misma, la limitación de la autonomía individual y el principio de irrenunciabilidad, tienen todavía un rol preeminente. Las tendencias de flexibilidad no constituyen sino una propiedad del sistema de protección y no es de descartar que, paradójicamente, tengan la virtualidad de servir a la preservación del modelo histórico. En síntesis: más cambios normativos (lógicos, por el rol dominante que ha desempeñado y sigue desempeñando la ley); menos propensión al apartamiento de la *idea básica*.

Los derechos del trabajo de América Latina, de innegable perfil continental, tienden igualmente a mantenerse en el marco de la idea histórica del Derecho del Trabajo; su *débil* afiliación al modelo social europeo tal vez contribuya a explicar el impacto notable –de reformas sesgadas e inconsistentes, de restauraciones anacrónicas o desviadas– que algunos de estos ordenamientos experimentaran en los últimos años.

En los países del *Common Law*, cuyos ordenamientos están menos estructurados en torno de la ley y, por lo tanto, tienden a demandar menos cambios normativos, se constata, sin embargo, una mayor inclinación de los juristas a la revisión de la “idea básica” del Derecho del trabajo. Se advierte en ellos una mayor sensibilidad para los replanteamientos económicos, una cierta disposición a la sustitución de las técnicas de la tutela, a la apertura de las categorías que definen el centro de imputación del Derecho del trabajo, al abandono del concepto de la dependencia (como molde referencial o directamente como categoría) y al diseño de otras categorías más inclusivas. Es natural que un ordenamiento que no hace de la ley su experiencia jurídica primaria tenga menos reparos en apartarse de aquella idea histórica.

Todo lo cual permite afirmarse sobre la hipótesis inicial formulada ahora en los siguientes términos: *el modo de ser de algunas de las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo puede facilitar un apartamiento respecto de la “idea básica y original” de esa rama del Derecho, que otras “ideas particulares” son menos propensas a transitar.*

---

es original, por el modo indiscernible en que se han insertado las piedras nuevas en las antiguas murallas: “(...) on a tellement bien inséré des pierres nouvelles dans les anciennes murailles, que tout a l’air nouveau alors qu’en réalité tout existait déjà il ya plusieurs siècles (...) mais, tout a bougé parce qu’on a changé toutes les pierres (...)” (G. Lyon-Caen; 2001).

## BIBLIOGRAFÍA

---

ARTHURS, Harry X. *Compared to what? The UCLA comparative Labor law project and the future of comparative labor law*. 28 - 3 Comp. Lab. L. & Policy J, 2007.

ARTHURS, Harry X. "Who is afraid of globalization? Reflections on the future of Labour Law". En: *Globalization and the Future of Labour Law*. John D.R. Craig and S.Michael Link eds. Cambridge University Press Cambridge, 2006.

ARUP, Chris. *Labour Law as Regulation: Promise and Pitfalls*. Australian Journal of Labour Law, 14-230, 2001

BANKS, Kevin, "The impact of globalization on labour standards. A second look at the evidence". In: *Globalization and the future of labour law*. Edited by John D.R. Craig and S. Michael Lynk, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

BARNARD, Catherine; DEAKIN, Simon and MORRIS, Gillian S. "The future of Labour law, introduction". In: *The Future Of Labour Law*. Liber Amicorum Bob Hepple QC, (Barnard, Deakin and Morris, eds) Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004.

BARTHÉLÉMY, Jacques. *Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la Sécurité Sociale?* Droit Social N° 7/8, julio-agosto, 2007.

BENSUSAN, Graciela. "La distancia entre normas y hechos: instituciones laborales en América Latina". En: *Revista de Trabajo*. Año 2, núm. 2, Nueva Época, Buenos Aires, 2006.

BIRK, Rolf. *Labor law scholarship in France, Germany, and Italy: some remarks on a difficult question*. In 23-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 679, 2002.

BLANC-JOUVAN, Xavier. "Lessons from an experiment in comparative labor law (re-flections on the comparative labor law group)" in, 28-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 407, 2007.

BÖHEIM, René and MUELHBERGER, Ulrike. "Dependent forms of self-employment in the UK: identifying workers on the border between employment and self employment". Work Paper N° 91 (February, 2006), Vienna University of Economics and B.A., Department of Economics Working Paper Series, 2006.

BONNECHÈRE, Michèle. *Sur l'ordre public en droit du travail: les principes sont toujours là ...* Droit Ouvrier 2007, 714, 2007.

BRONSTEIN, Arturo. *International and Comparative Labour Law; Current Challenges*. ILO/Palgrave Macmillan; Great Britain/Geneva, 2009.

BRONSTEIN, Arturo. *Labour law reform in Latin America: Between state protection and flexibility*. Vol. 136 -1, International Labour Review, 1997.

BRONSTEIN, Arturo. "Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 116-1, Ginebra, 1997.

CABEZA PEREIRO, Jaime. *The status of self-employed workers in Spain*. Vol. 147-1, International Labour Review, 2008.

CARUSO, Bruno. *Changes in the workplace, and the dialogue of labor scholars in the "Global village"*. 28-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 501, 2007.

CÓRDOVA, Efrén. *The Challenge of Flexibility in Latin America*. 17-2 Comp. Lab.L. y Policy J. 314 , 1996

DAVIDOV, Guy. "The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection". En: *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 52, N° 4, Autumn, 2002.

DAVIDOV, Guy. *Who is a worker*. 34, Indus L.J. 2005.

DAVIDOV, Guy. *The (changing?) idea of labour law*. Volume 146, 3-4, International Labour Review, 2007.

DEAKIN, Simon. *The "capability" concept and the evolution of European social policy*. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working paper N° 303, March, 2005.

DEAKIN, Simon and NJOYA, Wanjru. *The legal framework of employment relations*. Centre for business Research, University of Cambridge, Working Paper N° 349, Sept., 2007.

DEAKIN, Simon; LELE, Priya and SIEMS, Mathias. *The evolution of labour law: Cali-brating and Comparing regulatory regimes*. International Labour Review, Volume 146, 3-4, 2007.

DEAKIN, Simon. "Does the 'Personal Employment Contract' Provide a Basis for the Reuni-fication of Employment Law". Vol. 36, N° 1, Industrial Law Journal, March, 2007.

DEAKIN, Simon. "Capacitas: Contract law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market". En: *Capacitas*. Ed. By Simon Deakin and Alain Supiott Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

DEVEALI, Mario. *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*. Tomo I, Textos elegidos, ordenados y anotados por José I. Brito Peret, Adrián O. Goldin y Roberto Izquierdo, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ed. Ariel, Madrid, 1973.

DOCKÉS, Emmanuel. "Le pouvoir dans les rapports de travail (Essor juridique d'une nuisance économique)". En: *Droit Social*. N° 6, Juin, 2004.

DUKES, Ruth. "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law". En: *Journal of Law and Society*. Volume 35, number 3, September, 2008.

ERMIDA URIARTE, Oscar. "Las relaciones de trabajo en América Latina". En: *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. N° 18, Temas Laborales, Albolote, España, 1990.

FAVRE-MAGNAN, Muriel. "Le contrat de travail défini par son objet". In: *Le travail en perspectives, sous la direction d'Alain Supiot*. Collection Droit et Société, LGDJ, 1998.

FELDMAN, Silvio y GOLDIN, Adrián. "Relaciones colectivas de trabajo en el Mercosur; una hipótesis de convergencia". En: *Relasur*. Revista de Relaciones Laborales en América Latina - Cono Sur, Número 7, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Montevideo, 1995.

FREEDLAND, Mark. *The personal employment contract*. Oxford University Press, Oxford, 2003.

FREEDLAND, Mark. "From the contract of Employment to the Personal Work Nexus". En: *Industrial Law Journal*. Vol. 35, N° 1, March, 2006.

FREEDLAND, Mark. "Developing the European comparative law of personal work contracts". In: 28-3 *Comp. Lab. L. & Policy J.* 2007.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. "Deslocalización y tutela de los derechos sociales; la perspectiva europea". En: *Relaciones Laborales*. N° 6, Año XXIII, Madrid, 2007.

GOLDIN, Adrián. *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo*. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003.

GOLDIN, Adrián. "Labour Subordination and the Subjective weakening of labour law". In: *Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work* (Guy Davidov and Brian Langille comps) Hart Publishing, Oxford, 2006.

GOLDIN, Adrián. *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*. International Institute for Labour Studies, ILO, Geneva, DP/173/2007, 2007.

GOLDIN, Adrián. "Labour Flexibility and Worker security; an Argentine Perspective". En: *Regulations, Worker Protection And Active Labour - Market Policies in Latin America*. Jurgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, 2009.

GAUDU, Francois. "L'accord sur la 'modernisation du marche du travail'; érosion ou refondation du droit du travail?". En: *Droit Social*. N° 3, Mars, 2008.

GRUMBACH, Tiennot. "Le simple et le complexe dans le droit du travail". En: *Droit Social*. N° 1, Janvier, 2003.

HYDE, Alan. "What is labour law". In: *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work* (Guy Davidov & Brian Langille, eds), Hart Publishing, Oxford, 2006.

ICHINO, Pietro. "The labour market: a lawyer's view of economic arguments". In: *International Labour Review*, Vol 137-3, 1998.

JEAMMAUD, Antoine. "Evaluer le Code du travail ? Évaluer le droit du travail?". En: *Controverse, sous la responsabilité Revue de Droit du Travail*. N° 7/8, julio-agosto, 2009.

JACOBY, Sanford M. *The future of labor and finance*. Comp. Lab. L. & Policy J. 30-1, 2008.

KAHN FREUND, Otto. "Trabajo y Derecho". Colección Estudios (Serie Relaciones Laborales) (Traduc. De J.M. Galiana Moreno), Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

LAFORE, Robert. "Droit du travail et Sécurité sociale : la revanche de la protection sociale?". En: *Droit Social*. N° 11, novembre, 2009.

LANGILLE, Brian. "Imagining Post 'Geneva Consensus' Labour Law for Post 'Washington consensus' Development". (Rough Draft, June 11, 2009) Prepared for the conference "Regulating for Decent Work: Innovative Regulation as a response to Globalization". ILO Geneva, 2009.

LANGLOIS, Philippe. "Une loi négociée". En: *Droit Social*. N° 3, marzo de 2008.

LINDER, M. "Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness". 21 Comp. Lab. L. & Policy J. 1999.

LOKIEC, Pascal. "Le travailleur et l'actif". En: *Droit Social*. Numéro 11 (numéro spécial), Novembre, 2009.

LORA, Eduardo y PAGÉS SERRA, Carmen. *La legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington, 1996.

LYON-CAEN, Antoine (sous la responsabilité scientifique de). "L'évaluation du droit du travail: problèmes et méthodes". Institut International Pour les Etudes Comparatives - DARES Appel a Projets de recherche 2005- L'analyse économique du droit du travail. Rapport final (vol I.) Rapport de Synthèse, 11 Avril, 2008.

LYON-CAEN, Antoine. "Derecho comunitario del mercado versus Europa social". de Antoine Lyon-Caen. En: *Relaciones Laborales*, N° 13, año XXV, Madrid, julio de 2009.

LYON-CAEN, Antoine. "Droit du travail et protection sociale; brèves observations sur un couple". En: *Droit social*. N° 11, nov. 2009.

LYON-CAEN, Gérard. "La pertinence des catégories juridiques du droit du travail". En: *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*. COMPTRA-SEC, Bordeaux, 2001.

LYON-CAEN, Gérard. "L'Etat des sources du droit du travail (agitations et menaces)". En: *Droit social*. Décembre, 2001.

LYON-CAEN, Gérard. "Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée". En: *Droit Ouvrier Fevrier*. 2004.

MARLEAU, Veronique. "Globalization, decentralization and the role of subsidiarity in the labour setting in memory of Marco Biagi". In: "Globalization and the future of labour law". Edited by John D.R. Craig and S. Michael Lynk, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

MOREAU, Marie-Ange. "La recherche de nouvelles méthodes de régulation sociale: quelles fonctions, quelles complémentarités". European University Institute, Florence, Departament of Law, EUI Working Paper LAW N° 2005/08, 2008.

MÜCKENBERGER, Ulrich et SUPIOT, Alain. "Ordre public social et communauté; deux cultures du droit du travail", dans "Le travail et la nation, Histoire croisée de la France et de l'Allemagne", sous la direction de Bénédicte Zimmermann, Claude Didry et Peter Wagner, Editions de la Maison des Sciences de l'homme, París, 1999.

NERON, Sylvain. "La rénovation de la démocratie sociale: perspectives et prospectives". En: *Revue de Droit du Travail*. Dalloz 7/8, Julliet-août, 2009.

NOGLER, Luca. "The concept of "subordinations". In: *European and Comparative Law*. University of Trento, 2009.

OIT. "Tendencias de la legislación laboral", del informe del Director General a la 95 Conferencia "Cambios en el mundo del trabajo", 2006.

OJEDA AVILÉS, Antonio. "La genealogía del contrato de trabajo". En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. N° 135, julio/setiembre de 2007.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *La externalización del Derecho del Trabajo*. International Labour Review, Vol. 128, 1-2, junio, 2009.

OJEDA AVILÉS, Antonio. "La saturación del fundamento contractualista". En: *Revista española de Derecho del Trabajo*. N° 111, mayo junio 2002.

OJEDA AVILÉS, Antonio. "La evolución reciente del Derecho norteamericano del trabajo" (mimeo), a publicarse próximamente en Buenos Aires, 2010.

PAGÉS SERRA, Carmen. "Good jobs wanted. Labor markets in Latin America - Over-view". En: *Report on Economic and social Progress in Latin America*. (IPES) Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Washington, 2004.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1991.

PIERENKEMPER, Toni. "The Rise and Fall of the 'Normalarbeitsverhältnis' in Germany". Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit (Institute for the Study of Labor) Discussion Paper Series IZA DP N° 4068, 2009.

POURZAND, Pejman. *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue*. L.G.D.J., París, 2008.

PUEBLA, Eduardo Martín. "La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurité a la française". En: *Relaciones Laborales*. Número 4, Año XXV, febrero de 2009.

RODIÈRE, Pierre. "L'influence du droit communautaire et du droit international". En: *Droit Social*. N° 9/10, Sept.-Oct., 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. "What do we talk about when we talk about labor law". *Comp. Lab. L. & Policy J.* 23-3, 2002.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. "Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica". En: *Relaciones Laborales*. N° 9, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. "¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad?". En: *Relaciones Laborales*. N° 22, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. "Derecho del Trabajo y Racionalidad". En: *RR.LL.* N° 5, La Ley, Madrid, 2006.

ROJOT, Jacques. "Future directions for labor law scholarship and international collaboration". *Comp. Lab. L. & Policy J.* 28-3, 2007.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo". En: *Relaciones Laborales*. N° 7, Año XXV, Madrid, 2009.

SALAIS, Robert. "Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne?". En: *Droit Social*. N° 5, Mai, 1999.

SCIARRA, Silvana. "The evolution of Labour Law (1992-2003)". Vol I: General Report Report for the European Commission, Employment & Social Affairs (manuscript completed in Jun 3 2005). (Report financed by and prepared for the use of the European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities). 2005.

SEN, Amartya. *Commodities and Capabilities*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

SEN, Amartya. *Desarrollo como libertad*. Planeta, Madrid, 2000.

SPECTOR, Horacio. *Philosophical foundations of labor law*. Florida State University Law Review 1120 Vol. 33:1119, 2005.

STONE, Katherine V.W. "A new labor law for a new world of work: the case for a comparative-transnational approach". *Comp. Lab. L. & Policy J.* 28-3, 2007.

SUPIOT, Alain. "Un faux dilemme: la loi ou le contrat". En: *Droit Social*. N° 1, Janvier. 2003.

SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*, PUF (Que sais-je) Paris, 2004.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del Derecho*. Por: Alain Supiot, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007.

SUPIOT, Alain. "En guise de conclusión: la capacité une notion a haut potentiel". En: *Capacitas*. Ed. By Simon Deakin and Alain Supiot Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

SUPIOT, Alain. "Justice sociale et libéralisation du commerce international". En: *Droit Social*. N° 2, Février, 2009.

SUPIOT, Alain. "L'esprit de Philadelphie". By Alain Supiot, Éditions du Seuil, París, 2010.

SUPIOT, Alain. "Le droit du travail bradé sur le marché des normes". En: *Droit Social*. N° 12, Dic., 2005.

UGARTE C., José Luis. *Análisis económico del Derecho; el Derecho Laboral y sus enemigos*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

VALDÉS DALRE, Fernando. "El debate europeo sobre la 'modernización del Derecho del trabajo' y las relaciones laborales triangulares". En: *Relaciones Laborales*. N° 3, Años XXV, febrero de 2009.

VALDES DAL RE, Fernando. "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo". En: *Relaciones Laborales*. N° 20, Año XVII, Madrid, octubre, 2001.

VIGNEAU, Christophe. "Labor law between changes and continuity" In: *Comp. Lab. L. & Policy*. J. 25-1, 2004.

WELLER, Jürgen (ed). "Regulations, Worker Protection and Active Labour - Market Policies in Latin America". United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, Dec, 2009.

WEISS, Manfred. "Convergence and/or divergence in labour law Systems? A European perspective". 2007.



