

Laborem

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Nº 8

Año 2008

Edición Especial
Vigésimo Aniversario de la SPDTSS

Laborem 8
Revista de la Sociedad Peruana de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Año 2008

Laborem

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

8

Edición Especial
Vigésimo Aniversario de la
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
2008

© Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Manuel Villavicencio 1191, Lince
Teléfono: 617 5700
Fax: 617 5700
E-mail: spdtss@spdtss.org.pe
www.spdtss.org.pe

Hecho el depósito legal en Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-13505
ISSN 1996-4897

Tirada: 1000 ejemplares
Octubre 2008

Diagramación e Impresión: Roble Rojo Grupo de Negocios SAC
Américo Vespucio 110, Covima, La Molina
Teléfono: 348 5571 / 349 6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com

Contenido

| | |
|---|-----|
| Miembros del Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. | 9 |
| Miembros activos de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. | 9 |
| Miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. | 10 |
| Presentación | 11 |
| Las relaciones laborales especiales <i>Antonio Ojeda Avilés</i> | 13 |
| Intermediação de mão - de- obra. Uma leitura que leva à responsabilidade solidària entre as empresas prestadora e tomadora de serviçios <i>Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani</i> | 43 |
| El sistema de pensiones y la necesidad de una seguridad social básica <i>Leopoldo Gamarra Vilchez</i> | 57 |
| La carga de la prueba en el proceso laboral español <i>Juan Gorelli Hernández</i> | 87 |
| Las huelgas en Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional <i>Alfredo Villavicencio Ríos</i> | 121 |
| Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo <i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i> | 137 |
| Ejercicio de la libertad sindical individual en periodo de prueba: derechos en pugna y mecanismos de protección del trabajador <i>Nixon Javier Castillo Montoya</i> | 171 |

| | |
|---|-----|
| El derecho del trabajador a la dignidad en el marco de la relación laboral <i>Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte</i> | 207 |
| Desplazamiento de trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales <i>Liliana Tsuboyama</i> | 231 |
| El juez laboral como juez natural para conocer del proceso contencioso administrativo en materia laboral <i>Paul Cavalié Cabrera</i> | 265 |
| Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza <i>César Puntriano Rosas</i> | 293 |
| La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación <i>Mauro Ugaz Olivares</i> | 319 |
| El Artículo 62 de la Constitución, su aplicación a los contratos de trabajo y a las normas que modifican las relaciones individuales de trabajo <i>Roberto Juan Servat Pereira de Sousa</i> | 341 |
| La ineptitud sobrevinida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente <i>José Ignacio Castro Otero</i> | 363 |
| El problema que todos quieren Aproximaciones al ámbito subjetivo de la participación en las utilidades <i>Mario Pasco Lizárraga</i> | 379 |
| Problema de la silicosis en el Perú: Marco jurídico <i>Estela Ospina Salinas</i> | 415 |

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejo Directivo (Período 2007 - 2009)

| | |
|--|--|
| Presidente: | <i>Alfredo Villavicencio Ríos</i> |
| Vice Presidente: | <i>Alfonso de los Heros Pérez Albela</i> |
| Tesorera: | <i>Isabel Herrera Gonzales-Pratto</i> |
| Pro Tesorero: | <i>Hugo Salas Ortiz</i> |
| Secretario: | <i>José Balta Varillas</i> |
| Pro Secretaria: | <i>Luz Pacheco Zerga</i> |
| Secretario de Biblioteca y Publicaciones: | <i>Renato Mejía Madrid</i> |
| Secretario de Eventos y Reuniones Científicas: | <i>Juan Carlos Cortés Carcelén</i> |
| Secretario de Relaciones Internacionales: | <i>Mario Pasco Cosmópolis</i> |

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

Miembros Activos

| | |
|-----------------------------------|--------------------------------|
| César Abanto Revilla | Víctor Ferro Delgado |
| Beatriz Alva Hart | Fernando García Granara |
| Victoria Ampuero de Fuertes | Leopoldo Gamarra Vilchez |
| Luis Aparicio Valdez | César Gonzáles Hunt |
| Luis Arbulú Alva | Orlando Gonzáles Nieves |
| Elmer Arce Ortiz | Isabel Herrera Gonzáles-Pratto |
| Javier Arévalo Vela | Ricardo Herrera Vásquez |
| Edgardo Balbín Torres | Ricardo Marcenaro Frers |
| José Ernesto Balta Varillas | Víctor Mayorga Miranda |
| Julio César Barrenechea Calderón | Renato Mejía Madrid |
| Jaime Beltrán Quiroga | Pedro G. Morales Corrales |
| Guillermo Boza Pró | Néstor Morales Gonzáles |
| José Andrés Butrón Fuentes | Carlos G. Morales Morante |
| Martín Carrillo Calle | Javier Neves Mujica |
| Adolfo Ciudad Reynaud | Luz Pacheco Zerga |
| Juan Carlos Cortés Carcelen | Mario Pasco Cosmópolis |
| Alfonso de los Heros Pérez Albela | Herbert Prella Mayuri |
| Alfredo Chienda Quiroz | Luigino Pilotto Carreño |

Germán Ramírez Gastón Ballón
Francisco Javier Romero Montes
Hugo Salas Ortiz
Wilfredo Sanguinetti Raymond
Raúl Saco Barrios
Jorge Toyama Miyagusuku

Daniel Augusto Ulloa Millares
Luis Vinatea Recoba
Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos
Jaime Zavala Costa
Roger Zavaleta Cruzado

Miembros Honorarios

Manuel Alonso Olea (+)
Carlos Blancas Bustamante
Héctor Hugo Barbagelatta
Jorge Capriatta D'auro
Nestor de Buen Lozano
Fernando Elias Mantero
Oscar Ermida Uriarte
Guillermo Gonzáles Rosales (+)
Jean Claude Javillier
Ricardo La Hoz Tirado (+)

Joaquin Leguía Gálvez
Alfredo Montoya Melgar
Emilio Morgado Valenzuela
Ricardo Nugent López Chávez
Antonio Ojeda Avilés
Américo Plá Rodríguez (+)
Mozart Víctor Russomano
Fernando Suárez González
Javier Vargas Vargas (+)

Presentación

La revista *Laborem*, portavoz científico de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), se publica en esta ocasión en el marco de las celebraciones del vigésimo aniversario institucional, razón por la cual ha agregado a sus preocupaciones habituales por la actualidad de los temas y la calidad de los ensayos publicados, un motivo especial para tirar la casa por la ventana.

El reto no era sencillo, habida cuenta que la salida de este número coincidía con el III Congreso Nacional de la SPDTSS, y ello tenía a muchos laboristas preparando ponencias oficiales o voluntarias. Sin embargo, el resultado nos deja muy orgullosos puesto que se publican 16 enjundiosos ensayos, de los cuales 4 corresponden a profesores extranjeros, y 10 de los 12 artículos de autores nacionales recogen los trabajos que se presentaron dentro del proceso de incorporación de nuevos asociados de nuestra institución, llevado a cabo a lo largo del presente año. De allí que se puede apreciar un adecuado balance tanto entre la necesaria reflexión nacional e internacional, cuanto en la calidad de los trabajos que son producto de un significativo período de investigación, lo que les ha permitido superar un riguroso proceso de evaluación.

Además de lo dicho, se puede constatar con facilidad que en este número están presentes los temas de mayor actualidad en la discusión global y en nuestro país. Desde el punto internacional, las reflexiones académicas se centran en el impacto del nuevo paradigma productivo en las relaciones laborales y en las respuestas que se están construyendo para que el Derecho del Trabajo pueda seguir cumpliendo eficaz y eficientemente su finalidad de regulación jurídica equilibrada y dúctil de los procesos de creación y reparto de la riqueza mediante el trabajo.

El catálogo de temas vinculados a esta redefinición es muy grande, habiéndose abordado en este número un abanico de materias vinculadas a todas las áreas de nuestra disciplina: individual, colectivo, procesal, seguridad social y seguridad y salud laboral.

En el mundo de las relaciones individuales de trabajo, comenzamos con un análisis de los cambios normativos referidos a la nueva estructura ocupacional (Ojeda) y a la responsabilidad resultante de la contratación indirecta de trabajadores (Peixoto), a la par que a las transformaciones del sujeto empleador y su impacto en el futuro del Derecho del Trabajo (Sanguinetti). El análisis constitucional reclama su lugar especialmente en dos trabajos, referidos al derecho a la dignidad de los trabajadores, en el marco de la relación laboral (de las Casas) y la aplicación de la intangibilidad prevista en el artículo 62 de la Constitución, a los contratos de trabajo (Servat). Un tema clásico que está siempre presente es el de la estabilidad laboral y el despido, que en esta ocasión convoca a dos reflexiones muy puntuales: la jurisprudencia constitucional en materia de despido de trabajadores que ocupan cargos de dirección o confianza (Puntriano) y el análisis de la ineptitud sobrevenida como causa justa de despido (Castro). Para culminar el campo de las relaciones individuales, tenemos un estudio sobre el desplazamiento de trabajadores al interior de los grupos de empresa (Tsuboyama).

En el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, la actualidad se hace presente en el estudio de la libertad sindical en el campo de la subcontratación (Ugaz) y del estado actual de las huelgas (Villavicencio), para abordar, finalmente, un tema también clásico: la relación entre libertad sindical y período de prueba (Castillo).

Lo procesal no puede estar ausente en las preocupaciones actuales, por lo que es imprescindible mirar instituciones centrales como la competencia del juez de trabajo en materia contencioso administrativa-laboral (Cavalié) o la carga de la prueba (Gorelli).

Finalmente, para que no haya área sin un tocar, tenemos que las pensiones (Gamarra) y la seguridad y salud laboral (Ospina) son objeto de estudio en su integralidad, en el primer caso y en el tema puntual de la silicosis, en el segundo.

En fin, un merecido homenaje académico a los veinte años de existencia de una institución que continúa esforzándose por ser un referente científico, riguroso y plural en las relaciones laborales peruanas.

Alfredo Villavicencio Ríos
Presidente de la Sociedad Peruana
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Las relaciones laborales especiales

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla, España

Sumario

Para los especialistas peruanos puede ser de interés la evolución existente en algunos países, entre los cuales se encuentra España, desde el núcleo originario de la relación laboral “típica” –o, como dicen los alemanes, la *Normalearbeitsverhältnis*– hacia una serie de relaciones laborales especiales de ciertos grupos de trabajadores en los que la situación jerárquica aparece alterada en más o en menos, ya en el trabajo de los penados, ya en el de los altos cargos, etc., y el legislador arbitra en consecuencia regulaciones *ad hoc*. Probablemente se trata de “ajustes” perfeccionistas, cuya mera supervivencia queda puesta en cuestión al emerger con enorme fuerza esa figura general que es el trabajo dependiente económicamente (“trade”), a pesar de lo cual no han remitido un ápice con la aparición de regulaciones globales dedicadas a este último gran supuesto¹, antes bien, han aumentado su ámbito con nuevas incorporaciones como son la relación laboral de médicos residentes (Real Decreto 1146/2006) y, sobre todo, la relación laboral de abogados en despachos ajenos (Real Decreto 1331/2006).

¹ En España se produce el último fenómeno regulador de los “trade” con la Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajo Autónomo. Anteriormente, el Decreto legislativo italiano 276/2003, de 10 de setiembre, de Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, contiene un desarrollo normativo de lo ya previsto en el Código Civil sobre las relaciones de colaboración coordinada y continua.

Y aunque la legislación peruana no ha llegado a tan elevado –y quizá inútil– grado de formalismo, prefiriendo dejar a los tribunales la decantación del principio de primacía de la realidad, las reflexiones suscitadas por tales relaciones especiales en otros países pueden seguramente ayudar a clarificar las zonas que median entre el contrato de trabajo, el de locación de servicios y el contrato de “cuarta-quinta” en la realidad jurídica peruana. Con esa esperanza me permito intervenir en el debate nacional con un artículo que habla principalmente, pero no solo, de la situación española.

a) Las relaciones laborales especiales como figuras distintas a las modalidades del contrato.

La historia legislativa del contrato de trabajo está plagada de “conflictos sobre las lindes” en los que el legislador habría finiquitado una polémica sobre una determinada actividad laboral para encontrarse de inmediato con otra *querelle* sobre la figura de al lado. Martín Valverde, en el esfuerzo por delimitar al contrato de trabajo de otras figuras afines, distingue tres fases o etapas en la evolución del concepto: en una primera, durante el primer tercio del siglo XX, surge el contrato de trabajo y ocupa buena parte del terreno de los contratos civiles y mercantiles; en la segunda, desde los años treinta a los años ochenta, hay una ampliación continua del ámbito de aplicación de aquél a los representantes de comercio, a los deportistas, a los domésticos, a los altos cargos; por último en la tercera, desde mediados de los ochenta hasta la actualidad, advierte una estabilización, cuando no un cierto repliegue de la figura². En sus estudios históricos, De la Villa ha puesto de relieve uno de los principales factores de tan continua lucha fronteriza: hasta la segunda fase, la rama del Derecho que nos ocupa se denominaba Derecho Obrero, pues solo alcanzaba al trabajo manual de las fábricas, el campo, las minas o los

² DE LA VILLA GIL, L.E.: “Nacimiento del derecho obrero en España”, ENAP, Madrid 1970; del mismo, “El Derecho del Trabajo en España, durante la Segunda República”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1969; del mismo, “El Derecho del Trabajo en España durante la Guerra Civil”, ENAP, Madrid 1971. Otros estudios de mismo autor sobre la época pueden verse en la recopilación DE LA VILLA, L.E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada 2003, passim.

talleres³: el Código de Trabajo de 1926 todavía hablaba del obrero y el patrono, mientras que la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 habla ya de trabajador, ofreciendo una lista en la cual podía vislumbrarse el ámbito moderno de aplicación de la legislación laboral⁴.

El mecanismo más importante utilizado por la ley para marcar la evolución del contrato ha sido el de las relaciones laborales especiales, aunque a su lado también conozca una técnica menor, la de las *modalidades* del contrato de trabajo. Las diferencias entre ambas no resultan claras, aunque podamos avanzar alguna interpretación en donde subrayar el matiz principal: mientras las relaciones laborales especiales son auténticas reglamentaciones en texto aparte de una determinada actividad o profesión, las modalidades son modos transversales de realizar el trabajo, con independencia del sector de actividad en que se manifiesten. Entre las modalidades reguladas por el ET figuran el contrato en común y de grupo, el auxiliar asociado, los contratos formativos, contratos a tiempo parcial y de relevo y el trabajo a domicilio: pueden ser utilizadas en cualquier sector o rama del Derecho del Trabajo porque no atañen a una profesión en concreto, aun cuando sin duda

³ Art. 6: aprendices, domésticos, trabajadores a domicilio, obreros, empleados, trabajadores intelectuales, y “cualesquiera otros semejantes”. El art. 7 excluía a los altos cargos, “que por la representación que puedan ostentar, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo”; y el art. 8 excluía a los funcionarios públicos, quienes “se regirán por su legislación especial”. La modernidad de la relación queda a la vista respecto de ciertas categorías como las de domésticos y trabajadores intelectuales, que en momentos posteriores sufrirían la expulsión o la interpretación restrictiva: véase para los primeros la exclusión expresa en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 2.c). Conviene tener en cuenta que antes de la LCT 1931 ya algunas leyes laborales sobre materias concretas incluían en su ámbito a los empleados.

⁴ Art. 6: aprendices, domésticos, trabajadores a domicilio, obreros, empleados, trabajadores intelectuales, y “cualesquiera otros semejantes”. El art. 7 excluía a los altos cargos, “que por la representación que puedan ostentar, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo”; y el art. 8 excluía a los funcionarios públicos, quienes “se regirán por su legislación especial”. La modernidad de la relación queda a la vista respecto de ciertas categorías como las de domésticos y trabajadores intelectuales, que en momentos posteriores sufrirían la expulsión o la interpretación restrictiva: véase para los primeros la exclusión expresa en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 2.c). Conviene tener en cuenta que antes de la LCT 1931 ya algunas leyes laborales sobre materias concretas incluían en su ámbito a los empleados.

quepa observar su presencia con mayor intensidad en algunas actividades, como ocurre por ejemplo con la modalidad de grupo para el sector artístico⁵. Otras modalidades de gran importancia figuran en leyes dispersas, como el trabajo en misión por cuenta de una empresa de trabajo temporal, o ni siquiera merecen el concepto de modalidad, como el trabajo en subcontratas, en franquicias, en redes, en grupos: cualquier actividad laboral puede cumplirse a través de tales fórmulas, por lo que no se trata de relaciones especiales, sino de modalidades, a pesar de que en otros países es frecuente hallarlas en el elenco de aquéllas.

A grandes trazos, la deconstrucción del contrato de trabajo ha estado dominada históricamente por la asimilación e incorporación de antiguas zonas grises merced a las relaciones laborales especiales. En efecto, una vez queda consolidado el ámbito propio del Derecho del Trabajo en torno a los años treinta, los puntos oscuros de su entramado han sido resueltos mediante una regulación *ad hoc* de las profesiones donde aparecían. En nuestro país esa fase de clarificación ha coincidido inicialmente con el largo período de Dictadura durante la cual el poder ejecutivo no tuvo impedimentos para promulgar numerosas reglamentaciones sectoriales; al final del período la Ley de Relaciones Laborales de 1976 creó la figura de las relaciones laborales especiales, determinó su número, y exigió que la ampliación del mismo solo pudiera acaecer mediante ley, aspectos después transferidos al vigente Estatuto de los Trabajadores y que lograron frenar la desmesura y el descontrol en la normativa reglamentaria sobre las profesiones⁶. Aquella Ley de 1976 proporcionó, asimismo, una pista sobre la naturaleza de las relaciones laborales especiales que actualmente no encontramos en el ET: en su cláusula de cierre permitía la ampliación del listado a los “trabajos profesionales” que una ley consi-

⁵ Los contratos temporales, apartados de unos y de otros al quedar situados en el capítulo siguiente del Estatuto de los Trabajadores, art. 15, tienen por ello una naturaleza más propia de las modalidades que de las relaciones especiales

⁶ En efecto, aun cuando las Ordenanzas Laborales sectoriales continuaron en vigor todavía durante mucho tiempo después de la Dictadura, y la LRL de 1976 las citaba profusamente, de hecho a partir de ésta no surgió ninguna más; poco después, la Constitución de 1978 proclamó la reserva de ley estatal para la regulación del trabajo subordinado, y el Estatuto de los Trabajadores excluyó a las Ordenanzas del elenco de fuentes de la relación laboral, dejándoles un mínimo resquicio de vida en la Disposición Adicional 7ª.

derará especiales⁷, logrando así una inicial diferenciación respecto a las “modalidades” antes citadas.

Todavía las zonas grises no han quedado completamente suprimidas de los Ordenamientos nacionales⁸, aun cuando las principales incógnitas obtuvieran respuesta satisfactoria en los años ochenta. Y no solamente porque las nuevas tecnologías hayan conseguido enseñorearse de la actividad humana en general, alterando los postulados tradicionales y abriendo perspectivas inéditas en las profesiones, ni tampoco porque el modelo empresarial de actividad económica continúe dando muestras de su superioridad respecto a otros modelos —sobre todo el administrativo—, sino además porque aún restan algunos resquicios en las fronteras de lo no contractual y de lo contractual no sinalagmático (prestaciones obligatorias, religiosos, becarios, familiares, etc.). En las páginas siguientes vamos a analizar el esfuerzo legislativo por determinar las fronteras del contrato de trabajo mediante el instrumento de las relaciones laborales especiales, pues del deslizamiento del contrato hablamos ahora. Muchas incógnitas quedan sin clarificar sobre la naturaleza y el verdadero efecto de tales figuras, reabiertas sin contemplaciones desde que el nuevo siglo alumbrara “inauditas” variantes⁹ a las que luego me referiré. El enorme desgaste científico y jurisprudencial en torno a esas regulaciones muestra bien a las claras su importancia, pues abruma ya desde el primer elenco de trabajos incluidos en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y llega hasta nuestros días.

⁷ El art. 2 ET habla con demasiada parquedad de “cualquier otro trabajo” que el legislador considere especial.

⁸ Valgan como prueba las ponencias y comunicaciones publicadas en CGPJ, *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la jurisdicción social*, CGPJ, Madrid 2007, sobre el tema: SOUTO PRIETO J., “Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamiento de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la paralaboralidad”, págs. 139 ss.; PÁRAMO MONTERO P., “Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo....” (mismo título que el anterior), págs. 229 ss.; MARTIN VALVERDE A., “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, págs. 253 ss., entre otros.

⁹ La expresión es de MOLINA NAVARRETE C., “Una nueva e inaudita ‘relación laboral especial’: el régimen de contratación de personal docente e investigador tras la Ley Orgánica de Universidades”, *Estudios Financieros* 257-258 (2004), 71 ss.

b) El modelo del Estatuto de los Trabajadores.

Aun cuando heredero de la Ley de 1976 en esta materia, el ET trató de reducir drásticamente el número de relaciones especiales, al bajar su número de doce a seis mediante el descarte del trabajo en el mar, de la navegación aérea y del aprendizaje en la artesanía. Pero el gesto reductivo quedaba desde el principio negado cuando en la disposición final 7ª habilitaba al gobierno para regular el trabajo del personal civil no funcionario de establecimientos militares de modo “compatible con la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional”¹⁰. Y la cláusula de cierre permitía ampliar paulatinamente el número con la regulación de los estibadores portuarios¹¹ y de los minusválidos en centros especiales de empleo¹². A lo largo de la década de los ochenta quedaron promulgados los Decretos reguladores de cada caso, y después el legislador parece descansar durante un largo período de quince años, como si ya hubiera quedado plenamente solventada la cuestión de las regulaciones especiales. Un letargo solo aparente, ya que leyes paralelas al ET van a regular algunos aspectos laborales de determinadas profesiones, planteando la cuestión de hasta qué punto la naturaleza de estas relaciones pide simplemente la regulación legal, o exige, además, de la nominación expresa con tal rúbrica específica¹³. Con el nuevo siglo, de improviso, el nombre de relación laboral especial vuelve a aparecer referido a profesiones muy distantes de las conocidas por el ET: abogados en bufetes de titularidad ajena¹⁴, y residentes sanitarios en centros públicos o concertados¹⁵, y de forma cuestionable, como veremos después, para otras actividades, las cuales replantearán el debate sobre la naturaleza de tales figuras.

¹⁰ RRDD 2205/1980 y 14/1981.

¹¹ Habilitación y denominación por Ley 32/1984, disposición adicional 1ª.

¹² Habilitación y denominación por Ley 13/1982, de Integración social del minusválido, art.41

¹³ Ley de Empresas de Trabajo Temporal 11/1994, Ley 23/1992, de Seguridad Privada, o Ley de Ordenación Universitaria 6/2001, art. 48 y D.A. 6. Durante la década de los noventa hay también una delimitación del contrato de trabajo de otro orden, consistente en declarar como laboral o extralaboral una determinada profesión. El caso más conocido es el de los transportistas con vehículo propio, introducido en el art. 1.3.g) ET por la reforma de 1994, pero también puede mencionarse el caso de la Ley de Cooperativas 27/1999, respecto al socio trabajador, o la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, o la Ley 9/1992, sobre agentes y subagentes de seguros privados.

¹⁴ Habilitación y denominación por Ley 22/2005, D.A. 1ª.

¹⁵ Habilitación y denominación por Ley 44/2003, D.A. 1ª.

Tres cuestiones han de abordarse para la cabal comprensión del deslizamiento contractual a través de las relaciones laborales especiales: la naturaleza de la institución; el problema técnico de la delegación normativa; y si existe un criterio unitario de delimitación de la figura.

1. Naturaleza de las relaciones laborales especiales.

En cuanto a la *naturaleza de la institución*, los problemas planteados hacen referencia a, por un lado, su carácter inmanente o circunstancial, y por otro, su carácter unitario o complejo. Mediante la primera cuestión analizaremos si la figura legal del contrato de trabajo requiere de una válvula de escape permanente, o si por el contrario se encuentra diseñada de manera que no precise alteraciones, al menos en Derecho español. El estudio del segundo aspecto nos permitirá interrogarnos con posibilidades de éxito la cuestión de si estas relaciones laborales especiales obedecen a un criterio unitario o si por el contrario se formaron aluvionalmente sin otro rasgo común que la coincidencia del nombre.

El hecho de venir recogida con cierto aparato de reglas en el art. 2 ET no implica el otorgamiento de una inmanencia de la figura en la legislación sobre el contrato de trabajo, sino quizá lo contrario, al haber surgido en un momento temporal determinado y sufrir las oscilaciones históricas acabadas de mencionar. La mayor parte de la doctrina tiende por ello a considerarla como una categoría histórica antes que dogmática¹⁶, de la que no puede extraerse un concepto unitario¹⁷, basada simplemente en el capricho del legislador¹⁸, al ser de formación aluvional o intuitiva¹⁹, ya que son a veces fórmulas de integración intermedias en el Derecho del Trabajo²⁰. Ciertamente la intrahistoria de algunas de ellas ha mostrado una alta

¹⁶ En tal sentido, MARTIN VALVERDE A., "Fronteras y 'zonas grises'", cit., pág. 31.

¹⁷ Así, CARDENAL CARRO M., "A los quince años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta", *Aranzadi Social V* (2000), 159.

¹⁸ MONTOYA MELGAR A., "Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador", *REDT* 109 (2002), 10.

¹⁹ ALONSO OLEA M., "Ámbito de aplicación. Relaciones incluídas y relaciones excluídas. Relaciones especiales", en VVAA, *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid 1977, 49.

²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M., "Jornada de estudio sobre personal directivo: presentación", *Relaciones Laborales I* (1990), 231.

sensibilidad a las presiones políticas en su regulación, como se advierte en los vaivenes de las relaciones de servicio doméstico o de representantes de comercio, si bien en otras el legislador ha cumplido escrupulosamente con la realidad de los hechos. La desaparición de una relación especial histórica como es la de embarco, presente en el Código de Trabajo de 1926 y la Ley de Relaciones Laborales 1976, confirmaría la fungibilidad de la categoría. Sin embargo, otros autores han hablado de la “evidente tipicidad” de estas manifestaciones en las que el Derecho del Trabajo se separa del prototipo normativo de trabajador, “por originar vínculos sociológicos de carácter diferencial y por constituir objeto de especial regulación”²¹.

Conviene tener presentes, antes de continuar profundizando, a las relaciones laborales especiales contempladas actualmente por el artículo 2 ET, al objeto de discernir si nos pueden ofrecer alguna pista sobre su carácter estructural o coyuntural:

Altos cargos²².

Trabajadores al servicio del hogar familiar²³.

Penados en instituciones penitenciarias²⁴.

Deportistas profesionales²⁵.

Artistas en espectáculos públicos²⁶.

Mediadores mercantiles²⁷.

Trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo²⁸.

Estibadores portuarios²⁹.

²¹ BAYON CHACON G., “Problemas de carácter general en la nueva Ley de Relaciones Laborales”, en VVAA, *Diecisiete lecciones*, cit., pág. 17; del mismo, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1957, 132. También OJEDA AVILÉS A., “Las relaciones laborales especiales. Una perspectiva unitaria”, *Relaciones Laborales I* (1990), 231 ss.

²² Desarrollado por RD 1382/1985.

²³ Desarrollado por RD 1424/1985.

²⁴ Desarrollado por RD 782/2001. Anteriormente, RD 1201/1981, de desarrollo de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria.

²⁵ Desarrollado por RD 1006/1985.

²⁶ Desarrollado por RD 1435/1985.

²⁷ Desarrollado por RD 1438/1985.

²⁸ Desarrollado por RD 1368/1985.

²⁹ Desarrollado por RDL 2/1986 y RD 371/1987.

En la solución a la incógnita hemos de tener en cuenta un matiz importante, cual es la diferencia entre un determinado concepto y sus expresiones concretas; dicho en otros términos, una institución puede perdurar con relativa estabilidad a pesar de que las diversas manifestaciones de la misma fluctúen en el tiempo. Lo primero parece ser el caso de las relaciones que nos ocupan, si paramos mientes en que la institución, con diversas rúbricas, figura también en Ordenamientos distintos al nuestro. Veamos algunos ejemplos.

El primero en ordenarlas en un Libro bajo el anti-título de “disposiciones particulares para ciertas profesiones” fue el Código de Trabajo francés de 1910, cuyos artículos 711 y siguientes regulan al momento presente el trabajo en la minería, el trabajo a domicilio, en la construcción y obras públicas, el marítimo y portuario, la actividad de mediación mercantil (VRP), la de periodistas, escritores, artistas y maniqués, el trabajo de porteros y empleados domésticos, educadores familiares, deportistas profesionales y otros³⁰. Para la doctrina francesa, dichos preceptos asimilan a los trabajadores subordinados a aquéllos cuya actividad no se ejerce claramente en el cuadro de un contrato de trabajo³¹.

Bélgica conoce también a los que denomina “tipos particulares de contrato de trabajo” en la Ley de Contrato de Trabajo de 1978, título IV, de entre los cuales menciona al del representante de comercio, el trabajo doméstico, el contrato de trabajo del estudiante, el trabajo a domicilio, y, ya desperdigados por otros lugares del mismo texto legal, el trabajo en misión para empresas de trabajo temporal, el trabajo de duración determinada, el del deportista profesional, etc³².

El Código de Trabajo portugués 99/2003 indica en su artículo 11 que los “contratos de trabajo con régimen especial” se les aplicarán las reglas generales del Código que no sean incompatibles con las especificidades de dichos contratos,

³⁰ Libro VII, Code du Travail. Anteriormente no se encontraban agrupados en un solo Libro. Téngase en cuenta además que en 2007 ha sido aprobado por el Parlamento francés un nuevo Código que sustituye al aquí citado (cfr. Ordonnance n^o 2007-329 de 12 marzo 2007, JORF de 13 marzo 2007), sin repercusión en esta materia.

³¹ PÉLLISSIER, SUPIOT y JEAMMAUD, *Droit du Travail*, Dalloz, París 2004, 213.

³² Cfr. HUMBLET P. y RIGAUX M., *Aperçu du droit du travail belge*, Bruylant, Bruselas 2004, 267 ss.

distinguiéndolos en el artículo 13 de los “contratos equiparados”, a los cuales se aplican los principios del Código por tratarse de contratos de prestación de trabajo sin subordinación jurídica pero dependencia económica. Como contratos con régimen especial se encuentran el de trabajo temporal, a domicilio, doméstico, rural, deportivo, de extranjeros, de estudiantes, de minusválidos, etc³³.

En Italia el Código Civil de 1942, donde se encuentra regulado el contrato de trabajo, contiene un Título dedicado a “el trabajo subordinado de relaciones específicas” cuyo artículo inicial, el 2.239, proclama que las relaciones de trabajo subordinado *no inherentes al ejercicio de una empresa* se regulan por determinados artículo del Código “en cuanto compatibles con la especialidad de la relación”. A renglón seguido dedica un capítulo al trabajo doméstico, concluyendo así la referencia a las relaciones especiales. Pero el artículo inicial ha permitido a la doctrina elucubrar sobre la multitud de normas y regímenes especiales dictados para determinadas profesiones y actividades del Derecho del Trabajo italiano, así como con la naturaleza y contenido genérico de dichas relaciones no inherentes al ejercicio de una empresa³⁴. Únicamente por ofrecer unos ejemplos, Pera considera como tales al aprendizaje, al trabajo doméstico, de embarco, portuario, ferroviario, periodístico, de los penados, deportivo³⁵. Y Scognamiglio los clasifica en atención a diversos criterios bastante heterogéneos³⁶.

En otros países no parece que se conozca una categoría unitaria con diversos subtipos, pero suele hallarse una regulación dispersa para determinadas profesiones o trabajos. Alemania, verbigracia, a pesar de regular el contrato de trabajo en su Código Civil, dispone de una Ordenanza de Fábricas para el trabajo en los

³³ Cfr. MOREIRA A.J., *Compendio des leis do trabalho*, Almedina, Coimbra 2002, 527 ss.

³⁴ Véanse SANTONI, *Rapporti di lavoro speciali*, Giapichelli, Turín 1995; PELLETTIERI G., *Rilevanza del rapporto “speciale” di lavoro*. Contributo allo studio del rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, Universidad de Camerino, Nápoles 1982.

³⁵ PERA, *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padua 1988, 376 ss.

³⁶ Por la empresa: actividad artesanal, empresas agrícolas, ferroviarios, periodistas, espectáculos artísticos; por la inserción: náutico y aeronáutico, exactorial, deportivo; por la ajenidada la empresa: doméstico, de portería; por los contenidos: de aprendizaje, a domicilio, directivo (*Diritto del Lavoro*, Jovene, Nápoles 1992, 111).

establecimientos industriales³⁷, y de una regulación especial para los empleados mercantiles en el Código de Comercio, así como de leyes *ad hoc* para el contrato de los médicos en formación³⁸ y otras “formas especiales de la relación laboral”, como el trabajo en misión y en formación³⁹.

La Unión Europea también ha comenzado a participar de las regulaciones especiales no bien ha alcanzado un cierto nivel de densidad normativa laboral: aun cuando siempre ha procurado evitar los estándares legales de condiciones de trabajo, la Directiva 93/104/CEE propuso una norma mínima en materia de jornada que se ha revelado como una de las más contestadas de la legislación social comunitaria. Pocos años más tarde, la Directiva 99/63/CEE determinó algunas peculiaridades para la jornada de los marinos, seguida por acuerdos reforzados sobre la jornada de otros profesionales del transporte.

En otros continentes también aparece la diáspora de las zonas grises, especialmente en América Latina, y desde hace tiempo. Así, la Ley Federal del Trabajo mexicana en su Título VI contempla los denominados “trabajos especiales”, entre los que comprende a los altos cargos, marinos, tripulaciones de aeronaves, transporte terrestre, trabajo agrícola, mediadores de comercio, deportistas, artistas, servicio doméstico, trabajo a domicilio, en la hostelería, industria familiar, médicos residentes y docentes universitarios. En Brasil existen las “relações especiais de trabalho”, que comprenden al contrato de aprendizaje, de prueba, de equipo, subcontratación, en misión y de extranjeros⁴⁰. En Colombia el Código Sustantivo del Trabajo regula el “contrato de trabajo con determinados trabajadores”, contemplando normas específicas para el trabajo a domicilio, el de agentes colocadores de pólizas de seguro, mediadores de comercio, notarías y registros, profesores, chóferes de servicio familiar⁴¹.

³⁷ Gewerbeordnung de 1869, originariamente dictada como ley de la Federación de Alemania del Norte. Contenia preceptos específicos para los obreros de fábrica, pero a raíz de su reforma por Ley de 24 de agosto de 2002 han pasado a aplicarse a todos los trabajadores, con una nueva redacción que entró en vigor en enero de 2003.

³⁸ Ley de 15 de mayo de 1986.

³⁹ La denominación de “Sonderformen eines Arbeitsverhältnisses” puede verse en la recopilación dirigida por R. RICHARDI, *Arbeitsgesetze*, Beck, Munich 2007, pág. V.

⁴⁰ SÚSSEKIND, MARANHÃO, VIANNA y TEIXEIRA, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, LTr, São Paulo 2002, 263 ss.

⁴¹ Título III, artículos 89 ss., de la Ley de 1951.

El panorama acabado de exponer tiene importancia por diversas razones. La principal consiste, según vimos, en confirmar la existencia generalizada de regulaciones especiales para algunas profesiones y actividades, que vienen a ser las mismas en todos los países, con alguna que otra adición o sustracción. Aunque todavía es difícil obtener una visión completa de las legislaciones comparadas, probablemente la existencia de las relaciones laborales especiales podría confirmarse como estructural en aquellos países en donde la concurrencia entre la ley y el convenio colectivo se resuelve por el principio de norma más favorable, dejando consiguientemente al convenio el papel de mejorar los estándares legales, pero no de empeorarlos, cosa que por tanto debe hacer la propia ley. En los países donde, por el contrario, se practica el abstencionismo legislativo y los convenios pasan a ser la principal ley de la industria, las variaciones del contrato no precisan de la categoría de que hablamos, pues los convenios son normas suficientemente flexibles para imponer excepciones, reducciones y flexibilidades. Lo cual nos lleva a una ulterior prospectiva al advertir la evolución seguida por los países del primer bloque en cuanto a dulcificar sus normas inderogables y a ampliar el campo material de los convenios: a medida que los mínimos legales indisponibles desaparecen o pasan a ser dispositivos, las peculiaridades de algunas profesiones dejan de tener asiento legal para desvanecerse entre los pliegues de los convenios y los contratos.

Otra utilidad interesante consiste en permitirnos clasificar los dos métodos de aproximación a las peculiaridades de determinados trabajos conocidos en Derecho Comparado: uno, el francés, circunscrito a exponer secuencialmente el conjunto de relaciones especiales, sin pretender una definición unitaria; otro, el italiano, que define el concepto del cual derivar la calificación en cada caso. A bien mirar nos encontraríamos con los dos diferentes métodos habituales en el quehacer científico, el conceptual-deductivo y tipológico-inductivo, cada uno con enfoque diametralmente opuesto al otro. En el primero hallamos un rasgo valioso, el de la regulación legal, dentro del Código, de los diferentes supuestos, si bien carezca de indicaciones genéricas. Por su parte, el Código italiano nos proporciona el concepto dogmático, quizá demasiado parco para una materia tan amplia, y deja a la Administración la tarea de desarrollar *ad libitum* los vectores que estime pertinentes en cada momento.

Como tercera conclusión del estudio comparado tendríamos la de que hay demasiada heterogeneidad a pesar de constatarse un núcleo homogéneo en esos países: no siempre se integran actividades, sino también a veces lo que en España denominamos modalidades –o desviaciones transversales- del contrato, e incluso tipos de empresa diferentes al habitual. Tal parece como si el legislador de cada país intuyera la necesidad de ordenar ciertas anomalías sin tener claro el ámbito de ellas, y tanteara a ciegas una regulación no siempre coincidente con la del resto de países. Utilizando las líneas de convergencia habituales, aunque no podamos decir que se trate de un mínimo común denominador, cabría establecer un concepto amplio y otro estricto de relaciones laborales especiales, referido el primero tanto a las modalidades como a las actividades “atípicas”, y el segundo solo a las últimas. Como es obvio, España se encuentra entre los países de concepto estricto, aunque la mayor parte del Derecho Comparado utilice la versión amplia del instituto.

De las reflexiones anteriores parece deducirse como conclusión la estructuralidad del fenómeno jurídico, aunque sus manifestaciones concretas puedan variar en el decurso del tiempo. Al menos en países de fuerte intervencionismo legal en las relaciones industriales, las ondulaciones del terreno sociológico han forzado a establecer válvulas de escape del modelo contractual típico que por hipótesis coinciden con las zonas grises de menor densidad o caracterización laboral. Queda, no obstante, una duda sobre la cuestión que nos ocupa: a lo largo de su ya extenso recorrido histórico, el Derecho del Trabajo ha demostrado poseer un fuerte impulso mimético, de tal forma que los avances en un país líder se han trasladado rápidamente a muchos otros, tanto por iniciativa de los gobiernos como por la presión sindical. Cabría pensar, en ese orden de cosas, que lo instaurado por el Código del Trabajo francés en 1910 hubiera sido considerado oportuno también por otros países de su entorno cultural, los cuales habrían incorporado la idea con algunas variantes en etapas sucesivas⁴², como una moda superficial sin anclaje sólido en la estructura. Lo cual podría ser cierto si no fuera porque el Código

⁴² El Código francés completa su articulado mediante cuatro leyes entre 1910 y 1927. En 1926, el Código del Trabajo español contiene una regulación muy parca sobre el contrato de trabajo “común”, y una amplia normativa sobre el contrato de embarco y el contrato de aprendizaje.

francés no es la primera ley general del trabajo, pues a lo largo del siglo XIX hay ya recopilaciones de ese tipo, y en ellas el avance de los mínimos legales se hace de ordinario contando con excepciones en alguna profesión concreta⁴³. El juego de norma general y excepciones parece ser que comienza en las leyes específicas sobre jornada, vacaciones y descansos para extenderse a otros aspectos de la relación laboral y finalmente convertirse en regulaciones amplias de una profesión⁴⁴.

El segundo problema que plantea la naturaleza jurídica de las relaciones laborales especiales es el de si obedecen a un criterio único o si por el contrario forman un conglomerado de procedencia heterogénea. Su solución, en caso afirmativo, nos permitiría advertir la existencia de figuras de este tipo de carácter material, a las cuales podríamos calificar por el fondo aunque carecieran de la denominación expresa. El criterio de referencia es su clave de identificación.

El artículo 2 ET contiene una cláusula de cierre de cierta importancia para comenzar el análisis: considera de esta naturaleza a “cualquier otro trabajo que sea declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley”. La Ley de Relaciones Laborales de 1976, en la cual se inspiró, concretaba más al hablar de “cualesquiera otros trabajos *profesionales*”, aunque una de las manifestaciones que siempre ha estado en el elenco encaja mal con el criterio de la profesionalidad —me refiero al trabajo de los penados—, por lo que el ET hizo bien en suprimir el adjetivo. Los rasgos primordiales de esta figura serían, por consiguiente:

⁴³ Así, el Código Industrial (Gewerbeordnung) de Austria es de 1859, y el de Alemania, de 1869. Se trataba de normas generales sobre libertad de industria y de trabajo. La Ley de Fábricas suiza es de 1877. La primera codificación del Derecho del Trabajo en las fábricas en Gran Bretaña data de 1878. El primer Código de Trabajo ruso es de 1918. Varios Estados italianos tuvieron asimismo leyes generales sobre el trabajo durante el siglo XIX antes de la unificación.

⁴⁴ Así, en la legislación española, el Reglamento de descanso dominical de 1905 exceptúa del mismo al servicio doméstico, el trabajo de los artistas, el ganadero, en museos, en casinos, escuelas de artes y oficios, y cooperativas de consumo; el Reglamento de Minas de 1912 establece en su título III las “disposiciones especiales para determinadas explotaciones mineras”; en la Ley de Jornada mercantil de 4 de julio de 1918, el cierre desde las 20 horas a las 7 del día siguiente (art. 2), encuentra en el art. 3 nueve excepciones; etc.

1. Actividades laborales, no meramente elementos del contrato de trabajo como la temporalidad o la condición de los sujetos.
2. Globalmente anómalas respecto del trabajo típico.
3. Señaladas como tales por una norma con rango legal.
4. Que por ello reciben una regulación específica y distinta en los aspectos anómalos del contrato.

Todavía la uniformidad del concepto permanece en entredicho a pesar de haber mencionado cuatro importantes rasgos coincidentes. Sobre todo el perfil de la anomalía global de esa actividad, y también el alcance de la tipificación por ministerio de la Ley exigen de algunas precisiones ulteriores, que haré de inmediato.

2. El tipo de delegación normativa utilizado.

El *problema técnico de la delegación normativa* alude a un importante debate sobre el rango de las normas involucradas en disciplinar la realidad social en cuestión. En principio la materia laboral corresponde a normas con rango de ley desde que el art. 35.2 de la Constitución determina que “la ley regulará un estatuto de los trabajadores”, queriendo dar a entender un cuerpo general de normas sobre el trabajo subordinado, similar al existente sobre funcionarios, artículo reforzado por otros situados también en el capítulo de reserva legal (art. 53.1 CE)⁴⁵. Pues bien, la disposición adicional 2ª ET dispuso un plazo, después prorrogado, para que el Gobierno regulara el régimen jurídico de las relaciones laborales especiales enumeradas en el artículo 2 del propio cuerpo legal. Dos cuestiones quedan planteadas por tal redacción: en primer lugar, si las demás relaciones especiales no elencadas en el art. 2 ET permanecen fuera del alcance del poder reglamentario del gobierno y dentro de la reserva de ley; en segundo lugar, cómo calificar la

⁴⁵ Los reglamentos solo entrarían a conocer en los supuestos de delegación y de desarrollo normativo, sin autonomía propia. La cuestión de la reserva de ley se discute en doctrina: solo para los derechos fundamentales de tipo colectivo, pero no para las condiciones de trabajo y empleo, en MARTIN VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2007, 107-108, en base a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE. Por la reserva legal para todo el Derecho del Trabajo, en base al art. 53.1 CE, VIDA, MONEREO y MOLINA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada 2007, 117-118.

delegación normativa producida, si como remisión normativa o como deslegalización⁴⁶.

Respecto a la primera cuestión, la práctica seguida por el legislador ha sido la de habilitación expresa al gobierno dentro de alguna ley, laboral o de otro signo⁴⁷. Incluso en ciertos casos ha sido el propio legislador parlamentario quien ha regulado directamente las peculiaridades de alguna actividad, aunque en estos casos no haya considerado necesario bautizarlas con la denominación típica, arrojando sobre el tapete el problema adicional de las relaciones especiales en sentido material, en el que ahora no entraremos. Dado que en bastantes de las sentencias del Tribunal Constitucional dedicadas a las relaciones que nos ocupan ha debido tratarse el tema de la discriminación⁴⁸, y que el objeto de las regulaciones administrativas ha consistido frecuentemente en rebajar o suprimir algunos niveles legales para estas actividades laborales, la respuesta de si existe para todos los supuestos una reserva de ley que debe ser salvada únicamente previa habilitación al gobierno ha de contestarse afirmativamente.

En cuanto a la segunda cuestión, la naturaleza de la delegación normativa fue resuelta por la sentencia TC 26/1984, de 24 de febrero, en el sentido de tratarse de una deslegalización⁴⁹. El parlamento desearía por tanto una reducción de nivel normativo para esta labor por las razones que fueran, posiblemente por lo arduo y técnico de la materia. Un sector doctrinal ha criticado tal solución por la falta de

⁴⁶ La tercera posibilidad de la delegación normativa, la delegación recepticia, art. 82.2 CE, queda al margen por tratarse de refundición o de articulación.

⁴⁷ El caso más extravagante se ha dado en la habilitación para regular la relación especial de abogados en bufetes de titularidad ajena, la cual vino otorgada por la disposición adicional 3ª de la Ley 22/2005, "por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea".

⁴⁸ SS. TS. 49/1983, de 1 de junio, 79/1983, de 5 de octubre, 26/1984, de 24 de febrero, 17/2007, de 12 de febrero, etc. Sobre la problemática en torno al principio de igualdad en las relaciones especiales, cfr. SOLER ARREBOLA J.A., *La relación laboral penitenciaria*, Comares, Granada 2000, pág. 29 ss.

⁴⁹ Referida a la relación especial del servicio doméstico en momentos en que aún no se había producido el Decreto regulador, el TC considera que "el Estatuto de los Trabajadores produjo una plena deslegalización del régimen jurídico (...), sin más condicionamientos que los derivados del texto de la Ley degradatoria" (fdto. jur. 5º).

garantías que la deslegalización supone, y defendido por el contrario la existencia de una remisión normativa, en donde la ley habilitante debe proporcionar los criterios bastantes para el desarrollo reglamentario. Incluso de la falta de criterios legales ha deducido la extralimitación de la potestad reglamentaria del gobierno, con la posible nulidad de la regulación normativa de estas relaciones⁵⁰. No obstante la remisión implica el que la norma emanada del gobierno tenga el carácter de ley (articulada o decreto legislativo), que no es el caso en nuestra materia, por lo que ha de aceptarse la doctrina del Constitucional, incluso para aquellos supuestos carentes de regulación legal antes de la promulgación del reglamento: serían las condiciones de trabajo, los máximos y mínimos legales establecidos genéricamente para todo el trabajo dependiente, los afectados por la deslegalización en el concreto ámbito de una actividad laboral específicamente nominada.

Incidentalmente el problema técnico nos permite entrar en un matiz del mismo carácter que podría suscitar alguna duda: el art. 2 ET autoriza a ampliar el número de relaciones especiales siempre que así se disponga por una ley y la declare como tal expresamente. Como hay varios supuestos en los que una ley regula las peculiaridades de una actividad “fronteriza” sin por ello otorgarle la consideración de relación especial⁵¹, surge el problema de si tal denominación tiene carácter sustantivo o meramente “ad probationem”. En principio, la exigencia de proclamación *nominatim* no vendría impuesta *sic et simpliciter* por la dicción del Estatuto, ya que una ley posterior bien podría deslegalizar una actividad laboral sin por ello otorgarle la denominación requerida⁵². Por más que la intención del ET parezca

⁵⁰ Cfr., por ejemplo, VIDA, MONEREO y MOLINA, *Manual de Derecho del Trabajo*, 644.

⁵¹ Así, el personal docente e investigador contratado de las Universidades Públicas, Ley Orgánica de Universidades 6/2001, art. 48 y D.A. 6, reformada por Ley Orgánica 4/2007. También, las peculiaridades contenidas en el Estatuto Básico del Empleado Público 7/2007 para los empleados laborales; o las de guardas y vigilantes de seguridad contenidas en la Ley 23/1992 de Seguridad Privada; y otras ya mencionadas anteriormente en estas páginas.

⁵² Quizá el supuesto paradigmático reside en la DF 7ª ET, en su redacción original, la cual señalaba al Gobierno 3 meses para regular “la prestación de trabajo del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, de modo que se incorporen a su texto cuantas normas y disposiciones de la presente Ley sean compatibles con la debida salvaguardia de los intereses de la Defensa Nacional”. El RD 2205/80 es su resultado. SÁNCHEZ TRIGUEROS C. la considera relación laboral especial *materialmente*, en *La rel. lab. del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares: coordinadas y peculiaridades de su régimen jurídico*, Universidad de Murcia, Murcia 1996, 183-184.

encomiable, al dirigirse a clarificar un ámbito ciertamente oscuro en donde se permite jugar con tratamientos diferenciados a la baja, y a pesar también del carácter central del Estatuto en la regulación de las condiciones de trabajo, cualquier otra ley posterior tiene la suficiente capacidad para degradar normativamente un ámbito, pues es el mismo Parlamento quien la dicta. A tenor de esta interpretación, que parece la más lógica, para los efectos de la aplicación del reglamento la denominación sería inocua, aunque no bien otras normas de rango legal entraran en conflicto con ellas la ausencia del paraguas nominativo le depararía una situación débil, sobre todo cuando el reglamento fuera de tipo general y en él quedara difuminado o disperso el régimen jurídico que se pretendía para una actividad laboral concreta. Ahora bien: el problema aplicativo quedaría a medias resuelto con tal solución, pues quedaría todavía una importante incógnita, la de saber cuál sería el Derecho supletorio para las lagunas de dicho reglamento. Y es que normalmente los Reales Decretos sobre las relaciones laborales especiales se limitan a establecer unas pocas normas para dibujar el perfil de la anomalía específica de esa actividad laboral, dejando el resto a lo que diga un cuerpo normativo de carácter general, que en casi todos los casos es el Derecho del Trabajo, pero en el supuesto de los altos cargos es la legislación civil o mercantil⁵³.

Existe una perspectiva puesta de relieve por Montoya Melgar que podría arrojar algo de luz sobre la cuestión. Subraya el autor citado cómo la en apariencia

⁵³ Art. 3.3, RD 1382/1985. Cfr. BORRAJO DACRUZ E., *Altos cargos laborales*, RDP, Madrid 1984. En cambio, véase por ejemplo el art 21 del RD 1006/1985, sobre relación especial de los deportistas profesionales: "Derecho supletorio. En lo no regulado por el presente Real Decreto será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales". Cfr. TOROLLO GONZÁLEZ F.J., "Las relaciones laborales especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos", en *REDT*, número especial sobre *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, 100 (2000), 177 ss. Similar redacción en la D.A. 4ª del RD 1331/2006, sobre los abogados en despachos de titularidad ajena, aun cuando su art. 2 pueda suscitar alguna duda. La dicción del art. 12 RD 1438/1985, sobre mediadores mercantiles, difiere algo de la anterior: "Son aplicables en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial los derechos y derechos laborales básicos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores". Similar redacción en el art. 19, RDL 2/196, sobre estibadores portuarios. Solo una aplicación de determinados aspectos del Derecho del Trabajo aparece, por su parte, en el RD 1368/1985, sobre minusválidos en centros especiales de empleo. Supletoriedad plena de la legislación laboral, en cambio, en el art. 1.4 del RD 1146/2006, sobre médicos residentes.

redundante frase del art. 2.2 ET, de que la regulación de dichas relaciones laborales (especiales) respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución, halla su sentido no tanto por lo que dice expresamente –que es obvio– cuanto por lo que dice a contrario sensu, esto es, la no aplicación supletoria de las normas laborales⁵⁴. El legislador daría de tal modo carta blanca al gobierno para determinar los linderos de la actividad laboral en cuestión, pudiendo integrarlo de pleno en el Derecho del Trabajo con algunas salvedades, o a la inversa, situarlo extramuros del mismo con los engarces oportunos en lo laboral. Aun cuando nos hallamos ante una tesis radical, es muy probablemente acertada, y nos permite aventurar una opinión en el tema de la ausencia de *nomen iuris*. La habilitación simple al gobierno para regular una actividad concreta solo permitiría señalar las salvedades necesarias a la legislación laboral, pero en el resto entraría ésta a aplicarse plenamente. Solo cuando a la habilitación el legislador añadiera la denominación de “laboral especial”, habría otorgado carta blanca para ir más allá de un trato diferente puntual y situar a la actividad cuestión *casi* extramuros de lo laboral, aunque su naturaleza fuera de esta índole.

Tomemos un ejemplo reciente para ver hasta qué punto las situaciones pueden ser ambiguas: la disposición adicional 3ª de la Ley Orgánica de Educación 2/2006 determina que los profesores de religión en centros públicos “lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores”. Ni habilita al gobierno para entrar a regular, ni alude a una posible relación especial, pero a su amparo el RD 696/2007 contempla la relación laboral de dichos profesores, con normas específicas sobre el acceso al destino y la extinción del contrato.

En ningún momento se la configura como especial, repito, sino solo como laboral, y sin embargo por esta vía reglamentaria surgen matizaciones para dichos profesores derivadas del delicado carácter de la materia a impartir⁵⁵. En consecuencia y aunque un sector de la doctrina haya visto en ella una relación laboral

⁵⁴ MONTOYA MELGAR, “Las relaciones laborales especiales y su marco regulador”, *REDT* 109 (2002), 88.

⁵⁵ El art. 3 establece el requisito del *placet* y la propuesta por la Confesión religiosa correspondiente; el art. 7, correlativamente, permite la extinción del contrato de trabajo por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad por parte de la misma Confesión.

especial, no hay ni la habilitación ni la denominación legal para ello, por lo que debe rechazarse la calificación. Se trataría, por tanto, de una relación laboral común, y las matizaciones habrían de juzgarse en base a la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la cual permite buscar una sensibilidad intermedia entre el trato igual y el respeto confesional para estos casos.

3. La identidad de las relaciones laborales especiales.

Uno de los temas más recurrentes en el ámbito de estas relaciones consiste en decidir si obedecen a un *criterio unitario de delimitación* o si por el contrario el legislador las ha señalado al azar, obedeciendo en cada momento a un impulso político para apartar a la actividad concreta de la pulsión común. Al comienzo de este epígrafe veíamos cómo hay bastante coincidencia en el conjunto de países sobre cuáles sean las actividades consideradas como especiales, aun cuando solo en Italia hallamos un criterio legal unitario que a la postre se revela demasiado abstracto, el de significar “relaciones no inherentes al ejercicio de una empresa”. La cuestión tiene un relieve práctico indudable, pues si, como mantiene la *communis opinio* doctrinal en España, no existe tal criterio uniformador, el legislador ordinario tendría en sus manos la posibilidad de deslegalizar y abandonar al arbitrio administrativo los mínimos legales de la actividad que le pareciera oportuna. Probablemente de ocurrir tal amplitud la constitucionalidad de cada separación legal quedaría a salvo desde el punto y hora en que toda actividad laboral mantiene diferencias con las restantes, desde el minero al albañil o al fresador, pero supondría un factor de incertidumbre y desorganización del Ordenamiento laboral, como de hecho parece ocurrir en algunos países gracias a la proliferación desmedida de regulaciones específicas. La búsqueda de un criterio unitario es también la de un denominador común con el cual poder marcar las exuberancias del legislador, por una parte, y del poder reglamentario, por otra, ya que serviría tanto para limitar *ontológicamente* las delegaciones del primero como para impedir la logorrea del segundo.

Habíamos deducido más arriba del elenco contemplado en el artículo 2 ET que las relaciones que en nuestro país se consideran abocadas a normativa especial se refieren a actividades globalmente anómalas respecto del trabajo típico. El deno-

minador común consistirá, pues, en esa anomalía global que las distancia del trabajo típico.

La tentación de utilizar el criterio italiano para abordar nuestros problemas cae por su base no bien reflexionamos un poco. La inherencia o no respecto al ejercicio de una empresa ni siquiera sirve para la propia Italia, pues nos lleva a actividades que están claramente fuera del Derecho del Trabajo, como las no lucrativas, las familiares, asociativas, etc. El elenco del artículo 2 ET coincide con lo descrito para otros países en el dato de tratarse de actividades no típicas, pero plenamente laborales, de trabajadores que aplican su actividad por cuenta de otro mediante retribución. Algo atípico existe en el trabajo del deportista profesional o del artista, del minusválido en centros especiales o del penado en los talleres carcelarios, y esa diferencia les ha conducido incluso a permanecer fuera del Derecho del Trabajo en algunos casos, como ha sucedido hasta hace bien poco con los abogados en bufetes de titularidad ajena o sucedió en su tiempo con los empleados del hogar. Una referencia de Montoya Melgar arroja bastante luz cuando nos dice que la huída de estas relaciones del ámbito del Derecho Civil o Mercantil se realiza a través de un ingreso suave en el Derecho del Trabajo, mediante reglas ad hoc, pues no nacen de un proceso descendente en el que dejan de ser relaciones laborales comunes, sino al revés⁵⁶. Pero en última instancia se trata de trabajadores subordinados, o más precisamente, sometidos al dominio laboral de un tercero, con los rasgos típicos del contrato de trabajo, aunque –permítaseme el juego de palabras– desprovistos de los rasgos principales del trabajo típico.

Cardenal Carro ha sugerido otro criterio para delimitar este grupo de relaciones, siguiendo a Ghera: para una separación tan drástica de la regulación laboral común deberíamos bucear en la causa, es decir, en lo capital y central de un contrato, y allí probablemente advertiríamos cómo en las relaciones especiales existe algo más, una concausa peculiar que en principio permanece abierta para el legislador, pero consistente en la tutela de determinados intereses públicos o colec-

⁵⁶ MONTOYA MELGAR A., "Sobre las relaciones laborales especiales y su marco regulador", *REDT* 109 (2002), 6.

tivos relevantes⁵⁷. Pese a la brillantez de la teoría, y a que las últimas incorporaciones parecen confirmarla, no acierto a calibrar cuáles pueden ser los intereses públicos o colectivos relevantes en el listado del artículo 2 ET, en deslegalizar la normativa del representante de comercio, del deportista, del artista, del alto cargo. Por otro lado, una concausa puede hallarse fácilmente también en las modalidades de contrato, y no solo en las relaciones laborales especiales, pues el trabajador precario, ya sea por tiempo determinado o a tiempo parcial, o el trabajador a domicilio, padecen carencias que explicarían una protección amplia y detallada. Un interés público o colectivo relevante cabría detectar, en fin, en multitud de actividades que sin embargo permanecen sujetas a la normativa común⁵⁸: profesores de enseñanzas especiales, conductores de maquinaria pesada, empleados de museos, vendedores de pescado y alimentos perecederos, el amplio y variado conjunto de trabajadores en los servicios esenciales... Desde otro punto de vista, la normativa especial se dicta porque introducen a veces un escalón *in pejus* autorizado por el legislador, para actividades algo peculiares a las que no se considera oportuno otorgarles la plena “ciudadanía” laboral, mientras que la doctrina de la concausa miraría más bien a equipararlas plenamente a la condición de trabajador típico. Desde un análisis del Derecho Positivo, en fin, las exposiciones de motivos de los diversos Decretos reguladores podrían arrojar alguna luz sobre tales motivos adicionales—concausas—, y sin embargo apenas mencionan el tema, cuando lo mencionan⁵⁹.

⁵⁷ CARDENAL CARRO M., “A los quince años de existencia”, cit., 163; GHERA E., *Diritto del Lavoro*, Cacucci, Bari 1993, 311. Pero en última instancia Cardenal se alinea con los escépticos en cuanto a la mens legislatoris, pág. 160.

⁵⁸ En este sentido, VIDA, MONEREO, MOLINA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada 2007, 446.

⁵⁹ El RD 1382/1985 sobre altos cargos alude a la recíproca confianza entre las partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes; también la mutua confianza y la necesidad de flexibilidad entre ambas partes, añadido a los derechos constitucionales de intimidad personal y familiar (?) son los argumentos esgrimido por el RD 1424/1985, sobre servicio del hogar familiar; la labor de preparación para la reinserción en la sociedad aparece en la E.M. del RD 782/2001, de penados en talleres penitenciarios; las peculiaridades de la práctica deportiva viene citada en el RD 1006/1985, sobre deportistas profesionales; en cambio no aparece ninguna motivación en la E.M. del RD 1435/1985, sobre artistas en espectáculos públicos, ni en el RD 1438/1985, sobre mediadores de comercio; el objetivo de la integración laboral, pues no pueden ejercer su actividad en las condiciones habituales, queda de relieve en el RD 1368/1985, sobre minusválidos en centros especiales de empleo; combinar las garantías para el interés público derivada del control de la actuación de particulares a través del contrato, con la flexibilidad.../

Una aproximación realista debería comenzar por determinar qué entendemos por trabajo ordinario o típico, en consecuencia. O dicho en otros términos, poner frente a frente al artículo 2 ET, donde se halla el elenco de relaciones especiales, con el artículo 1 ET, donde se define al trabajo típico. En este último precepto, lo verdaderamente relevante es, según la jurisprudencia, el que el trabajo se preste “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”, denominada empleador o empresario⁶⁰: ahí, en el ámbito empresarial donde se manda y se obedece, donde se desarrolla la prestación, radica el factor típico cuyas modulaciones o alteraciones obligan al legislador a abrir el abanico normativo porque, como se ha dicho relevantemente, las normas para los trabajadores clásicos no encajan aquí⁶¹.

.../de la actuación empresarial en este ámbito es el motivo aducido por el RD-L 2/1986, del servicio público de estiba y desestiba de buques; el RD 1156/2006, sobre médicos residentes, alude a la realización y cumplimiento de los programas formativos de estos facultativos; por último, el RD 1331/2006, sobre abogados en despachos de titularidad ajena, señala el ámbito en que se desarrolla la relación, los despachos de abogados, y condiciones de prestación de su actividad, con normas estatutarias, limitación de facultades directivas, diligencia y confidencialidad, etc.

⁶⁰ “Dependencia es hoy ‘trabajar dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona’, pero ello no significa que se sepa con certeza qué es ese ‘ámbito’ y cuándo puede entenderse que una persona trabaja para otro dentro del mismo”: LUJÁN ALCARAZ J., “El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 58 (2005), 29. Como la ajénidad y la retribución se encuentran también en el arrendamiento de servicios, es la inserción en el ámbito directivo del empresario lo que tipifica al contrato de trabajo: S^a. TS. 16 de julio de 1984 (AR. 4175), ya citada, y también 21 de julio de 1988 (AR. 6214) y 26 de enero de 1994 (AR. 380). La ajénidad se rechaza como característico de la laboralidad en algunas leyes modernas, como por ejemplo en la 12/1992, art. 1, sobre contrato de agencia, pues relativiza la asunción de riesgos de la operación, presumiéndose la dependencia laboral cuando “no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios” (art. 2). Sobre la jurisprudencia en torno a esta cuestión en los agentes y subagentes de seguros, véase por ejemplo la S^a.TS. 6 de febrero de 2007 (R. 3596/2005), y VALDÉS ALONSO A., “Presente y futuro de la relación de agentes y subagentes de seguros”, *Relaciones Laborales* 2 (2008), 49 ss. Respecto a las subcontratas y su distinción con la cesión de trabajadores, el art. 4.c de la Ley 32/2006, sobre subcontratas en la construcción, apunta de lleno al requisito de “ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra”. También la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal, otorga un papel principal al régimen de dirección y control de la actividad laboral (art. 15).

⁶¹ VIDA, MONEREO, MOLINA, *Manual de Derecho del Trabajo*, cit., 653. En sentido similar, MENGONI alude a “lo standard protettivo del prestatore di lavoro al livello massimo rappresentato dalla disciplina del lavoro nell’impresa” (“La questione della subordinazione in due trattazioni recenti”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* I [1986], 10), y GHEZZI y ROMAGNOLI afirman “la centralidad del trabajo en la empresa industrial” (*Il rapporto di lavoro*, cit., pág. 20).

Pues bien, el *identikit* de ámbito empresarial ha sido durante siglos el espacio físico de un recinto vigilado y controlado por el empresario cuya expresión principal es la fábrica o factoría, aun cuando también la mina, el barco o la explotación agraria. Es una identificación del ámbito laboral a través del control espacial sobre los trabajadores, clausurados en el centro de trabajo durante la jornada mediante mecanismos físicos de cierre y la presencia de porteros, vigilantes y guardas a la entrada del mismo⁶². La revolución industrial, con sus máquinas, masificación obrera y disciplina industrial, había hecho evolucionar el modo de producción desde un modelo “comensal” de trabajo artesano en donde el maestro controlaba visualmente al oficial y al aprendiz⁶³, a un modelo espacial en donde los obreros quedan sometidos a la férrea disciplina que marcan los tiempos de las máquinas y la vigilancia

⁶² Instrucciones de la empresa Oberkampf al portero de la fábrica, 1812, en A. Dewerpe y Y. Gaulupeau, *La fabrique des prolétaires*, cit. por Le Goff, *Du silence à la parole*, 45.: “Art. 1. El portero no abrirá su portillo por la mañana sino un cuarto de hora antes de sonar la campana, y el portón solamente durante el intervalo de la campana (...), después de lo cual la cerrará y observará rigurosamente la orden de no dejar entrar a ningún obrero que llegue más tarde. Art. 2. El portón quedará cerrado todo el día excepto para la entrada y salida de los obreros y para la circulación de vehículos. Art. 3. Ningun obrero debe salir antes de la hora sin permiso de su contraamaestre, que debe poner en manos del portero al salir. El portero inscribirá en un registro el nombre de los que salgan sin permiso y la lista se entregará todos los meses al cajero para descontar el tiempo perdido. Art. 4. Todo obrero que abandone su puesto antes de la hora para prepararse a la salida será anotado para ser sancionado con una multa del tercio de su jornada”. En las diversas fábricas de tabaco españolas del siglo XVIII y XIX existía una sola puerta de entrada/salida en donde se apostaba un destacamento del ejército, con unos calabozos para encarcelar a los obreros u obreras infractores de los reglamentos de fábrica: “Junto a la Cárcel había un cuerpo de guardia, que tendría soldados del cuerpo de Dragones en las garitas; este cuerpo se encargó de la vigilancia del establecimiento desde su inauguración hasta la década de 1820 (...). Precisamente a la altura de la puerta principal se sitúa en ese frente de viviendas el “*cuerpo de guardia menor de piquete y resguardo de la puerta de entrada y calle nueva*». (...) Este cuerpo de guardia debió permanecer allí, probablemente, hasta el derribo de la muralla en 1862”: POZO RUIZ A., *La Real Fábrica de Tabacos de Sevilla: Visión histórica general*, en internet. Cfr también MORALES SÁNCHEZ, José: “La Real Fábrica de Tabacos. Arquitectura, territorio y ciudad en la Sevilla del siglo XVIII”, Ed. Focus, Sevilla 1991; CUEVASALCOBER, L.: *Un ejemplar español de arquitectura industrial del siglo XVIII*, Asociación Nacional de Ingenieros Industriales, Madrid 1946; SANCHO CORBACHO, A.: *Arquitectura barroca sevillana del siglo XVIII*, CSIC Madrid 1984; FALCÓN MÁRQUEZ, T.: “La antigua fábrica de Tabacos”, Boletín “Aparejadores” nº 9 diciembre 1982; BONET CORREA, A.: “La fábrica de Tabacos de Sevilla: primer edificio de la arquitectura industrial en España”, Catálogo Exposición *Sevilla y el tabaco*, Tabacalera, Sevilla 1984; RODRIGUEZ GORDILLO, J.M.: *Historia de la Real Fábrica de Tabacos de Sevilla*, Ed. Fundación Focus-Abengoa, Sevilla 2005.

⁶³ Es expresión de A. SOBOUL, por la mesa característica del modelo artesanal (cit. por J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes 2004, 50).

de los guardias dentro de lugar de trabajo⁶⁴. Con el paso del tiempo, ya en el siglo XX, a la figura del obrero y de la fábrica se le une la del empleado y la oficina, con similares características de control espacial, recinto clausurado y constancia presencial del trabajador.

Así pues, durante un largo espacio de tiempo lo típico en Derecho del Trabajo ha sido lo tópicamente, al punto de que la mayor parte de las normas laborales han ido dirigidas a garantizar la salubridad, la seguridad, las condiciones humanas y la jornada en los centros de trabajo habituales. En realidad, hablar de establecimiento empresarial en lugar de ámbito organizativo del empresario es una metonimia en donde hablamos del continente para aludir al contenido –como en otros casos se habla del lienzo en lugar del cuadro–, al tratarse de un símbolo, el lugar de trabajo, que sintetiza un amplio número de características de la actividad productiva. Sin duda que el “ámbito de organización y dirección del empresario” tiene otras expresiones, pero la de la fábrica y la oficina es la típica, pues la admiración y el espanto causado por las chimeneas industriales y “esas inmensas construcciones llamadas fábricas”⁶⁵ se encuentran en el origen de la legislación obrera y en definitiva del Derecho del Trabajo, al punto de que los especialistas han llegado a hablar del “sistema de fábrica”⁶⁶.

Podemos resumir las páginas anteriores con la siguiente afirmación: las relaciones laborales especiales se caracterizan por producirse en un ámbito donde la

⁶⁴ A fines del XVIII y durante todo el siglo XIX, la industrialización marcó una diferencia con la etapa artesanal de la manufactura en algo que no consistió simplemente en la aplicación de máquinas para la producción en masa: “La principal dificultad no era tanto (...) inventar un mecanismo automático para estirar y torcer el algodón en un hilo continuo, cuanto enseñar a los hombres a deshacerse de los hábitos de trabajo desordenado y a identificarse con la regularidad invariable del gran autómatas. Publicar y aplicar un código industrial de disciplina industrial, apropiado a las necesidades de la gran producción, tal fue la empresa hercúlea, la obra grandiosa de Arkwright”: URE, “Le travail du XVIIe au XIX^e siècles”, en *La France et les Français*, Pléiade 1972, pág. 378, cit. por LE GOFF, *Du silence à la parole*, pág. 35. Arkwright fue el inventor de la “mula Jenny”, la máquina de hilar algodón.

⁶⁵ Son expresiones de egregios civilistas españoles que escribieron a finales del siglo XIX: MANRESA Y NAVARRO J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid 1987, vol. 10/II, págs. 672 ss.; SCAEVOLA Q.M., *Código Civil*, Rojas, Madrid 1915, vol. XXV, Parte 2^a, arts. 1583 a 1664.

⁶⁶ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCIA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 22.

dirección y organización del trabajo presentan una estructura distinta a la habitual o típica. Por ámbito hemos de entender una combinación de lo material y lo inmaterial, un espacio productivo cuya representación típica es la fábrica fordista y, adicionalmente, la oficina.

c) La evolución reciente.

1. En las relaciones laborales especiales.

Las nuevas tecnologías han hecho innecesario el control espacial e incluso la misma presencia del trabajador en el centro de trabajo, porque el control ya es virtual. Lo típico y lo atípico se entremezclan, aunque todavía el ámbito empresarial *par excellence* continúe siendo la fábrica, la oficina, el recinto productivo. Posiblemente la relación laboral normal y las relaciones especiales estén condenadas a ceder ante unas estructuras contractuales flexibles que no precisen de tales distinciones; pero en el momento presente todavía tienen sentido, al menos mientras el trabajador común deba satisfacer su jornada en un centro de trabajo del empresario.

Las relaciones laborales especiales, desde tal punto de vista, pondrían de manifiesto las peculiaridades del trabajo prestado en centros de trabajo anómalos, distintos a los habituales, en donde la prestación laboral no puede ser controlada conforme a los métodos habituales⁶⁷. Semejante identificación unitaria pone al descubierto los excesos y carencias del legislador, a poco que despleguemos el listado de relaciones especiales en nuestro Ordenamiento: si trabajar en una fábr-

⁶⁷ El ámbito de desarrollo de la prestación se ha considerado el factor clave para la especialidad de una concreta relación laboral por, entre otros, Aparicio y Baylos, Bercovitz, García Murcia, Quesada Segura, Del Peso y Calvo, Cueva Puente. Como el denominador común del conjunto de relaciones especiales tuve ocasión de defenderlo en mi artículo "Las relaciones laborales especiales. Una perspectiva unitaria", *Relaciones Laborales I* (1990), 223 ss. Contra esta teoría argumenta CARDENAL CARRO M., "A los quince años de existencia", cit., 155, que "de un aspecto tan material no se puede derivar la necesidad de una regulación diferente", decantándose, como se ha expuesto, por la presencia de una concausa. Cita en su apoyo a Alonso Olea, quien considera que centros de trabajo peculiares generan también relaciones comunes, como por ejemplo las minas de carbón y de mercurio, pero ya hemos visto en texto que esas minas entran en el concepto de local típico como recinto productivo.

ca u oficina ha sido y continúa siendo lo habitual, tiene sentido regular la peculiaridad del alto cargo en toda su autonomía locativa, así como al representante de comercio que actúa fuera de los locales de la empresa⁶⁸, y también los aspectos anómalos de quien labora en un hogar familiar, o en talleres penitenciarios, o en centros especiales de empleo, por no hablar de quien se dedica profesionalmente al deporte o al arte en espectáculos públicos. Incluso la actividad de los abogados que prestan servicio en bufetes de titularidad ajena, y no en una oficina común, encaja en la idea clásica de actividad atípica, puesto que, insisto, nos hallamos frente a una metonimia, y hablamos del local anómalo para significar un ámbito de dirección y organización inhabitual, donde el trabajador es colega profesional del empleador.

No encajan en el descriptor, en cambio, dos tipos de relación especial, una ya antigua y otra más joven, en las que podemos ver los efectos de la evolución y de la confusión de objetivos, respectivamente.

En primer lugar, los estibadores con este tipo de relación han de prestar servicio en puertos de interés general para una extraña agrupación portuaria –antiguamente pública, la OTP-, quien los cede en régimen de misión a las distintas empresas del puerto. Los buques y muelles de un puerto donde atracan una diversidad de embarcaciones y operan una heterogénea multitud de empresas con picos de actividad muy pronunciados, desde el vacío total a la llegada de grandes transportes, parecen un lugar de trabajo anómalo en comparación con una fábrica u oficina. La estiba o desestiba se ejecutaba inicialmente de manera aleatoria en cuanto a días y empresas consignatarias o estibadoras, hasta que en 1939 se constituye un servicio portuario de empleo al objeto de tener disponible la mano de obra necesaria para evitar interrupciones en una actividad preciosa para la economía del país⁶⁹. Durante varias décadas, el ámbito de dirección y organización portuario

⁶⁸ El art. 1 RD 1438/1985) excluye de la especialidad a los que trabajan en dichos locales.

⁶⁹ La idea de especialidad debe haber surgido desde el momento en que el trabajo intermitente y precario de los estibadores deja de estar en manos de las empresas estibadoras y consignatarias del puerto y se estabiliza en beneficio del interés público mediante la creación del Servicio de Trabajos Portuarios (STP) por las OOMM de 6 de setiembre de 1939 y de 15 de Diciembre de 1947, a semejanza de otros países (Bureau central de la main-d'oeuvre du port francés, National Dock Labour Board británico y otras experiencias europeas). Así lo indica el RD 2302/1980, art. 1, a.../

consistió en un conglomerado de empleadores ocasionales que compartía funciones directivas con el Servicio de Trabajos Portuarios, a su vez sometido a la Autoridad Portuaria, y sobre un espacio marítimo-terrestre de límites ambiguos⁷⁰. Es natural que tanto el legislador de 1976 como el de 1980 hablaran de relación laboral especial, y emanara naturalmente una regulación en tal sentido en 1980⁷¹. Pero a partir del Real Decreto-Ley 2/1986 el aspecto público disminuye con la constitución de las sociedades estatales de estiba y desestiba, de naturaleza mercantil y capital compartido público y privado⁷². En el mismo ámbito portuario van a coexistir los estibadores contratados mediante una relación laboral común por las empresas estibadoras, y los contratados mediante una relación especial por la Sociedad Estatal (actualmente Agrupación Portuaria): si la estiba en los muelles no son ya

/...cuyo tenor la Organización de Trabajos Portuarios (sucesora del STP) tiene como función "asegurar la regularidad en el empleo de los estibadores del censo portuario, atendiendo las solicitudes que formulen las empresas estibadoras". La regulación especial de los estibadores portuarios arranca en 1939 con el Reglamento del Trabajo de Carga y Descarga, sigue con la Reglamentación de Trabajos Portuarios de 1947 y culmina con las Ordenanzas de Trabajo de Estibadores Portuarios de 1969 y 1974, antes de aparecer la actual regulación.

⁷⁰ A pesar de las indicaciones de las normas (D. 2302/1980) sobre la no vinculación jurídico-laboral del trabajador con el STP y después con la OTP, doctrina y jurisprudencia se dividieron en sus apreciaciones, generando una gran confusión, sobre quién o quiénes eran los verdaderos empresarios del trabajador: cfr. RODRÍGUEZ-RAMOS, P., *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid 1997, 37 ss. Sobre antecedentes concretos en puertos españoles del norte, vid. ARCHIVO HISTÓRICO DE ASTURIAS, *Organización de Trabajos Portuarios (OTP)*, en internet. Recuérdese que hasta la LETT de 1994 la cesión de trabajadores estaba prohibida, por lo que la situación era completamente anómala, y se justificaba como "una importante medida de política de empleo": GARCÍA MURCIA J., "Cesión de trabajadores", en VVAA (BORRAJO DACRUZ, dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, EDESA, Madrid 1987, 322; RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J., *Cesión de deportistas profesionales y otras manifestaciones lícitas de prestamismo laboral*, Comares, Granada 1997, 143; GONZÁLEZ DE LENA F., "El acuerdo para la regulación de la relaciones laborales en el sector portuario", *Relaciones Laborales* 10 (1988), 87.

⁷¹ RD 2302/1980, anulado por la S^a.TS. de 23 de setiembre de 1985

⁷² Sobre todo tras la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, en el sentido de aplicar las orientaciones de la Comunidad Europea sobre liberalización de los servicios portuarios, impulso que culminaría en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. La relación triangular de cesión de trabajadores temporales se clarifica paulatinamente en esos años, y la doctrina afirma que para existir cesión lícita entre la sociedad estatal de estiba y la empresa portuaria debe antes constituirse la relación especial entre el trabajador y aquella: RODRÍGUEZ RAMOS, M^a.J., *Cesión de deportistas profesionales y otras manifestaciones lícitas*, cit., 144-145. En la actualidad la situación ha cambiado al autorizarse las ETT, planteando la cuestión de si podrán actuar en el préstamos de estibadores de relación laboral común, o si por el contrario el sector de la estiba queda adjudicado en monopolio a las agrupaciones portuarias de interés económico, solución esta última que parece más razonable *a priori*, pero que sin embargo la normativa europea sobre libre circulación y liberalización de servicios puede impedir.

una actividad excepcional, el concepto de ámbito se espiritualiza, la metonimia pierde vigor, y asoma la anómala vinculación entre el estibador, la empresa usuaria y la Agrupación formada por el conjunto de empresas estibadoras, en un espacio marítimo-terrestre todavía con cierto nivel de indefinición⁷³. El espacio físico anómalo pierde fuerza como metáfora, aunque todavía mantiene su poder simbólico, auxiliado por el extraño régimen de cesión cerrada de trabajadores, en una triangulación donde cada lado —estibadores, empresas, organización interpuesta— se compone de elementos estables.

En segundo lugar, los médicos residentes en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social nos sirven de ejemplo de normativa con finalidad múltiple. Es cierto que tanto la Ley 44/2003 como su Real Decreto 1146/2006 persiguen garantizar la formación -y titulación- de dicho personal para el conjunto del Estado, lo cual es tanto como decir dentro de un ámbito directivo múltiple y disperso, formado por el total del Sistema y de los servicios públicos de salud; pero el legislador aprovecha el momento para ajustar cuentas con las normas europeas sobre ordenación del tiempo de trabajo⁷⁴.

El análisis del criterio común calificador nos permite abordar, por último, la incógnita de ciertas actividades adscritas en bastantes países a las relaciones especiales, e incluso consideradas como tales en nuestro Derecho histórico, pero

⁷³ La Autoridad Portuaria abandona la Agrupación de interés económico (APIE) no bien surge el nuevo ente: Disposición Adicional 6ª de la Ley 48/2003, citada. La D.A. 7ª de la propia Ley determina además que los puertos de empresa no se rigen por la normativa laboral especial, e igual sucede con la carga y descarga en régimen de autoorganización (*id est*, cooperativas pesqueras).

⁷⁴ Actualmente, Directiva 2003/88/CE. Las guardias y el tiempo de trabajo efectivo han sido motivo de polémica constante: cfr. ENJUTO JAREÑO, D., "La modificación de la Directiva 2003/88/CE: problemática en torno a la cláusula "opt-out", al periodo de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria y al concepto de "tiempo de trabajo efectivo", *Juslabor*, Universidad Pompeu Fabra, marzo de 2005, en internet. La Disposición Adicional 1ª de la Ley delegante, la 44/2003, señaló el doble objetivo de la siguiente forma: "(...) 2. El Gobierno regulará, mediante real decreto, la relación laboral especial de residencia, de acuerdo con las normas de la Comunidad Europea que resulten aplicables y estableciendo, además de las peculiaridades de su jornada de trabajo y régimen de descansos, los supuestos de resolución de los contratos cuando no se superen las evaluaciones establecidas, los procedimientos para la revisión de las evaluaciones otorgadas, la duración máxima de los contratos en función de la duración de cada uno de los correspondientes programas formativos, y los supuestos excepcionales para su posible prórroga cuando se produzcan casos, no imputables al interesado, de suspensión de la relación laboral".

actualmente normalizadas, como el “contrato de embarco”. Podemos decir con el bagaje recién adquirido que de ninguna manera nos hallamos ante relaciones laborales especiales –aunque innominadas- en el trabajo de los marinos, pilotos o transportistas, pues el barco, el camión, el tren o la aeronave representan espacios laborales clausurados, trasposiciones más o menos fieles del ámbito típico de dirección y organización clásico.

Podrían, en cambio, encajar en las características de ámbito de dirección anómalo tanto los centros de la Administración Pública⁷⁵, como las porterías de fincas urbanas⁷⁶, la vigilancia de seguridad, etc. El legislador ha preferido no conceptualizarlos como relación laboral especial, disponiendo así de un campo de maniobra ciertamente amplio.

⁷⁵ La dirección de los entes públicos queda sometida a principios y procedimientos distintos a los de la empresa privada, y el empleado público disfruta de una consideración en cierto modo diversa a la del trabajador. No obstante, hay una convergencia manifiesta y es muy posible que en cuanto ámbito directivo y organizativo la relación de empleo pública no alcance rasgos diferenciales nítidos frente a la típica. Para el debate al respecto, cfr. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR M., “El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo”, *Relaciones Laborales* 18 (2007), 53 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS M.J., *El Estatuto de los Funcionarios Públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada 1997; IZQUIERDO FERNANDEZ F.C. y MOLINA GARCÍA M., *La laboralización de los funcionarios públicos*, Tirant, Valencia 1996.

⁷⁶ Inicialmente regidos por la Ordenanza Laboral de Porteros de Fincas Urbanas de 13 de marzo de 1974.

Intermediação de mão - de- obra. Uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços

*Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista*

É de se lamentar não possuímos, aqui no Brasil, lei definindo, de maneira mais clara e específica, como regra, a responsabilidade solidária do tomador de serviços, nos casos em que se dá o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte das empresas prestadoras de serviço, as legislações argentina e uruguaia, nesse particular, são belos exemplos que bem poderíamos seguir.

Pela conhecida Súmula nº 331, por meio da qual o C. TST. procurou preencher nossa, digamos assim, insuficiência legislativa, ficou estabelecido, em seus incisos III e IV, que:

“III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade - meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”.

Abro aqui um parênteses para esclarecer que a preocupação de momento não é com as empresas de trabalho temporário, nem com a distinção entre atividade - meio e atividade - fim, distinção essa que entendo superficial ou insuficiente para o fim pretendido com sua utilização, mas, sim, a de estabelecer se é mesmo de se cuidar de responsabilidade subsidiária, ou se o correto seria falar em responsabilidade solidária nos casos em que, pela referida Súmula, considera-se como subsidiária a responsabilidade.

Embora existam os que, como sabemos, entendem que o caso é mesmo o de responsabilidade subsidiária, como também há os que defendem a inexistência de qualquer responsabilidade na espécie, quer solidária, quer subsidiária, há a voz daqueles que afirmam que a responsabilidade solidária é a que deveria – e deve – ser a de observar-se, e a voz dessas últimas pessoas, pela força e pelo tom de seus argumentos, impõem-se aos nossos ouvidos, impondo-se tanto mais quanto maior a sensibilidade que tivermos para ouvir as necessidades e as dificuldades por que passam os trabalhadores que, tendo prestado seus serviços, como empregados de uma empresa prestadora de serviços, em prol da empresa tomadora, dispensados por aquela sem receberem o que lhes é devido, após os trâmites de um processo judicial, tendo reconhecido os seus direitos, têm ainda que procurar receber da ex - empregadora, normalmente desaparecida, parecendo ter atravessado o Triângulo das Bermudas, ingressando em outra esfera, para só então, voltar-se contra a tomadora de serviços, visando que esta lhe pague o seu crédito.

Com esforço e argumentos consistentes, se sustenta, para mencionar apenas e ligeiramente, algumas dessas ponderações, de que a responsabilidade deve ser solidária, na espécie, pelo fato de que duas empresas – a prestadora e a tomadora - beneficiaram igualmente do mourejar do credor - trabalhador, o que as faz, logo, ambas, responsáveis, e na mesma medida, pelos prejuízos por este experimentados, servindo, para fundamentar referido modo de ver, a natureza das normas protetoras do direito do trabalho, os riscos que assume a empresa tomadora ao optar por concertar com outra empresa a execução de serviços, ao invés de executá-los ela própria, riscos a que também teria sido exposto o trabalhador, configurada a falta de idoneidade econômica da empresa prestadora; cabe lembrar, ainda, o entendimento de que a responsabilidade solidária do tomador se fundamenta na

responsabilidade por ato de terceiro, já que a empresa prestadora seria um preposto do tomador, e ainda uma possível aplicação, por analogia, do quanto disposto no artigo 455, da CLT.

São normalmente referidos, para embasar aludidos raciocínios, os artigos 187, 927, 932, III e 942, do Código Civil e 8º, 9º e 455, do Diploma Consolidado.

Está claro que, se se procura tantas justificativas para a responsabilidade solidária, na hipótese em exame, é porque se vê, ou melhor, se sente, que a subsidiária não basta, nem atende aos anseios de justiça, e como sabemos, a função do operador do direito é justamente essa: a de procurar a solução mais justa, atento aos sentimentos de justiça da sociedade em que vive, e não me parece que tais sentimentos restem satisfeitos, quando um trabalhador fique sem receber o que lhe é devido por um largo período, o qual acaba por ser maior ainda, por conta de um posicionamento jurídico, quando outro posicionamento também jurídico e até, permissa vênua, com mais consistência que o primeiro, poderia levá-lo a ter satisfeito seu crédito em menor espaço de tempo.

A essa altura, poderá ser lançada a seguinte objeção (com aquele sorriso de triunfo): a idéia, então, é a de impor uma solidariedade, à margem, tangenciando ou mesmo ignorando o quanto disposto no artigo 265, do Código Civil, no sentido de que “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Com todo o respeito a esse modo de enxergar, penso que não será ele que abalará, por si só, o sentir daqueles que defendem ser a responsabilidade solidária a adequada à hipótese sob análise.

E para tanto, para que esse sentimento não saia enfraquecido, duvidando-se mesmo de sua intensidade, vários argumentos podem ser desfiados, alguns dos quais o serão, a seguir.

Com esse objetivo e por primeiro, de realçar que, tal qual se dá, atualmente, com o princípio da legalidade, no âmbito do direito administrativo, em que se considera, como dilucida o brilhante Professor Juarez Freitas, que: “a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim,

todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada”¹.

Entendimento esse que leva a que, ainda na lição do renomado lente: “O princípio da legalidade precisa ser, então, compreendido e aplicado, no contexto maior do acatamento que a Administração Pública deve ao Direito”².

Outro não é o sentir de Odete Medauar, como lembra Daniel Ustárroz, em artigo de sua autoria, verbis: “Resume a professora Odete Medauar esse importante fenômeno: ‘o princípio da legalidade significa não mais a relação lei - ato administrativo, mas a dimensão global, ordenamento - Administração’. (O Direito Administrativo em evolução, p. 148, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003)”³.

Percorre a mesma senda Rafael Carvalho Rezende Oliveira, como se percebe com a leitura do seguinte ensinamento seu: “A consagração do princípio da juridicidade não aceita a idéia da Administração vinculada exclusivamente às regras pré - fixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. Adolfo Merkl, de forma irretocável, asseverava que ‘la

¹ - in “O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais”, Juarez Freitas, Malheiros editores, 3ª edição, 2004, páginas 43-4.

² - in “O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais”, citado, Juarez Freitas, Malheiros editores, 3ª edição, 2004, página 45.

³ - in “Breves notas sobre a boa - fé no Direito Administrativo”, Daniel Ustárroz, artigo inserto em obra coletiva “Lições de Direito Administrativo – estudos em homenagem a Octavio Germano”, Luiz Paulo Rosek Germano e José Carlos Teixeira Giorgis organizadores, Livraria do Advogado Editora, PA, 2005, página 126, nota de rodapé n. 7.

conexión necesaria entre derecho y administración puede ser designada como principio de la juridicidad de la administración”⁴.

O mesmo autor por último citado ainda preleciona que: “O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, ressaltando inclusive a noção da legitimidade do direito. A atuação da Administração Pública deve ter por norte a efetividade da Constituição e será pautada pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Ao invés de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado ‘bloco de legalidade’. Alexandre Santos do Aragão, ao tratar da concepção pós - positivista do princípio da legalidade, afirma com razão:

‘Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao Direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo”⁵.

Da mesma maneira, quanto ao estatuído no artigo 265, do vigente Código Civil, a referência à lei nele contida, deve ser entendida como referência ao direito como um todo, ao ordenamento jurídico em sua totalidade, o que faz com que se considere, numa leitura atual, não só as leis, mas os princípios também.

⁴ - in “Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a Releitura do Princípio da Legalidade Administrativa”, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, artigo inserto na obra coletiva “Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea”, coordenador José Ribas Vieira, Editora Lumen Juris, RJ, 2007, página 64.

⁵ - in “Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a Releitura do Princípio da Legalidade Administrativa”, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, artigo inserto na obra coletiva “Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea”, coordenador José Ribas Vieira, Editora Lumen Juris, RJ, 2007, página 64.

Esse asserto parece não precisar de maior desenvolvimento para justificar-se, pois, como se sabe, quando estamos diante de um caso concreto e para solucioná-lo da melhor maneira possível, temos que manter diante dos olhos – e da mente também, por óbvio – todo o ordenamento jurídico, o que, com lentes modernas, significa visualizar não só regras, mas princípios também, é dizer: “Diante de um caso, não se aplica uma regra, mas todo o ordenamento jurídico, valendo-se da máxima de Gestalt: não se vê partes isoladas, mas relações, uma parte na dependência de outra parte. As partes são inseparáveis do todo e são outra coisa que não elas mesmas, fora desse todo. E são os princípios que irão conferir unidade a esse todo que é o ordenamento jurídico”⁶.

O meu receio em não me alongar demais me contém, de maneira que não vou estender-me no encarecer a importância dos princípios para o direito, nos dias que correm, apenas lembrarei que, hodiernamente, tem-se como claro que as normas se dividem em princípios e regras, e aqueles, como sustenta, dentre tantos outros, Sebastián Borges de Albuquerque Mello: “Os princípios ocupam lugar de destaque no pensamento jurídico contemporâneo porque são eles que irão fornecer as linhas centrais de unidade e ordenação das demais normas jurídicas”⁷.

Evidentemente, considerados os princípios, para se estabelecer a solidariedade, fácil inferir, a questão toma logo novos contornos.

Com efeito, porquanto diversos princípios levam a que se estabeleça a solidariedade em situações como a ora enfrentada, podendo ser citados o da dignidade da pessoa humana, o da proteção da confiança, o da boa-fé objetiva, e até o princípio protetor, tão caro ao direito do trabalho, alguns dos quais diretamente,

⁶ - in “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, inserto em obra coletiva, “Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal”, organizado por Ricardo Augusto Schmitt, Edições Podivm, 2007, página 193.

⁷ - in “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, inserto em obra coletiva, “Princípios Penais Constitucionais – Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal”, organizado por Ricardo Augusto Schmitt, Edições Podivm, 2007, página 191.

outros até dando uma mais adequada interpretação a algum artigo, o que também é função dos princípios.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, se não olvidarmos da importância ao mesmo atribuída pela nossa Constituição Federal, que o colocou como base e norte de nossos passos, o que faz com que, obrigatoriamente, seja ele considerado quando da elaboração, execução e/ou interpretação de qualquer norma, e atento aos ensinamentos do ilustre Professor Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de que “o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. ...Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à existência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais)...”⁸, resta firme que, o tolerar-se que alguém trabalhe em prol de um terceiro e para receber o que lhe foi judicialmente reconhecido, tenha que percorrer o árduo caminho acima descrito, o que, muito certamente, aumentará, para esse trabalhador de forma insuportável e desesperadora, a agonia da espera e das privações então decorrentes, magoará, a mais não poder, esse princípio maior e mais reluzente, da constelação de princípios que dão brilho e vida a um ordenamento jurídico, mesmo porque, como lembrado por Ana Silvia Voss de Azevedo, “Além dos valores morais e subjetivos, a dignidade ainda abrange o respeito à integridade física e psicológica do indivíduo, incluindo aí as condições dignas de trabalho”⁹; aqui como num imenso vale descampado soam nítida e claramente, como melhor convém para que encontrem eco também em nossos corações, as seguintes palavras do Ministro Orlando Teixeira da Costa: “É a dignidade da pessoa humana do trabalhador que faz prevalecer os seus direitos,

⁸ - in “Estudos e Pareceres de Direito Privado”, Antonio Junqueira de Azevedo, Editora Saraiva, 2004, página 13.

⁹ - in “A Terceirização como forma de Desvalorização das Relações de Trabalho sob o Enfoque do Princípio da Dignidade Humana”, Ana Silvia Voss de Azevedo, artigo inserto em obra coletiva, “Estado & Atividade Econômica – O Direito Laboral em Perspectiva”, coordenadores Marco Antônio Villatore e Roland Hasson, Juruá Editora, 2007, página 187.

estigmatizando toda manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus”¹⁰.

Aqui chegando, interessante, por certo, o evocar sólido argumento do preclaro Nelson Rosenvald, de que: “A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no Título I, como fundamento da República Federativa do Brasil, demonstra a sua precedência – não apenas topográfica, mas interpretativa – sobre todos os demais capítulos constitucionais”¹¹.

Relativamente ao princípio da confiança, é oportuno o recordar, antes do mais, que, como superiormente dito pelo jurista português Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, “Na verdade, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacíficas, isto é, da paz jurídica”¹².

Ainda, quanto a importância da confiança para e na vida do homem, vale a transcrição do seguinte excerto: “a confiança, entendida como hábito de depositar expectativas em outrem, é um dos sentimentos que mais profundamente definem e constituem a existência humana. Na medida em que nossa existência é temporal e é imprevisível nosso futuro, nessa mesma medida nos vemos obrigado a confiar, e parece coisa certa, quando a mente não se extravia da realidade nem o coração dos valores supremos, que na vida do homem a confiança tem um papel fundamental como elemento aglutinador de energia que reforça o grau de coesão nos grupos humanos”¹³.

¹⁰ - apud Ana Silvia Voss de Azevedo, “A Terceirização como forma de Desvalorização das Relações de Trabalho sob o Enfoque do Princípio da Dignidade Humana”, artigo inserto em obra coletiva, “Estado & Atividade Econômica – O Direito Laboral em Perspectiva”, coordenadores Marco Antônio Villatore e Roland Hasson, Juruá Editora, 2007, página 187.

¹¹ - in “Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil”, Nelson Rosenvald, Editora Saraiva, 2005, página 35.

¹² - in “Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil”, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, página 19.

¹³ - in “Princípio da Confiança no Direito Penal”, Mário Pimentel de Albuquerque, Lúmen Júris Editora, 2006, página 87.

Com aludido princípio se objetiva a proteção das legítimas expectativas criadas, sem as quais a vida em sociedade se torna muito mais difícil, admitindo-se continue sendo possível, e não se pode imaginar, acredito, que um empregado tenha uma expectativa mais legítima do que a que ele carrega em seu peito - e também no seu estômago -, no sentido de que, tendo trabalhado como empregado da empresa “x”, prestadora de serviço, em prol da empresa “y”, a tomadora do serviço, seu mourejar será remunerado, tanto por uma como por outra, atento a que não se pode exigir do trabalhador brasileiro, na quadra atual, que possua perfeito conhecimento do funcionamento jurídico do contrato que uniu as empresas prestadora e tomadora, para ele, ele trabalhou e deve receber, e o Estado deve garantir “os seus direitos”, logicamente da maneira a mais rápida e objetiva possível, o que não permitiria que ele compreendesse, tampouco aceitasse, as conseqüências advindas do reconhecimento de uma responsabilidade meramente subsidiária.

Cuidando agora do princípio protetor, princípio esse caríssimo ao direito do trabalho, os motivos que o fazem forte e resistente a todos os questionamentos de que é alvo, de tempos em tempos, justificando mesmo a existência do direito do trabalho, evidentemente não estariam sendo respeitados, acaso se entendesse ou entenda que a responsabilidade subsidiária é a que deva ser observada na situação que ora nos ocupa.

Falta apenas, para finalizar, uma ligeira “palavrinha”, acerca do princípio da boa-fé objetiva, o qual desfruta de enorme prestígio nos dias que correm.

E com esse propósito, não poderia deixar de valer-me da lembrança de Artur Marques da Silva filho, quanto a ter já a boa-fé sido considerada “estrela polar do direito”¹⁴.

O vigente Código Civil cuida da boa-fé em alguns artigos, mas sua observância jamais precisou de previsão em lei, pois não se concebe a existência de um ordenamento jurídico no qual a boa-fé não ocupe um lugar de relevo.

¹⁴ - in “Revisão Judicial dos Contratos”, artigo inserto na obra coletiva “Contornos Atuais da Teoria dos Contratos”, coordenador Carlos Alberto Bittar, RT, 1993, página 144.

Quanto à boa-fé objetiva, como se não desconhece, ela não tem ligação direta com o que se passa no íntimo do indivíduo, mas atine ao seu modo de agir externo, como o faz, no meio em que vive e interage com os outros, ou como superiormente dito por Mônica Yoshizato Bierwagen, a boa-fé objetiva, “diferentemente da boa-fé subjetiva, que se refere a aspectos internos do sujeito, estabelece um padrão de comportamento externo, vale dizer, impõe um modo de agir consentâneo ao homem probo, leal, honesto, correto”¹⁵.

Vale salientar que: “O princípio da boa-fé objetiva ou princípio da probidade ou eticidade, expresso nos arts. 422, 113 e 187 do Código Civil, atua sobre contratos com várias funções: é fonte de direitos laterais, é limite à liberdade contratual e à liberdade de contratar, é cânone de integração e interpretação dos contratos”¹⁶.

Atualmente, um contrato não é mais visto como resultado de uma acomodação, um acordo de interesses opostos, mas sim como um vínculo de cooperação, uma convergência de interesses, para a realização do que nele se estipulou, o que reclama de qualquer dos contratantes um comportamento leal e reto, reclama mesmo uma preocupação para com o outro, de maneira que, num contrato, qualquer dos contratantes deve se preocupar para que a outra parte contratante atinja, com o contrato, aquilo que, por meio do mesmo, procurou obter, para tal fim; a boa-fé objetiva é chamada para desempenhar função de relevo, como também se dá com a função social do contrato.

O Código Civil contém em seu corpo de disposições, uma cláusula geral de boa-fé, o que se constata com a leitura de seu artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, aludido dispositivo bem pode ser invocado por aqueles que entendem insuficiente a invocação de princípios para o fim de

¹⁵ - in “Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código civil” Saraiva, 2ª edição, página 52.

¹⁶ - in “Reconstrução do Conceito de Contrato: do Clássico ao Atual”, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, artigo inserto em obra coletiva “Direito Contratual – Temas Atuais”, coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, Editora Método, São Paulo, 2008, página 35.

estabelecer a responsabilidade solidária da empresa cliente para com os créditos do credor - empregado.

Nem se alegue que aludido dispositivo tem aplicação apenas entre as partes contratantes, pois, se é fato que as mesmas devem observá-lo, não menos verdade que as obrigações que dele decorrem - deveres tais como os de informação, lealdade, cooperação, honestidade -, vão além das partes, exigindo que terceiros respeitem os contratos celebrados, bem como não sejam atingidos e/ou prejudicados por contratos por outros celebrados.

Com uma consistência ímpar, o preclaro Rodrigo Mazzei deixou firme que: “É certo que a literalidade do artigo 422 do CC\2002 estabelece que os contratantes são obrigados a observar a boa-fé; não obstante, há terceiros que por uma proximidade com um dos contratantes podem vir a exigir a observância dos deveres anexos decorrentes da cláusula geral da boa-fé”¹⁷.

No que mais de perto nos interessa, há fixar que existem pessoas, tradicionalmente enquadradas no conceito de terceiros, mas que agora aparecem, de corpo inteiro, no cenário jurídico para protegerem-se de contratos que possam violar direitos seus, o que é perfeitamente possível, com base no princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a par de se ajustar à visão moderna do contrato, que mitigou um tanto o princípio da relatividade dos contratos.

Os princípios mencionados impedem que um ajuste, ainda que fruto do mais puro e perfeito acordo de vontades entre as partes, venha a causar danos a quem, não tendo declarado vontade alguma, possa experimentar algum prejuízo em decorrência do contrato.

Basta não esquecer que as partes contratantes sempre querem ver seus contratos respeitados por terceiros, aos quais opõem o que neles pactuado, e o Direito, regra geral, lhes dá amparo para assim procederem, para se ver como é natural e

¹⁷ - in “O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais e suas Mitigações”, Rodrigo Mazzei, artigo inserto em obra coletiva “Direito Contratual – Temas Atuais”, coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, Editora Método, São Paulo, 2008, página 217.

funciona mesmo como a outra face da mesma moeda, que esses terceiros, se puderem ser atingidos pelo contrato, tenham meios para evitar os efeitos que possam prejudicá-los.

Então, o terceiro, que é o que não participa da feitura do negócio jurídico, mas acaba por ele obrigado e/ou afetado, de alguma maneira, o que não deve provocar espanto algum, se não olvidarmos a rede em que se constituem as relações humanas, nossos atos, invariavelmente provocam efeitos e/ou repercutem, na esfera de outras pessoas, por eles afetados, os quais, se devem, por um lado, respeitá-los, não podem, sob outro ângulo, serem por isso prejudicados, o direito há de protegê-los, cumprindo ao operador do direito acertar com qual a proteção então oferecida.

A doutrina, especialmente, mas não apenas, a alemã e a italiana, diante de tal quadro, desenvolveu a categoria do contrato com eficácia de proteção para terceiros, a qual, por bem se encaixar numa visão mais moderna do contrato, abraçada pelo nosso Código Civil, pode ser invocada entre nós, o que a função social do contrato e a boa-fé objetiva permitem, já sendo, inclusive, objeto, com vistas ao direito pátrio, de trabalhos jurídicos de fôlego.

Por meio do contrato com eficácia de proteção para terceiros se reconhece que há terceiros que devem mais estreitamente respeitar algum contrato, pela razão de proximidade que tenham com uma ou ambas as partes contratantes, como também existem – e é o que por ora nos interessa mais de perto – aqueles terceiros que, também em razão de alguma ligação maior com um ou com ambos os contratantes, são merecedores de especial proteção, para que não venham a sofrer prejuízos com a execução do contrato.

Parece claro que o trabalhador, que eu não classificaria como terceiro, mas como segundo, dada a sua ligação ou dependência com os contratantes, encontraria aqui sólido fundamento para reclamar, tanto da sua empregadora, como da empresa cliente, ambas solidárias, o pagamento de seu crédito, já que o ajuste por elas levado a efeito não pode, em atenção aos efeitos externos do contrato, fazer com que ele fique, passe a pobreza da locução, no prejuízo, mesmo porque, vale insistir, não são apenas os contratantes que devem ser protegidos contra atos de terceiros,

estes também merecem receber proteção, para que não venham a experimentar prejuízos em decorrência do que pactuado pelos contratantes, sentimento esse que deve, no caso que ora nos ocupa, estar muito, muitíssimo vivo, recebendo os aportes doutrinários e jurisprudenciais necessários para robustecer-se cada vez mais, de modo a não permitir que o engenho e a arte de contratantes despidos de boas intenções ou mesmo inaceitavelmente indiferentes para com a sorte daqueles que em seu benefício trabalharam, frustrem os escopos que justificam mesmo a existência do Direito do Trabalho.

Muito contribuirá para que esse desiderato seja atingido, olhar e ter pelos princípios a consideração e o respeito com que devem mesmo ser olhados e tidos; tal proceder certamente fará com que a procela que agita o sentir daqueles que acreditam insuficiente a atribuição de responsabilidade subsidiária, na situação aqui enfocada, se acalme e permita-lhes singrar por mares não mais agitados, revoltos, mas, sim, sem tormentas, serenos, com uma tranqüilidade que apenas o reconhecimento de que se deverá responsabilizar, de forma solidária, as empresas prestadora e tomadora, poderá propiciar, a qual repousa na segurança de que essa responsabilidade solidária se justifica pelo fato, a que o direito não pode dar guarida, de que ambas não se portaram com a lealdade e a correção devidas - e exigíveis - para com o trabalhador, magoando, então, os princípios todos mencionados nas linhas transatas.

Finalizo lembrando as palavras de Constantino de Campos Fraga, proferidas já nos idos de 1941, após reproduzir ensinamento do mestre Cesarino Júnior, quando do exame que fez acerca da finalidade das leis sociais, verbis:

“Observando a definição do que seja direito social, vemos que as leis por ele abrangidas, visando o bem comum, têm por objetivo imediato ‘auxiliar a satisfazer convenientemente às necessidades vitais próprias e de suas famílias, aos indivíduos que para tanto, dependem do produto de seu trabalho’.

Ora, esta finalidade não pode ser falseada na interpretação dos textos legais. Ela é a bússola que nos indicará a rota certa. Quando dela nos desviarmos, por

mais brilhante que se afigure a argumentação, podemos afirmar – estamos errados”¹⁸.

Essa busca é que me faz juntar minha fraca voz à daqueles, que a têm muito mais altissonante, visando justificar, de maneira fundamentada, que, na questão examinada, a responsabilidade a ser estabelecida é a solidária.

¹⁸ - in “Interpretação das Leis Sociais”, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais. 1941, página 04.

El sistema de pensiones y la necesidad de una seguridad social básica

Leopoldo Gamarra Vilchez

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la UNMSM

El objetivo de este artículo es hacer un examen de la situación y de los desafíos que se presentan en el sistema de pensiones en el Perú; y está organizada en tres partes: en la primera parte se desarrolla los principales temas que sustentan el enfoque de la seguridad social en materia previsional para lo cual se hace un breve recuento de su desarrollo; la segunda, reseña los aspectos principales del funcionamiento de los sistemas de pensiones vigentes en el Perú; en la tercera parte, se expone lo que se considera los principales problemas que evidentemente constituyen verdaderos desafíos de la situación actual como necesidad de la seguridad social básica.

1.- APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1.1. ¿Por qué organizar un sistema de pensiones?

1.1.1. El bien preferente

La seguridad social en materia de pensiones constituye no sólo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras; sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es socialmente equitativo que a los que están en peor situación se les apoye para completar su ahorro o reciban prestaciones relativamente mayores a lo que aportaron¹. Incluso en contextos como

¹ "La seguridad social es al mismo tiempo un programa de ahorro (forzoso) de cara a la jubilación, es decir un programa de seguros, y un programa de redistribución" (Joseph E. Stiglitz, *La Economía del Sector Público*, 2da Edición, Universitat Pompeu Fabra, Antoni Bosch Editor, 1998, p. 372).

el peruano, se requiere considerar a todos los ciudadanos que no tienen ningún acceso a ninguno de los sistemas por razones de informalidad y pobreza.

La evidencia disponible en la literatura convencional acerca del comportamiento de los trabajadores, muestra de manera típica un grado de miopía², las personas libradas a su suerte, no hacen planes previsionales o no logran los niveles de ahorro suficientes (de cualquier tipo que este sea, y no sólo monetario) como para financiar el período en el cual no pueden seguir laborando sea porque les es imposible, sea porque no consiguen empleo; careciendo entonces de un ingreso estable para ese período.

Además, los mercados privados no generan una cantidad del bien de pensiones en el número y el monto que la sociedad considere como suficientes y adecuadas (no son socialmente eficientes), en esas condiciones es que se puede identificar y señalar una falla de mercado³.

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga obligando a los trabajadores a tener comportamientos previsionales. En ese sentido, las pensiones son un bien preferente⁴, es decir, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar pero también teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros. Esta es una justificación para que exista un sistema de seguridad social, explica el derecho del Estado a obligar a la gente a comprar un seguro (ahorrando)⁵.

² El Banco Mundial ("Envejecimiento sin crisis", 1994) denomina "miopía" al hecho que es difícil que la gente joven pueda anticipar cuáles serán sus necesidades cuando sea mayor.

³ Hay que recordar que la literatura sobre seguridad previsional, fundamenta la existencia del sistema de pensiones en una "falla del mercado".

⁴ En literatura vinculada a políticas sociales también se encuentra la denominación "bien meritario". Ver por ejemplo el texto de Luis de Sebastián, Participación por Contrato: La participación como mecanismo contractual en las políticas sociales, BID, 1997.

⁵ Joseph E. Stiglitz, ob.cit. pág. 365.

1.1.2. Experiencia en el Perú

La historia de la seguridad social en el Perú, desde hace más de 50 años, es la de un continuo, sistemático y positivo intervencionismo del Estado en la creación y defensa de los seguros sociales para cautelar los derechos de los trabajadores frente a las contingencias de la vida⁶. Antes pasó por etapas primarias de protección, como el ahorro personal, la mutualidad o el seguro privado. El 12 de agosto de 1936, en un contexto político que recordaba la Alemania de Bismarck -impulsor de los seguros sociales en la Europa de fines del siglo XIX-, se creó el seguro social obligatorio a través de la Ley 8433, que establecía la protección de los trabajadores respecto a enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte. Posteriormente, de forma paralela, se fueron creando otros regímenes y fondos para determinados trabajadores en base a la actividad económica que realizaban.

A partir de 1970 lograron su unificación, lo que significó reordenar el sistema existente, superar las diferencias laborales antitécnicas e ingresar a utilizar principios de universalidad, integralidad y solidaridad de la seguridad social propiamente. Por primera vez se habló en el Perú de la solidaridad como sistema, entendiéndose como el deber que tienen todas las personas de la sociedad de contribuir a financiar las prestaciones de seguridad social. En 1973 se creó el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) a través del Decreto Ley 19990, que articuló dentro de su ámbito, además de la pensión de jubilación, la de invalidez y las de sobrevivientes, al que accedían todos los trabajadores sin distinción laboral. Aunque en 1974, con el Decreto Ley 20530, se aprobó una modalidad de pago de pensiones por el Estado que, por la forma en que fue articulada, favoreció sólo a un sector de empleados públicos⁷.

En 1979 la nueva Constitución incorporó en su texto el capítulo III “De la seguridad social, salud y bienestar”, ubicado en el Título I de la misma, referida a

⁶ En efecto, el Perú es uno de los primeros países de América Latina que legisló en materia de seguridad social: la Ley de creación del seguro social obrero de 1936 y la Constitución de 1979 que sentó las bases y principios de la seguridad social.

⁷ El régimen de la 20530 se encontraba dentro del ámbito del Fondo Nacional de Pensiones, administrado por el Estado, siendo cada Ministerio responsable del reconocimiento del pago de los derechos pensionarios que le asistía a cada beneficiario.

los Derechos Fundamentales de la persona;⁸ en cambio, la Constitución de 1993 no surgió como un planteamiento nacional, sino a raíz del golpe del 5 de abril del año anterior, como resultado de una fuerte presión internacional que obligó al gobierno a plantear la necesidad de una Constitución.

1. 2. Los sistemas de pensiones

Los sistemas contributivos de pensiones⁹ que se financian a partir de las aportaciones de los trabajadores pueden diseñarse de dos maneras distintas de reparto o capitalización¹⁰.

1.2.1. El sistema de reparto

El sistema de reparto en la seguridad social, que busca ser universal y obligatorio, tiene beneficios definidos no vinculados actuarialmente a las aportaciones de los asegurados. En efecto, el nacimiento de la seguridad social se basó en un sistema de reparto como solidaridad intergeneracional; es decir, que las aportaciones de quienes están trabajando hoy día sirven para pagar la planilla de los actuales pensionistas beneficiarios¹¹. Los beneficios se definen por la antigüedad o número de aportaciones a partir de una tasa de reemplazo de los últimos o mejores salarios de referencia; pero que sea de referencia no quiere decir que la tasa puede tener como resultado un ingreso igual o mayor a esos parámetros; por ello,

⁸ De esta manera, se dio la constitucionalización de la seguridad social en el Perú. La razón principal de ese hecho radica en el significado que debe tener toda Constitución: "compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación" (Kart Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 199).

⁹ En los sistemas no contributivos, las pensiones son parte de la seguridad social. Ver el caso de Bélgica en *La sécurité sociale en Belgique*, Ministère Federal des affaires sociales de la sante publique et de l'environnement, 1998.

¹⁰ Existen también los sistemas de planes ocupacionales privados que son fondos de pensiones usualmente promovidos por los empleadores y/o por los propios beneficiarios, a los que el Estado otorga una serie de incentivos tributario. Los casos más conocidos en el mundo son los fondos de planes ocupacionales de Holanda, Inglaterra, Estados Unidos y Canadá.

¹¹ Como es claro el pacto intergeneracional es solamente la forma como se organiza el sistema, pero no suprime la necesidad ni debe esconder la percepción de que se ahorre obligadamente para el futuro. Es decir, en el sistema de reparto, las pensiones se deben financiar con las contribuciones pagadas con los trabajadores activos; pero, dada que éstas pueden no ser suficientes se requiere la transferencia del tesoro público provenientes de los impuestos pagados por todos.

los estudios actuariales resultan importantes, para determinar lo financieramente viable.

También hay algunas condiciones a considerar para la viabilidad del pacto en el tiempo: proporcionalidad entre aportes y pensiones en cada período (recalculando cotizaciones y pensiones, si fuera el caso); garantía de buena administración que haga posible el equilibrio en el tiempo (usando excedentes u otras fuentes para cubrir los déficit); una estructura de edades que permita que los aportes de los activos puedan financiar razonablemente a los jubilados, razonablemente definida; y una estructura de empleo amplia que facilite la recolección de los aportes (trabajadores con productividad significativa y formales donde la planilla sea un instrumento eficaz); y una cultura previsional en los ciudadanos e institucionalidad adecuada que la retroalimente.

Cualquier cambio drástico en ellas, afecta el equilibrio del sistema, más aún cuando dichas variaciones no son “transitorias” sino “permanentes”. El Estado cumple un rol de garantía, sin embargo esta no puede ser ilimitada, pues un déficit estructural en un sistema previsional compromete gravemente las finanzas públicas y el conjunto de las obligaciones se ve comprometido¹².

1.2.2. El sistema de capitalización

El sistema de capitalización surge en oposición y como crítica al sistema de reparto. Desde la década 80¹³, cuando el ritmo de las economías decayó a partir del incremento de los precios internacionales del petróleo, se empezó a cuestionar la seguridad social.

¹² El pacto puede romperse si los jubilados de cada generación o tramos importantes de ella logran recibir, sucesivamente más de lo que efectivamente entregaron (intra generacionalmente), entonces se carga un peso adicional a la siguiente generación (por la vía de las cotizaciones o por la vía de los impuestos, cuando no por el de la deuda). También puede quebrarse si el comportamiento en la gestión no vigila adecuadamente estas necesarias proporcionalidades.

¹³ Durante los años 80, en los países desarrollados, se proponía la revisión del Estado de Bienestar. Así las victorias de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, hicieron posible la consolidación del cuestionamiento mencionado.

Entonces se dio esta otra forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación; es lo que se llama un “sistema de capitalización”. En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad, es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los rendimientos capitalizados a lo largo de su vida.

En los sistemas de capitalización individual, se fijan las prestaciones sobre el saldo final disponible en la cuenta individual. El ejemplo emblemático del sistema de capitalización es el de Chile, en donde se creó este sistema en 1981. La reforma tuvo dos elementos básicos: el primero, se reemplazó el sistema de reparto por un sistema de capitalización. Este paso fue obligatorio sólo para aquellas personas que entraban por primera vez a la fuerza de trabajo (básicamente jóvenes), mientras que era voluntario para aquellos que se encontraban en la fuerza de trabajo antes de llevarse a cabo la reforma. Una persona en este último grupo podía decidir si cambiarse al nuevo sistema de capitalización o permanecía en el sistema antiguo, sus imposiciones y beneficios se regían de acuerdo a la reforma realizada en el sistema antiguo de reparto.

En segundo lugar, se eliminó la jubilación por años de antigüedad. Esta fue una reforma menor si se considera que en el sistema antiguo -antes de 1981- era bastante común jubilarse con 35 años de antigüedad. Esta posibilidad se eliminó en la reforma de 1981 para aquellos individuos que se mantuvieron en el sistema antiguo, fijando la jubilación a los 65 años.

Es decir, la reforma modificó totalmente las tasas de imposición y se extendió el horizonte de imposiciones para cada individuo. Y el Estado seguía cumpliendo su rol fundamental, pues sigue siendo responsable del funcionamiento del sistema, regula y supervisa a las administradoras de los ahorros, cumple papel re-distribuidor para quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente y tienen derecho a una pensión mínima.

1.3.- La reforma en América Latina

1.3.1. El contexto económico e institucional

Uno de los aspectos del nuevo escenario mundial abierto por el proceso de globalización es la flexibilización del sistema productivo e institucional. Autores como Benjamín Coriat y Robert Boyer consideran que la flexibilización es producto de una crisis económica profunda del modelo fordista¹⁴. Como también señala Castells “el proceso de producción incorpora componentes producidos en muchos emplazamientos diferentes por empresas distintas y mercados específicos en una nueva forma de producción y comercialización: una producción de elevado volumen, flexible y personalizado”¹⁵. Esa producción posibilita a las empresas una disociación geográfica, dividiéndose en subconjuntos funcionales, adaptando la localización de cada unidad a funciones diferentes con el objetivo de reducir sus costos y aumentar su eficacia¹⁶.

En cuanto a la flexibilización de las instituciones¹⁷ la globalización de la economía provocó la crisis de algunas, especialmente del Estado de bienestar, y logró el ascenso de otras como del neoliberalismo. La crisis o cuestionamiento del Estado de Bienestar debe entenderse como la redefinición de las relaciones entre la oferta y la demanda, el control y un modelo de regulación que permita la recuperación económica de los trabajadores, la autonomía política de los asalariados y la intervención del Estado como un organizador del proceso.

El modelo en cuestión fue concebido como un mecanismo anticrisis: el objetivo era garantizar un bienestar mínimo a todos los ciudadanos. Su promotor fue Keynes,

¹⁴ La crisis de los años 60 y 70 del fordismo fueron determinantes para el futuro de las relaciones capital-trabajo en el ámbito mundial. Al respecto ver Alain Lipietz, *El padre y la madre de la riqueza: Trabajo y ecología*, Lima: Adec-ATC, 1995

¹⁵ Manuel Castells, *La era de la información*, Tomo I, Alianza editorial, Madrid, 1998, p.120.

¹⁶ Al respecto, ver Ulrich Beck, *La Sociedad del riesgo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁷ Ver Nort Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Capítulos I y VIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

quien era un ferviente partidario de la intervención del Estado en el desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando el empleo y los gastos empiezan a descender. Consideraba que era posible encontrar un nuevo equilibrio económico relativamente estable en la redefinición de las relaciones entre Estado y Economía¹⁸.

Sin embargo, ese modelo empezó a ser cuestionado a partir de la crisis del petróleo en los años setenta y acentuada en los años ochenta, sobre todo de economistas defensores de la libre circulación del capital, el libre mercado y la mínima intervención del Estado¹⁹. Así, en los años noventa se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado. Se sostiene que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; y el libre juego de las leyes de la competencia mediante el proceso de la privatización de empresas públicas. La ideología inspiradora de la reforma de la seguridad social en América Latina se basa en las medidas adoptadas en el Consenso de Washington (CW), para los países en desarrollo que salían de la crisis de la deuda externa y del período de industrialización por sustitución de importaciones (ISI)^{20, 21}. Sin embargo, es discutible su aplicación²².

¹⁸ En efecto, se logró superar la crisis, se dio un mejoramiento salarial y éste se ató a la productividad. Entonces el Estado benefactor o asistencial o Estado Social de Derecho, sobre todo después de la segunda guerra mundial, creció y se multiplicó en los países industrializados. Solo así es posible entender el Estado Keynesiano y la Social democracia en los países Europeos que conforman la Unión Europea.

¹⁹ Estos postulados han dado origen a la Escuela Económica que otorga al dinero un rol preponderante en las fluctuaciones económicas de ahí el nombre de doctrina monetarista. Su principal fundador es el economista norteamericano, Premio Nobel en 1976, Milton Friedman (1912).

²⁰ Luis Carlos Bressel Pereyra, *Las Reformas Económicas en las Nuevas Democracias: Un enfoque social demócrata*, Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 32.

²¹ Samuel Fisher resume el contenido concreto del CW en cuatro principios de base: unos parámetros macroeconómicos sanos y estables, un Estado pequeño y eficiente, un sector privado muy eficiente y que se agranda cada vez más, énfasis en las políticas de reducción de la pobreza, área privilegiada de intervención estatal. Medidas que buscan acabar con los rasgos de las políticas desarrollistas en los países de América Latina e instaurar la soberanía de la economía de mercado (Samuel Fishers, en John Williamson, *Latin America Adjustment: How has happened?*, Washington DC, J. Williamson Editor, Institution for International Economics, 1990, p. 26).

²² Shahid Javed Burki y Guillermo E. Perry, *Más allá del consenso de Washington: la hora de la reforma institucional*, Estudios del Banco Mundial sobre América Latina y el Caribe, Washington DC, 1998

1.3.2. Los modelos después de la reforma

Los desequilibrios macroeconómicos de la década 80, motivaron el diseño y la puesta en práctica de programas de estabilización y ajuste estructural en casi toda América Latina. Una vez lograda la estabilidad macroeconómica en el corto plazo, era necesario proceder a poner en marcha las reformas estructurales y en particular las reformas de las instituciones del Estado. De tal manera que la reforma de la seguridad social en América Latina incorporó el sistema de capitalización individual en reemplazo total o parcial de los de reparto²³.

Estas experiencias se pueden clasificar en tres modelos o perspectivas más o menos definidas:

a) El modelo sustituto

Existe cuando el sistema público de reparto es cerrado y reemplazado con el régimen único de capitalización individual administrado por empresas privadas, con cotización fija (prima de equilibrio de largo plazo) a una cuenta cuyos recursos se invierten y cuyos rendimientos se capitalizan. La pensión es variable y depende del monto acumulado; la libertad de elección entre administradoras de fondos debe garantizar la competencia entre ellas. Los riesgos de la rentabilidad los asume el afiliado y el Estado asume el riesgo de que los afiliados que cumplen con requisitos de jubilación no alcancen a completar lo necesario para una pensión mínima.

El Estado asume con el presupuesto público, a los jubilados anteriormente y de quienes permanecen; también el complemento necesario de quienes no acumulen fondos individuales suficientes como para financiar una pensión mínima; emite bonos para reconocer aportes realizados al sistema anterior, garantiza rendimientos mínimos en caso de quiebra; y, finalmente financia pensiones asistenciales para indigentes. Regula y supervisa el sistema privado.

²³ Boletín Estadístico de la Asociación Internacional de organismos de Supervisión de Fondo de Pensiones (AIOS), Los regímenes de capitalización individual en América Latina, Número 11, junio de 2004, p. 2.

Chile, Bolivia, México, y El Salvador, son ejemplos; en estos dos últimos países, el asegurado puede elegir entre la pensión calculada según el sistema preexistente y la que se deriva del monto acumulado en su cuenta individual. También en el 2003 se reformó el sistema previsional en la República Dominicana optando por el modelo sustituto²⁴.

b) El modelo paralelo o dual

Se mantiene el sistema anterior pero ya no es la única alternativa; el sistema público es reformado gradualmente o al inicio, en parte o en todo, pudiendo contener capitalización colectiva parcial. El afiliado puede elegir entre los dos regímenes y los que están en el sistema de capitalización pueden cambiar libremente de administradora de fondos. Las preferencias entre uno u otro régimen, e incluso entre distintas administradoras dentro del mismo régimen, deben ponderar riesgos políticos y financieros en el tiempo, también valorar la calidad de la gestión; así mismo, en la elección pesan los incentivos propios al diseño institucional, que definen la movilidad. Perú y Colombia son los casos típicos²⁵.

Como ambos sistemas compiten, la regulación y supervisión puede estar a cargo de una superintendencia en un contexto de autorregulación o en el marco de los reguladores públicos existentes para la banca y seguros.

c) El modelo mixto

Implica la reforma del sistema público y pasa a ser un componente que se combina con la del régimen de capitalización plena e individual. El sistema público reconoce una pensión básica (prestación definida) bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorga un monto adicional sobre sus aportes voluntarios. Es decir, tiene dos componentes: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual se paga una pensión complementaria. Una parte de la cotización va al régimen público de reparto, que puede

²⁴ Igualmente es el caso de Nicaragua, en donde se aprobó la reforma, por un modelo único, pero aún no implementado.

²⁵ El Perú fue el segundo país en la región, después de Chile, en crear un sistema privado de pensiones en 1992.

solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria.

Argentina, Uruguay, Costa Rica y Ecuador son el ejemplo. En estos casos se puede elegir por un sistema público integrado (con pensión complementaria pública por sistema de reparto) o por uno mixto (pensión complementaria fruto de la capitalización individual). En los dos primeros países, el Estado paga pensión asistencial en caso de indigencia y supervisa el sistema privado²⁶.

2.- LAS PENSIONES EN EL PERÚ

En el Perú existen distintos sistemas de pensiones: el público que es de reparto y que está normado a través del Decreto Ley 19990, Sistema Nacional de Pensiones, y el régimen del Decreto Ley 20530; los planes privados ocupacionales con determinada legislación, y el Sistema Privado de Pensiones de capitalización individual normado por el Decreto Ley 25897. Los planes privados ocupacionales más conocidos en el Perú son tres: la Derrama Magisterial, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, y la Caja de Pensiones Militar - Policial. Veamos²⁷.

2.1. El Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990

2.1.1. Características fundamentales

Es el régimen del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) normado por el Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973 actualmente a cargo de la Oficina de

²⁶ Se pueden señalar algunas constataciones de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parece haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal; más aún con mercados laborales volátiles e informalizados crecientemente.

²⁷ En este artículo solo desarrollaremos el sistema de reparto y el de capitalización a través del SNP con los Decretos Leyes 19990 y 20530, y el SPP con el Decreto Ley 25897. Al respecto, ver: Banco Central de Reserva del Perú, "Regímenes de Pensiones a cargo del Estado"; Sub gerencia del Sector Público, Departamento de Análisis del Sector Público, 14 de Julio de 2003; www.bcrp.gob.pe; y, "Los Sistemas de Pensiones en el Perú" Ministerio de Economía y Finanzas, Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Mayo 2004. También el estudio importante es el "Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado de la Comisión Especial encargada del Estudio de los Regímenes Pensionarios por el D.S. 003-2001-TR del 15 de Julio de 2001".

Normalización Previsional (ONP)²⁸. Beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los obreros y servidores públicos no incorporados al régimen del Decreto Ley 20530.

Es un sistema de reparto en donde los trabajadores activos constituyen un fondo pensionario común que en el diseño original debería financiar sus futuras pensiones, es decir asumiendo el otorgamiento de prestaciones fijas, sobre contribuciones no-definidas, en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones.

El derecho a la pensión de jubilación se determina sobre la base de los criterios de la edad del trabajador (65 años) y sus años de aporte (20 años como mínimo), la tasa de aporte es del 13% de la remuneración pensionable y está a cargo del trabajador, las pensiones se rigen por topes: con un mínimo (S/. 415) y un máximo (S/. 857) de pensiones, la pensión corresponde a un porcentaje de la remuneración de referencia (salvo que ésta sea menor a la pensión mínima o superior a la máxima).

En una mirada retrospectiva, podemos referirnos al Decreto Ley 19990 como parte del Plan Nacional de Seguridad Social de 1970. En efecto, es ilustrativo referirse a lo que fue probablemente el primer y único esfuerzo en el Perú, de un Plan Nacional de Seguridad Social, donde se planteaba como objetivo “la seguridad social eficiente y generalizada para toda la población asegurando inicialmente al trabajador y sus familiares”²⁹.

2.1.2. Principales cuestionamientos

Según la información de la ONP³⁰ se puede constatar que el financiamiento de las pensiones del SNP del DL 19990, procede fundamentalmente de recursos ordinarios, es decir de impuestos generales, lo cual representa el 5 % del Presupuesto

²⁸ La ONP fue creada en mayo de 1994 por la Ley 26323 y por D. S. 061-95-EF se aprobó su Estatuto. Así, empezó a funcionar en enero de 1995, haciéndose cargo de la administración y SNP del D. Ley 19990, hasta entonces a cargo del IPSS.

²⁹ El proceso peruano, INIDE, segunda edición, octubre, 1975.

³⁰ Ver las Estadísticas en www.onp.gob.pe

Público y el 1 % del PBI. Es decir, las prestaciones al beneficiario no dependen de sus aportes proporcionalmente como se señala en la doctrina como un impuesto sobre la planilla, el cual tratarán de eludir tanto los empleadores como los trabajadores. Esto genera el problema de la informalidad³¹. Aunque la cifra de inscritos en el SNP del DL 19990 es algo más de 900 mil trabajadores³² lo realmente relevante es la de aportantes y pensionistas³³.

Otro tema de cuestionamiento es la administración por el Estado. Así se plantea un conflicto de actores y perspectivas sobre el tema de pensiones que administra el Estado, lo cual se ha revelado especialmente polémico en el debate de la reforma constitucional respecto del Decreto Ley 20530.

Los aportantes y pensionistas asumen que durante un periodo largo de su vida laboral, han entregado dinero para garantizar su pensión futura; se amparan en leyes que reconocen tales derechos. Por tanto, afirman la acreditación de su derecho para gozar de ellas; y la expresión cuantitativa de esos derechos es la deuda previsional.

De otro lado, es posible señalar las imprevisiones en materia de gestión de fondos de financiamiento, con su utilización en inversiones con rentabilidad social pero de escaso retorno como financiamiento futuro; los problemas derivados de haber relajado criterios razonables de incorporación con normas especiales que alteran las proporciones de suma de aportes y planilla de pensiones. El argumento también muestra cómo las aportaciones realizadas por un afiliado resultan insuficientes para cubrir las pensiones que se le otorgan, bajo las reglas existentes³⁴.

³¹ Ver Jorge Rojas, El Sistema Privado de Pensiones y su rol en la economía peruana, CIES, abril 2003. pág. 5 l.

³² ONP "Plan Estratégico Institucional 2004 - 2006", pág. 6.

³³ Según el portal institucional de la ONP. Estadísticas de la ONP, para ver la serie se puede revisar www.onp.gob.pe

³⁴ Por ejemplo ver en MEF "Los Sistemas de Pensiones en el Perú", pág. 14, que concluye que el 85% de la pensión pagada es financiada con impuestos generales.

2.2. El régimen del Decreto Ley 20530

2.2.1. Características fundamentales

El Decreto Ley No. 20530 fue promulgado el 26 de febrero de 1974, y tiene su origen en la Ley de Goces de 1850³⁵. Esta Ley de cesantía, jubilación y montepío de Funcionarios y Empleados Públicos, se dio en “el Gobierno del mariscal Ramón Castilla el 22 de enero de 1850, en plena bonanza del guano, en virtud de la cual se concedió pensiones con cargo al tesoro público a un grupo muy reducido de funcionarios del Estado, como recompensa por los servicios prestados”³⁶, reconociendo pensiones vitalicias a cargo del Tesoro Público.

Con los años, este régimen se fue ampliando, incluyendo más beneficiarios y mayores prestaciones. No obstante, por Decreto Supremo del 11 de julio de 1962 se intentó unificar los regímenes de pensiones del sector público y del sector privado³⁷. Se cerró el régimen de la Ley de Goces, dejando vigente sólo para servidores nombrados hasta el 11 de julio de 1962. Los trabajadores que ingresaran a la administración pública luego de esa fecha pasarían a cotizar a la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado que, desde 1973, es el SNP sujeto al régimen del Decreto Ley No 19990. Sin embargo, éste no se extinguió y, por el contrario, fue creciendo debido tanto a las leyes posteriores que ampliaron el número de personas comprendidas y beneficios otorgados, como el reconocimiento de nuevos beneficios.

Este régimen fue diseñado como sistema de reparto y cerrado, para los trabajadores de la carrera pública del Decreto Legislativo 276, no incorporados al DL 19990. Se le conocía como “cédula viva” significando que cualquier incremento de

³⁵ Ver: BCRP, Regímenes de Pensiones a cargo del Estado; y, MEF – Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, Informe Trimestral: Los Sistemas de Pensiones en el Perú, mayo de 2004.

³⁶ Pedro Morales Corrales, “Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen pensionario del decreto Ley N° 20530”, en la Revista Actualidad Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, p. 9.

³⁷ Cabe señalar que desde el 12 de julio de 1962 se intentó cerrar este régimen, de manera que se extinguiera cuando falleciera el último beneficiario.

remuneraciones públicas, arrastraba un aumento similar en las pensiones acordadas. Comprendía únicamente a los servidores públicos que se encontraban trabajando dentro de la carrera administrativa hasta el 11 de julio de 1962, aproximadamente unos 30 mil. Si ocurriera una reincorporación se debía optar por la pensión o la remuneración con el pase al DL 19990. Se regulaba sobre la base del ciclo laboral máximo de treinta años (varones) y veinticinco años (mujeres); se calculaban a razón de 1/30 ó 1/25 del promedio de las remuneraciones pensionables percibidos durante los 12 últimos meses por cada año de servicios.

Se tenía derecho a una pensión nivelable a partir de los 20 años, se podía gozar del derecho sin requisito de edad y al alcanzar al menos 15 años (varones) o 12 ½ (mujeres) de servicios reales y remunerados, con requisitos mínimos se reconoce 4 años por formación profesional. Eran nivelables con la remuneración de los trabajadores activos que tienen el mismo cargo, nivel y categoría³⁸. En la actualidad ha culminado un procedimiento de reforma constitucional, y en dos legislaturas sucesivas en el Congreso, de los artículos 11 (una entidad que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado), el 103 (teoría de los hechos cumplidos para las materias pensionarias) y de la Primera Disposición Final y Transitoria (criterios de manejo para el régimen pensionario).

2.3. El Sistema Privado de Pensiones del Decreto Ley 25897

2.3.1. Características fundamentales

El Sistema Privado de Pensiones (SPP) fue creado el 6 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley N° 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional en el país³⁹. El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP.

³⁸ Ver "Proyecto de Ley de Reforma Constitucional..." pág. 15 ss en www.mef.gob.

³⁹ Un documento muy importante es el especial, sobre el Sistema Privado de Pensiones, dirigido por Luis Aparicio Valdez, en la Revista Análisis Laboral, vol. XXV, N° 283, enero 2001.

Este sistema se sustenta en cuentas individuales de capitalización (CIC), lo cual se tomó como modelo el sistema chileno de capitalización individual. Es una cuenta personal que cada afiliado recibe al momento de ingresar el SPP y en la cual aporta determinada cantidad (similar a una cuenta bancaria de ahorros). Está conformada por la “Libreta de Capitalización AFP”, donde se registran los movimientos y saldos de los aportes obligatorios y, de ser el caso, de los aportes con fin previsional, y por la “Libreta Complementaria de Capitalización AFP” en la cual se anotan los movimientos y saldos de los aportes sin fin previsional. Es decir, la CIC se encuentra conformada por los aportes del trabajador activo y el rendimiento obtenido de la inversión de los recursos. A diferencia del SNP, administrado por el Estado, el SPP está conformado por empresas llamadas Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (AFP). Las AFP captan los aportes obligatorios de los trabajadores afiliados que luego invierten en el mercado de capitales, cuyos rendimientos son capitalizados en una cuenta individual, a fin que en el momento de jubilación el ahorro logrado financie una pensión de jubilación. Las AFP guardan una separación patrimonial con los fondos que administran.

El cuerpo teórico de sustento del SPP se basa en los siguientes elementos: la capitalización individual en donde el afiliado, a lo largo de su vida laboral aporta los recursos que servirán directamente para el pago de su pensión, los cuales siempre permanecen en una cuenta personal por cada trabajador⁴⁰. La libertad de elección, el afiliado es libre de escoger si desea afiliarse al SPP, escoger la AFP que administre sus fondos, traspasar su fondo de pensiones de una AFP a otra, así como elegir la forma de percibir las prestaciones. Es decir, el afiliado puede realizar un traspaso a otra AFP de su elección y puede elegir entre distintos tipos de fondo, cada uno de ellos con una composición de cartera de inversiones distinta, que en cada caso se asocian a niveles de riesgo y por tanto de rentabilidad diferentes.

La incorporación se realiza a través de un contrato de adhesión entre el afiliado y una AFP. La reversión al SNP fue posible hasta 1996 y existe un procedi-

⁴⁰ El 26 de marzo del 2007 se aprobó, mediante la Ley 28991, la libre desafiliación: podrán desafiarse y retonar al SNP todos los afiliados al SPP que hubiesen ingresado al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995 (artículo 1 de la Ley 28991).

miento para la nulidad de contrato con causales acreditadas. La afiliación es voluntaria. Pueden afiliarse al SPP todos los trabajadores, cualquiera sea la modalidad de trabajo que realicen, es decir, sean trabajadores dependientes o independientes. El trabajador dependiente que se afilie al SPP está obligado a realizar aportes mensuales a la AFP, a través de su empleador, los cuales equivalen al 8% de la remuneración asegurable. Este monto mensual va directamente a su Cuenta Individual.

Aquel trabajador que decide incorporarse al SPP tiene derecho a las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. Para ello, el trabajador debe realizar los aportes señalados en la ley. La pensión de jubilación del trabajador se encuentra determinada por el valor de la cuenta individual en el momento de jubilación y está directamente relacionada con el monto de sus aportaciones y la rentabilidad de las inversiones del fondo (uno se jubila sobre la base que ha aportado, más los intereses derivados del rendimiento de las inversiones de su AFP).

Los afiliados alcanzan la jubilación a los 65 años de edad o anticipadamente. A los 65 años sobre la base del fondo ahorrado, recibe una prestación de jubilación según alguna de las modalidades vigentes que proporciona la AFP o una compañía de seguros⁴¹.

2.3.2. Principales cuestionamientos

Los costos hundidos de tipo endógeno como la propaganda han llevado a encarecer el servicio, debido que estos gastos constituyen la principal fuente de diferenciación ante una inexistencia de competencia de precios. Un sistema pensionario depende fundamentalmente de varios factores de orden estructural: la composición de edades (esperanza de vida), el funcionamiento de sus mercados laborales, el tamaño de la fuerza laboral activa y sus niveles de productividad y salario así como la cuantía de la cotización y la existencia efectiva de una planilla con

⁴¹ En cuanto a la jubilación anticipada existen cuatro modalidades de jubilación anticipada: Jubilación anticipada regular, Jubilación anticipada por desempleo, Jubilación adelantada del Decreto Ley 19990 y Jubilación Anticipada por trabajos de riesgo.

beneficios sociales. Además, los costos hundidos exógenos que significó el inicio de las operaciones de las AFP como son los gastos de instalación, estudios de mercado y de factibilidad, capacitación de los trabajadores, implementación de equipos, etc. Se calcula que los gastos de las 8 primeras AFP ascendieron a 150 millones de soles a diciembre de 1993, equivalente aproximadamente a 71 millones de dólares americanos de entonces⁴².

Las tendencias que operan en la economía corren en círculo perverso, pues si bien tenemos un relativo “envejecimiento en la población”, al mismo tiempo tenemos una reducción en el empleo formal que aporta a los esquemas previsionales⁴³. Por tanto, se mezclan y combinan, diversos factores: menores contribuciones previsionales (por la vía de aporte directo o por impuestos recaudados), porciones del ingreso (ahorro previsional) que en sistemas de capitalización individual no lograrían el monto necesario para pensión mínima; mayores presiones a la caja fiscal para cumplir obligaciones previsionales de planilla, redención de bonos de reconocimiento y prácticamente inexistentes programas de atención para la tercera edad, bajo la línea de pobreza. Bajo estas circunstancias, el SPP creó duda y escepticismo en la población sobre la participación de la empresa privada, y en muchos beneficiarios la convicción de que los problemas sociales como la seguridad social deben ser asumidos con responsabilidad tripartita del Estado, empleadores y trabajadores⁴⁴.

Otro cuestionamiento es la incipiente competencia que en un momento pareció darse entre las AFP, dio paso a la fusión de una AFP con otra: Nueva Vida con Providencia, El Roble con Profuturo y Horizonte con Megafondo. Estas fusiones,

⁴² Juan Chacaltana, Norberto García, José Gallardo, Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú, Red de políticas de empleo – CIES, Lima, marzo, 2002, pág. 99. También puede verse el trabajo de Jorge Paz Panizo y Rafael Ugaz Vallenga, Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de los hundidos endógenos, CIES, marzo de 2003.

⁴³ Sobre el tema demográfico ver Aramburu y Mendoza “La Población Peruana Perspectivas y Retos” en Economía y Sociedad 50, noviembre 2003, CIES; y sobre las tendencias de informalización y avance de la temporalidad en el mercado laboral ver la sistematización de diversas fuentes para Lima, citadas en la exposición “Barreras Micro-económicas al crecimiento”, de Luke Haggarty, Banco Mundial, abril 2004 en el BCRP (www.bcrp.gob.pe).

⁴⁴ Sobre la responsabilidad tripartita en seguridad social, ver el trabajo de Alfonso Barrada Rodríguez y Bernardo Gonzalo González, “La financiación de la protección social en España a propósito del Pacto de Toledo”, CES, Madrid, junio 1997.

motivadas por los problemas económicos que hemos mencionado, y la ausencia de otras AFP, se realizaron a costo del sistema, y sus efectos siempre son perjudiciales para los trabajadores en tanto que pocas AFP dominan el mercado⁴⁵. En fin, la estrategia de la fusión de las AFP implica la posibilidad que las que queden se vean obligadas a reducir sus comisiones, y para respaldar esto utilicen, de un lado sus políticas de inversión, y de otro, un apoyo incondicional del Gobierno para que no quiebre el sistema de la privatización.

En principio la demanda pudiera y debiera reaccionar y ser más sensible ante cambios en los precios, y para ello se requiere reducir los costos de transacción; en ese sentido debiera avanzar el rediseño del sistema de traspasos permitiendo realizar este procedimiento por Internet; fortaleciendo de esta manera las ventajas del mercado y penalizando a las administradoras menos eficientes.

Finalmente, de diversas maneras se ha argumentado con relación al costo económico en este giro de negocios. Entre los síntomas detectados se menciona que está ubicado en el tramo de alta concentración del índice de competencia; niveles de rentabilidad altos que también permiten apreciar escaso nivel de diferenciación entre las administradoras; y, comisiones que están en el tramo alto respecto de sus similares de América Latina⁴⁶, medido como porcentaje del ingreso salarial, o ligeramente por encima del promedio, considerando un procedimiento de costo anual equivalente; aunque se reconoce las dificultades de la comparación, debidas a las peculiaridades nacionales (conceptos que integran, niveles de ingreso y tasas de contribución). Sin embargo, el debate sobre la medición del nivel de competencia es polémica abierta.

3.- NECESIDAD DE UNA SEGURIDAD SOCIAL BÁSICA

3.1. Realidad y Derecho

Debemos examinar cuál es la cobertura realmente existente en el país y cuál es su alcance y limitaciones. Los problemas se pueden enunciar de manera sucin-

⁴⁵Es posible la concentración de mercado por la no diferenciación de productos y servicios en el mercado de las AFP, y por las economías de escala que logran la estandarización del producto.

⁴⁶Ver por ejemplo el cuadro 32 del Boletín Estadístico AIOS 11, Junio, 2004.

ta son: la debilidad del empleo formal descrita por la proporción de aportantes efectivos con relación a la fuerza laboral (1 de cada 10), la planilla es débil en el sentido de expresión de empleo formal con beneficios sociales; es decir, existir un amplio dominio del trabajo independiente, temporal, sin contrato, o en términos generales informal. También, la escasa cobertura de los sistemas actuales frente al grupo poblacional que enfrenta la contingencia que por su edad no puede encontrar otro trabajo y que por tanto carecen de una fuente segura de ingresos: solo 1 de cada 3 de los mayores de 60 años alcanza algún beneficio⁴⁷.

Por otro lado, en términos jurídicos tenemos a nivel internacional, la Declaración de los Derechos Humanos que reconoce en su artículo 22 que “toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”⁴⁸. Asimismo, el Convenio 102 de 1952 de la OIT que define las reglas mínimas en seguridad social que deben cumplir los Estados parte⁴⁹, también los Tratados Internacionales⁵⁰. “Se trata sin duda, del factor de cambio”⁵¹.

En el Derecho nacional tenemos la Constitución actual que señala que “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida” (art. 10); “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas y mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento” (art 11); y establece que “los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles” (art. 12).

⁴⁷ “Equidad, Desarrollo y Ciudadanía” Santiago 2000, www.cepal.org

⁴⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París. ratificada en el Perú por la Resolución Legislativa N° 13282 del 09 -12 -1959.

⁴⁹ El convenio 102, adoptado en 1952, entró en vigor en 1955, estableciendo las normas mínimas sobre seguridad social.

⁵⁰ Los Tratados Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sistema universal de la ONU, y el Protocolo de San Salvador. Estamos ante la internacionalización de la seguridad social que obliga a los Estados, por encima de consideraciones de orden interno, a compromisos de origen supranacional.

⁵¹ Bernardo Gonzalo Gonzáles, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, CES, Madrid, 1994, p.17.

En ese contexto de marco institucional estamos obligados a tener una seguridad básica que tenga suficientes incentivos (recompensas, sanciones, regulaciones, normas, etc.) como para que el “agente” se vea obligado a alinear sus intereses con los del “principal”, de tal manera que los resultados sean los óptimos para éste⁵². La institucionalidad debiera permitir un adecuado alineamiento de intereses e incentivos la reducción de los costos de transacción existentes y la posibilidad de decidir como ciudadanos, es decir con mecanismos tales que impidan la “selección adversa”, el “azar moral”, las “asimetrías de información”⁵³.

3.2. Rol del Estado

Tras la oleada de la propaganda millonaria, en la década 90, sobre el SPP, mucha de ellas con dinero del Estado, la realidad se ha vuelto a imponer y nos encontramos frente a verdaderas limitaciones del modelo privado de pensiones de jubilación que hemos tratado, como también del cuestionamiento del rol del Estado que pasamos a exponer.

En efecto, frente a los problemas de la seguridad social, es decir, ante las apremiantes necesidades de la población peruana a ser protegida, será el funcionamiento irrestricto del mercado, con sus conocidas imperfecciones y limitaciones, el mecanismo adecuado de solución Si se piensa en las pretensiones de los obreros y empleados de bajos ingresos, es decir, en las exigencias de los grupos más postergados, para que sus necesidades vitales sean satisfechas con prestaciones de una jubilación «justa y digna», ¿será el libre juego de las fuerzas del mercado el que asigne las prestaciones en esa dirección? ¿basta el aporte individual?

Aún en condiciones menos exigentes socialmente, el mercado ha demostrado sus debilidades para compatibilizar el crecimiento con la equidad, la acumulación

⁵² Marco institucional entendido como el conjunto de reglas y jerarquías que rigen relaciones sociales. Ver Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1999.

⁵³ Eventualmente completar un contrato, con un componente de riesgo e incertidumbre, en especial porque está vinculado a promesas y compromisos de largo y muy largo plazo (Daniel Córdova, *La Nueva Economía Institucional y el análisis del subdesarrollo en América Latina*, Revista de Economía y Derecho, Vol 1, Nro. 2, Lima, 2004, págs. 7 - 23).

con la autonomía de decisión, la estabilidad con el pluralismo; en último término, ha demostrado su insuficiencia como mecanismo promotor en lo económico, político y social, o sea, del desarrollo *estricto sensu*. Los mercados modernos no funcionan sobre la base de decisiones individuales; las grandes empresas transnacionales poseen una fuerza y gravitación difíciles de contrarrestar, y, en ese sentido, inclinan a sus objetivos el funcionamiento de los sistemas económicos. Por ello, es imprescindible oponer una estrategia, que sólo puede ser llevada a cabo por el Estado, orientada a asumir el liderazgo de la seguridad social.

No se trata de invalidar el mercado como mecanismo de solución de ciertos problemas y en determinadas áreas; lo que se cuestiona es atribuirle un carácter rector y decisivo en la conducción de la seguridad social, particularmente en el difícil escenario que se extrapola para el futuro.

De hecho, no podemos negar su utilidad en términos de estimular la inversión a través de las AFP y de reflejar los intereses de los agentes de la actividad económica o pretender eficiencia y modernidad. Pero el liderazgo en lo social debe radicar en el sector público, y el mercado debe funcionar con todas las regulaciones que exija el cumplimiento de una estrategia previamente concebida, producto del diálogo entre trabajador, empleador y Estado. En nuestro país, en el SPP, el Estado no tiene responsabilidad y obligación de garantizar las prestaciones sino tan sólo un papel promotor y complementario a la gestión privada. Y, el empleador tampoco tiene responsabilidad.

Debemos reconocer que en economías en desarrollo, la experiencia que el Estado ha adquirido como regulador es limitada. Sin duda alguna, en la década de los 90 en nuestro país se contribuyó a dar empuje y solvencia a las experiencias de regulación en general. No obstante, es necesario señalar que, en materia laboral, se acentuó la intervención directa o normativa en oposición a la regulación de origen autónomo. De forma paradójica, el Estado intervino con leyes que limitaron la organización sindical, la autonomía colectiva y el derecho de huelga⁵⁴.

⁵⁴ Al respecto ver el estudio de Alfredo Villavicencio Ríos, *La libertad sindical en el Perú*, OIT, Equipo Técnico multidisciplinario para los países andinos, Lima, 1999. También puede verse mi artículo, *Comentario del Informe 306 del Comité de Libertad Sindical de la OIT*, en la Revista Trabajo y Seguridad Social, Lima, mayo, 1997, p. 26 - 36.

Esta idea de afirmar la regulación, no es compartida ciertamente por quienes aceptan que el “óptimo social” se logra con la ausencia total de la intervención del Estado en la economía⁵⁵, o de quienes sostienen la neutralidad del Estado respecto del mundo del trabajo.

3.3. Alternativa: seguridad social básica

Las causas del insatisfactorio cuadro que hemos presentado en los puntos anteriores, las podemos atribuir a problemas estructurales, económicos y de manejo administrativo, dado el carácter asumido por el Estado en la seguridad social. Por ello a pesar de las dificultades de los sistemas de pensiones, en el Perú y en otros países, como un lugar común por lo menos desde fines de los años ochenta⁵⁶, existen diversos trabajos de investigación con evidencias derivadas de experiencias concretas que han generado un sentido de frustración y escepticismo⁵⁷; nadie, sin embargo, ha declarado difunta la idea de la seguridad social como sistema y la necesidad de protección no disminuye sino que aumenta en todo el mundo como un derecho fundamental reconocido universalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entonces, a pesar de las insuficiencias que la seguridad social ha demostrado en el Perú, pensamos que ella seguirá vigente como sistema en torno al cual la acción del Estado debería reformular su estrategia; en tanto dista mucho de lo que es la previsión social que tuvo vigencia hace muchas décadas. Hasta ahora, aquella se entiende como protección a toda la población especialmente contra riesgos, contingencias sociales; aunque el centro sigue siendo el trabajador a partir del cual la protección se va extendiendo a su familia y a otros seguros sociales.

⁵⁵ Como señalan los liberales: “una economía libre da lugar a un desarrollo económico armonioso y dinámico, pero motiva una desigual y siempre cambiante distribución de la renta. Todo intento de igualar los resultados del proceso de la libertad sólo podría llevarse a cabo una vez, puesto que se acabaría con el proceso mismo y con los fundamentos de la sociedad libre que defendemos” (Jesús Huerta De Soto, Estudios de Economía política, Unión Editorial, Madrid, 2004, pág. 261).

⁵⁶ Al respecto ver “La crisis de la seguridad en cifras”, en la Revista Trabajo de la OIT, N° 1, diciembre, 1992.

⁵⁷ Carmelo Mesa - Lago, La reforma de la seguridad social, análisis comparativo del Perú dentro del contexto latinoamericano, Universidad del Pacífico y Fundación Ebert, 1985.

Por eso, la necesidad de la seguridad social en el mundo es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis. Pero ¿cuál es el lugar que debe tener en la sociedad y en el Estado? Responder a esa pregunta en una sociedad en permanente confrontación de realidades y derechos, y en un contexto de globalización de la economía, requiere de una nueva óptica: la consideración de nuevos enfoques en materia de política social puede ser altamente significativo y las reflexiones que van por nuevos caminos que vinculan el crecimiento con la gobernabilidad deben ser exploradas.

En ese sentido, en el XV Congreso Mundial de la Sociedad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se planteó que no se deben limitar las prestaciones sociales sólo “a atemperar situaciones gravosas que aparecen en una economía de mercado. La seguridad social no como una función de las condiciones económicas, sino como un instrumento necesario para cada Estado moderno...”⁵⁸. Entonces, debemos considerar la seguridad social desde el Estado, como una política social redistributiva que aliente o haga posible el disfrute real y efectivo de derechos básicos a todos los ciudadanos, derechos que deben ser considerados como derechos humanos⁵⁹.

Por este motivo, “el enfoque de los derechos humanos entrega un marco conceptual que permite construir un enfoque de política social alternativo” que se confronta con el viejo concepto del Estado centrista⁶⁰, así como también con las visiones minimalistas de la acción del Estado o de focalización extrema a los marginales. El reto entonces consiste en traducir los fundamentos éticos de los derechos humanos en instrumentos operacionales que otorguen factibilidad a nuestras posiciones en la difícil discusión sobre el futuro de la política social. Lo dicho implica establecer estrategias y construir viabilidades para resolver los graves problemas de cobertura e inequidades que enfrenta el tema previsional en el Perú y

⁵⁸Ponencia oficial del profesor Bernard Baron Von Maydell de Alemania, XV Congreso mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, setiembre 1997.

⁵⁹Recordemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social” (art. 22).

⁶⁰Aunque debemos reconocer que con el Informe Beveridge (1941), la seguridad social adquirió un concepto aún más amplio.

hacerlo con eficacia, eficiencia, sostenibilidad y equidad, que son los criterios típicos que hoy se plantea la política social

Además, la realidad pensionaria en el país y el conjunto de la documentación revisada, muestran aspectos polémicos, la cual pudiera ser complementada con el informe del Banco Mundial⁶¹, especialmente la necesidad de contar con un modelo mixto que combine el sistema público, como un componente básico y obligatorio, con el régimen de capitalización plena e individual como complemento. Un sistema público con una pensión básica y prestación definida bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorgaría un monto adicional sobre los aportes voluntarios.

Es decir, tendría dos componentes, superando el modelo dual u opcional: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual pagaría una pensión complementaria. Una parte de la cotización iría al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorpora a la cuenta individual una pensión complementaria.

Se pueden señalar algunas constataciones de la viabilidad de un modelo mixto, tales como la cobertura global no parece haber aumentado, sigue acotada a los trabajadores dependientes del sector formal; más aún con mercados laborales volátiles e informalizados crecientemente; el Estado sigue teniendo un papel sumamente importante como subsidiario en el sistema, en especial respecto de los trabajadores de bajos ingresos. Además, se solucionaría el tramo de personas que califican para pensiones mínimas, no estando incorporadas al sistema de capitalización, porque su saldo acumulado es insuficiente para financiar una pensión lo cual requiere de un esfuerzo fiscal complementario.

En definitiva, se trata de examinar cómo se conjuga seguro y solidaridad en un esquema general y cómo es posible distribuir y compartir riesgos con equidad.

⁶¹En el Informe, *Manteniendo la promesa de seguridad de ingresos para los de edad avanzada en Latinoamérica*, analiza 11 países de la región concluyendo que las reformas ignoraron el papel del primer pilar público en la reducción de la pobreza, ya que el asunto de la cobertura era uno de los objetivos de las reformas de los sistemas de jubilación.

Por otro lado, debemos tener presente los planteamientos generales del Acuerdo Nacional, que en la décimo tercera política de Estado propone “Acceso Universal a los Servicios de Salud y a la Seguridad Social”⁶², aunque el tema pensionario no se trata directamente pero es obvio que es parte de las prestaciones que otorga toda seguridad social.

Finalmente, debemos señalar que ninguno de estos temas es fácil y requiere de condiciones especiales de gobernabilidad, participación ciudadana y crecimiento económico. Esperemos que esta perspectiva de la seguridad social como derecho humano y política social se transforme en un *ethos* normativo que defina valores e ideales.

CONCLUSIÓN

Hemos reseñado por una parte los problemas centrales que enfrenta la seguridad social en el Perú y las insuficiencias de los sistemas de pensiones de jubilación. En la práctica, los intentos de un modelo paralelo o dual entre el SNP y el SSP han llevado a problemas sociales de insatisfacción de los afiliados y beneficiarios, simplemente porque dicho modelo no es adecuado en los términos como se viene implementando, especialmente por los problemas que hemos señalado. A partir de 1992 se ha buscado reformar el sistema público gradualmente estimulando la existencia paralelamente el sistema de capitalización individual. Sin embargo, la dinámica de estos años, especialmente por problemas de costos de transacción, ha frustrado tales intentos de mantener la existencia de un modelo dual.

Creemos que es posible encontrar una nueva vía de desarrollo del sistema previsional en el Perú, que consiga los objetivos básicos de todo seguro social mediante la acción determinante del Estado, sin que ésta excluya la iniciativa privada y la participación organizada de los agentes económicos y sociales. Y como objetivo general la implementación de la seguridad social como vía posible que debe surgir de una nueva ecuación planificación - mercado, a partir de un marco estructural que consagre el ámbito de la competencia del Estado, para enfrentar con éxito los problemas reseñados en este trabajo. Creemos que de esta manera

⁶²“Documento del Acuerdo Nacional”, 22 de julio del 2002, www.acuerdonacional.gob.pe

se puede avanzar en la construcción de una sociedad que haga compatible el desarrollo material con la equidad social y la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO VALDEZ, Luis

Análisis Laboral, Vol. XXVI, N° 301, AELE, Lima, julio 2002.

ALONSO, Guillermo

Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90, Madrid, 2000.

Banco Central de Reserva del Perú

"Regímenes de pensiones a cargo del Estado", Sub gerencia del Sector Público, Departamento de análisis del sector público, 14 de julio de 2004.

Banco Interamericano de Desarrollo

Desarrollo más allá de la economía, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina, Washington D.C., 2000.

BECK, Ulrich

La sociedad del riesgo, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

BOYER, Robert

La flexibilité du travail, Ed. Découverte, Paris, 1996.

BRESSEL PEREYRA, Luis Carlos

Las reformas económicas en las nuevas democracias, Alianza editorial, Madrid, 1995.

BUNEL, Jean

Sindicalismo y cambios sociales, CES, Madrid, 1994.

CAMPERO, Guillermo y FLISFISCH, Angel

Los actores sociales en el nuevo orden laboral, OIT, Santiago, 1993.

Centro de Investigación Parlamentaria del Congreso de la República del Perú
Carrera Pública: problemas y propuestas, Lima, 2003.

CHACALTANA, Juan; GARCÍA, Norberto y GALLARDO, José
Los obstáculos a la expansión del sistema de pensiones en el Perú, CIES,
Lima, 2002.

Defensoría del Pueblo
Precariedad y Proyecto, Ética y Función Pública en el Perú,
Escuela Superior Ruiz de Montoya, Lima, noviembre 2002.

FERRAJOLI, Luigi
Derechos y garantías, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo
"Privatización de la seguridad social", Revista Páginas, Nro. 150, Abril 1998
Globalización y derechos laborales, Edición San Marcos, Lima, 2003.

GAMERO, Julio
Modelo económico y empleo en el Perú, Desco, Lima, 2003.

GARCÍA, Norberto
Políticas de empleo en el Perú, Diagnóstico y Propuesta, Tomo I, Edición,
Lima, 2004.

GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo
Introducción al Derecho español de Seguridad Social, CES, Madrid, 1994.

GONZALES HUNT, César
"Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia", en Estudios sobre jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura y la SPDTSS, Lima, 2004.

LIPOVETSXY, Gilles

L'ère du vide, Gallimard, Paris, 1993.

LOEWENSTEIN, Kart

Teoría de la Constitución, Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

MESA - LAGO, Carmelo y BERTRANOU, Fabio

Manual de economía de la seguridad social, Edición CLAEH, Montevideo, 1998.

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú

Los sistemas de pensiones en el Perú, Lima, mayo de 2004.

MOLINA, Carlos Gerardo

Gasto público social, BID, Washington D.C., 2000.

MORENO DE TORO, Carmen

La prestación de jubilación y sus vicisitudes, Ediciones Laborum, Murcia, 2006.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Esteban y ROEMER, Andrés

Por un Gobierno con Resultados, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana

Diez años del Sistema Privado de Pensiones, Universidad del Pacífico, Lima, 2003.

NORT, Douglas

Cambio institucional y desempeño económico, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

PAZ PANIZO, Jorge y UGAZ VALLENA, Rafael

Análisis de Sistema Privado de Pensiones, CIES, Lima, 2003

POIRIER, Jean.

La machine à civiliser, La pleiade, París, 1991.

SEN, Amartya

El derecho a no tener hambre, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

STIGLITZ, Joseph

La economía del sector público, Universitat Pompeu Fabra, 1998

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

La Libertad Sindical en el Perú, OIT, Lima, 1999.

La carga de la prueba en el proceso laboral español

Juan Gorelli Hernández

*Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla (España).*

1. Significado de la teoría sobre la carga de la prueba: carga material y carga formal.

La carga de la prueba supone ante todo dilucidar la cuestión de quién debe soportar las consecuencias negativas de la falta de prueba¹: si a la hora de dictar sentencia el órgano jurisdiccional detecta que hay un hecho esencial no probado, las consecuencias negativas de la ausencia de prueba han de recaer sobre aquella parte que tenía la carga de la prueba. En principio la carga de la prueba es una cuestión que afecta al órgano jurisdiccional competente para dictar sentencia; ahora bien, es innegable que tiene un efecto indirecto sobre los litigantes, pues les sirve para conocer qué debe probar cada uno de ellos si pretende resultar victorioso en la pretensión judicial. Es decir, las reglas sobre la carga de la prueba suponen una importante orientación para las partes, pues les permite informarse de cuales son los hechos que deben demostrar en juicio para obtener un resultado favorable en la sentencia².

A tenor de esta interpretación conviene diferenciar entre carga formal y carga material. La carga material de la prueba es una auténtica regla de juicio; es decir, no opera en la fase probatoria, sino en un momento posterior, cuando el órgano

¹ Vid. FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I”, Iurgium editores y Atelier, Barcelona 2001, página 822; GOMEZ DE LIAÑO, F., en AA.VV. “Derecho Procesal Civil (I)”, Editorial Forum, Oviedo, 2000, página 393.

² Así FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 823; LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: “Modificaciones en la prueba laboral operadas por la LEC de 2000. El interrogatorio de las partes”, La Ley, Madrid 2001, página 162.

judicial va a tomar su decisión³. Estas reglas de juicio actúan sólo ante una situación precisa: cuando hay ausencia o falta de prueba⁴; es decir, cuando hay un hecho que es incierto y el juez tiene dudas a la hora de resolver. Esa falta de certeza se suple por unas reglas (las reglas de la carga de la prueba) que indican al juez cuál de las partes del litigio ha de resultar perjudicada por la falta de prueba de ese hecho esencial⁵.

La carga material de la prueba es consecuencia directa de uno de los principios básicos del Derecho Procesal: la prohibición de *non liquet*; a tenor de la cual, el poder judicial garantiza a los ciudadanos que los órganos jurisdiccionales resolverán inexcusablemente los litigios que sometan a su conocimiento (arts. 1.7 del Código Civil y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC a partir de ahora-)⁶. Estamos ante un principio jurídico que implica una verdadera y auténtica obligación para los órganos jurisdiccionales, la de resolver todas aquellas cuestiones jurídicas que le sean planteadas por los litigantes⁷.

³ En este sentido hay que entender como una decisión acertada, la del legislador cuando ha ubicado las reglas sobre carga de la prueba no en sede de prueba, sino entre los preceptos que regulan la elaboración de la Sentencia. Así, FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 217.

⁴ Desde la perspectiva de la jurisprudencia laboral, vid. las SS.TS de 27 de diciembre de 1989, RJ 1989\9278 y 30 de mayo de 1988, RJ 1988\4667, que afirman que el principio de reparto del “onus probandi” sólo entra en juego ante el supuesto de falta de prueba, para decidir a quién debe perjudicar dicha falta.

⁵ Debemos tener en cuenta que esto supone que ha de haberse desarrollado al menos una mínima actividad probatoria, pues cuando no ha existido ni siquiera el intento de probar por parte del demandado, es obvio que ni siquiera hay lugar a que entren en juego las reglas sobre carga de la prueba, de modo que sólo queda la desestimación de la demanda. CORTES DOMINGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: “Derecho Procesal Civil. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, página 223.

⁶ Entre los laboristas, vid. GARCIA FERNANDEZ, M.: “Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo”, REDT nº 15 (1983), página 383; GARCIA PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba en el proceso de trabajo”, Civitas, Madrid 1994, página 162, también GIL PLANA, J.: “La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000”, REDT nº 126 (2005), página 85; LAHERA FORTEZA, J.: “La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario”, La Ley-Actualidad, Madrid 1996, página 81; LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: “Modificaciones en la prueba laboral operadas por la LEC de 2000. El interrogatorio de las partes”, La Ley, Madrid 2001, página 161.

⁷ Sobre este principio vid. CORTES DOMINGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: “Derecho Procesal Civil. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, página 222; FERNANDEZ LOPEZ, M.: “La carga de la prueba en la práctica judicial civil”, La Ley, Madrid 2006, páginas 30 y 31; ORTELLS RAMOS, M.: “Derecho Procesal Civil”, Aranzadi, Pamplona 2001, página 398.

Teniendo en cuenta que en base a este principio de *non liquet*, el Juez no puede negarse a resolver amparándose en la falta de prueba⁸, resulta esencial la carga de la prueba, pues a través de la misma el ordenamiento jurídico facilita al órgano jurisdiccional cómo debe resolver la situación: a través de unas reglas que le indican cuál de las partes sometidas a juicio debe cargar con las consecuencias negativas de la falta de prueba⁹.

Desde este punto de vista la teoría o doctrina de la carga de la prueba tiene un destinatario directo y concreto: el juez; de ahí que actúa en el momento en que se forma la sentencia. Teniendo en cuenta esta circunstancia, debemos reconocer que la naturaleza de la reglas sobre carga (material) de la prueba es una regla de juicio de carácter obligatorio, que impone al juez actuar conforme a una determinadas pautas cuando se presenta el presupuesto de la incerteza en la prueba de los hechos; especificando quién debe cargar con las consecuencias de la falta de prueba¹⁰. Estamos ante una norma de orden público que el juez no puede rechazar en modo alguno¹¹. Es decir, en estos casos de “carga” material, no estamos ante una verdadera carga jurídica que recae sobre el órgano jurisdiccional, sino ante una obligación legal que debe ser cumplida por éste.

⁸ Así DAMIAN MORENO, J., en AA.VV., dirigidos por A.M. Lorca Navarrete, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Valladolid 2000, Lex Nova, página 1421.

⁹ Tal como señala ORTELLS RAMOS, “Las reglas de la carga de la prueba determinan cuál de las partes ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión”. Op. cit., página 398. En similares términos, GARBERI LLOBREGAT, J., en AA.VV., “Los procesos civiles. Volumen 2º”, op. cit., página 437. Entre la doctrina laboral, podemos citar a LAHERA FORTEZA, J., quien señala que “la regla de juicio debe decir a quien perjudica el fracaso de la prueba de un hecho que permanece como incierto tras la conclusión del proceso; en definitiva, quien debe soportar la ausencia de prueba sobre un hecho. Las partes cargan con la prueba de determinados hechos para evitar el perjuicio procesal que resulta de no probar esos hechos en el proceso”. “La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario”, La Ley-Actualidad, Madrid 1996, página 82.

¹⁰ SAN CRISTOBAL, J.M.: “La valoración judicial de la prueba: prueba válida y lícita en los despidos disciplinarios y económicos”, Justicia Laboral nº 18, página 25.

¹¹ Concretamente este precepto establece que “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconvigente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

En cuanto a la carga formal, debemos admitir que esas reglas de juicio dirigidas al juez inciden de manera indirecta sobre las partes del litigio, pues a través de las mismas van a tomar conciencia de lo que cada una de ellas debe probar en el juicio para resultar victoriosas en el mismo¹².

En cuanto a la naturaleza de la carga formal estamos ante una verdadera “carga” de carácter procesal¹³. Es claro que las partes procesales no sufren una obligación que les impele necesariamente a actuar de una determinada y concreta manera¹⁴. Al contrario, lo que para el juez son reglas de juicio, para las partes son simples cargas, de manera que si desean obtener un beneficio procesal, deberán actuar conforme a las mismas¹⁵. La carga procesal supone que la parte deba desarrollar una actividad procesal para obtener un beneficio o evitar un perjuicio procesal. Las consecuencias de no actuar conforme a las reglas de la carga de la prueba no consisten en una sanción, sino la pérdida de una ventaja o beneficio procesal, pues no se está cometiendo acto ilícito alguno si la parte no aplica adecuadamente dichas reglas¹⁶.

Al igual que la carga material es consecuencia del principio de *non liquet*, la carga formal se fundamenta en otro de los grandes principios de la regulación

¹² Tal como señala GARBERI LLOBREGAT, J.: “a cada una de las partes procesales, respectivamente, la carga de tener que probar una serie determinada de hechos controvertidos, bajo la expectativa de recibir un pronunciamiento judicial favorable o no a sus pretensiones según consigan o no acreditar tales hechos”. Op. cit., página 437 y 438.

¹³ Tal como señala MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., “La necesidad de probar no es una obligación, es una carga”; “La carga de la prueba”, en AA.VV., “La prueba en el proceso laboral”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1997, página 269. En similares términos, SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: “La valoración judicial de la prueba: prueba válida y lícita en los despidos disciplinarios y económicos”, Justicia Laboral nº 18, página 24.

¹⁴ Sobre la diferencia entre obligación y carga, vid. SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: “La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones”, Aranzadi, Pamplona 2002, página 259.

¹⁵ En este sentido, GARBERI LLOBREGAT, J., para el que la carga procesal consiste en “la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes (...)”; op. cit., página 439.

¹⁶ SAN CRISTOBAL, J.M.: Op. cit., página 25.

procesal, el de aportación de parte¹⁷: dado que en el proceso se dilucidan intereses privados es lógico que sean las partes quienes, a su conveniencia, aporten los hechos en el juicio y las pruebas sobre los mismos¹⁸. Este principio hace recaer sobre las partes la carga de alegar los hechos sobre los que se basa su posición jurídica y de probarlos; principio que nuestro ordenamiento recoge en el art. 282 LEC, a tenor del cual las pruebas se practicarán a instancia de parte.

En conclusión, carga material y formal son caras de una misma moneda, o mejor, los dos extremos de un razonamiento lineal que están unidos por un mismo elemento: las reglas sobre distribución, que vistas desde la perspectiva del juez tienen carácter obligatorio y, que vistas desde la perspectiva de las partes se configuran como cargas.

2. Las reglas de distribución de la carga de la prueba y las consecuencias de su aplicación al proceso laboral.

Tal como señala MONTERO AROCA, son las partes litigantes quienes deben probar: “Sobre ellas recae la carga (que no la obligación) de alegar los hechos que son el supuesto base de la norma cuya aplicación piden, y sobre ellas recae también la carga (otra vez no la obligación) de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad”¹⁹.

Las reglas sobre la carga de la prueba suponen una distribución o reparto de la misma entre las dos partes, demandante y demandado. Este reparto es conforme

¹⁷ Este principio implica que son los litigantes los que están obligados a demostrar cuanto alegan en defensa de sus respectivas pretensiones e intereses; de manera que tras determinar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión, deben aportar el material probatorio para que el órgano jurisdiccional pueda formar su convicción. Vid. LUELMO MILLAN, M.A. y RABANAL CARBAJO, P.: “Los principios inspiradores del proceso laboral”, MacGraw-Hill, Madrid 1999, página 46.

¹⁸ DAMIAN MORENO, J., en AA.VV., dirigidos por A.M. Lorca Navarrete, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Lex Nova, Valladolid, 2000, página 1421; MONTERO AROCA, J., en AA. VV., “Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil”. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, página 255; ORTELLS RAMOS, M.: Op. cit., página 397; SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: Op. cit., a 247. Entre la doctrina laboral, puede citarse a LAHERA FORTEZA, J.: Op. cit., página 80.

¹⁹ MONTERO AROCA, J., en AA.VV. “Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, página 255.

a las necesidades del principio de igualdad: una carga que afectase exclusivamente al demandante impediría en la práctica una situación de mínimo equilibrio, lo cual afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se estaría negando en la mayoría de los casos; es decir, la distribución de la carga de la prueba tiene ante todo un entronque constitucional en el propio derecho a la tutela judicial efectiva, pues la falta de esa distribución supondría una dificultad extraordinaria para el demandante a la hora de obtener una sentencia favorable²⁰. De otro lado, el reparto se justifica por motivos de eficacia, dado que si el demandante hubiese de soportar la totalidad de la carga de la prueba, se alcanzaría una dificultad de tal grado que haría imposible el proceso²¹; luego se estaría negando la propia eficacia del derecho sustantivo.

La importancia de este tema es enorme, pues la mayor o menor carga probatoria repercute directamente sobre el reconocimiento judicial del derecho que se cuestiona; por lo tanto, el desplazamiento de la carga de la prueba hacia una u otra parte es de gran relevancia para la efectividad del derecho sustantivo. Pues bien, debemos destacar que desde la perspectiva laboral no se establece una regulación específica en materia de carga de la prueba, razón por la que ha de aplicarse supletoriamente lo establecido sobre esta materia en la normativa supletoria de la LPL: la vigente LEC.

El conjunto de reglas que ordenan la carga de la prueba ha ido evolucionando, tanto en su formulación como en su contenido. Ha sido tradicional durante largo tiempo, acudir a todo un conjunto de máximas expresadas en latín²², que han supuesto

²⁰ Como señalan CORTES DOMINGUEZ y MORENO CATENA, respecto de que recayese sobre el actor la totalidad de la carga de la prueba, “desde el punto de vista del proceso y de los principios constitucionales que lo informan, mantener tal postura haría prácticamente imposible el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y haría prácticamente imposible obtener una sentencia estimatoria”; op. cit., página 227.

²¹ En este sentido ORTELLS RAMOS, M.: Op. cit., página 399.

²² Vid. *necessitas probandi incumbit ei qui agit, onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat; onus probandi incumbit actori; necessitas probandi incumbit ei qui agit; reus in exceptione actor est; reus in excipiendo fit actor, per rerum naturam factum negantis probatio nulla est; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat; affirmanti non negatni incumbit probatio; actore non probante reus absolvitur, negativa non sunt probanda, etc*

un destilado de la experiencia jurídica acumulada a lo largo del tiempo, y que a fuerza de reiterarse por los actores jurídicos se han llegado a considerar como reglas indiscutibles, pese a no estar, en muchos casos, recogidas expresamente por el ordenamiento²³. Estas reglas nunca han sido suficientes para resolver todo el conjunto de problemas que podría plantearse en este ámbito, siendo muy deficientes para su aplicación con carácter general, pues son imprecisas y no tienen validez general²⁴.

Ante esta falta de eficacia e insuficiencias, el legislador, asumiendo la experiencia acumulada, optó por plantear una regla de carácter general con la que pudiese hacerse frente a la mayoría de los casos posibles. Para ello se fijó en la naturaleza de los hechos sobre los que ha de recaer la prueba²⁵. La cuestión se plasma en el viejo art. 1214 del Código Civil (“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”); precepto derogado por la nueva regulación introducida por la LEC.

En la actualidad, la regulación sobre carga de la prueba se encuentra recogido en el vigente art. 217 de la LEC. La estructura de esta norma supone el establecimiento de una regla general (art. 217.2 y 3 LEC), acompañada de la plasmación legal de diversos criterios que modalizan la interpretación de dicha regla general (art. 217.7 LEC), así como del reconocimiento de que junto a la regla general, pueden existir todo un conjunto de normas especiales sobre carga de la prueba (art. 217.5 LEC).

El art. 217 LEC establece que corresponde al demandante “la carga de probar la certeza de los hechos que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición” (art. 217.2 LEC); mientras que al demandado o reconvenido le corresponde la carga de probar “los hechos que, conforme a las normas que les

²³ Sobre las mismas vid. SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: Op. cit., páginas 260 y ss.

²⁴ FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. Cit., página 824 ; MONTERO AROCA, J.: Op. cit., página 258; también SANZ TOME, F. : “La prueba en el proceso laboral (I)”, Revista de Política Social nº 123 (1979), página 97.

²⁵ FERNANDEZ LOPEZ, M.: Op. cit., página 89.

sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior” (art. 217.3 LEC). Por lo tanto, la distribución de la carga de la prueba sigue realizándose fundamentalmente en base al criterio de la naturaleza de los hechos, distinguiéndose entre constitutivos (que recaen sobre el demandado) e impeditivos, extintivos o excluyentes (que corresponden al demandado en su caso)²⁶. En consecuencia, debemos señalar que del art. 217.2 y 3 LEC debemos predicar el mismo relativismo que caracterizaba al art. 1214 Cc; pues no es posible fijar a priori que cada hecho tenga una naturaleza concreta, sino que dependen de las circunstancias jurídicas concretas de cada caso, pudiendo variar un mismo hecho de naturaleza en función del marco jurídico en el que se haga valer²⁷.

Siendo una regulación externa a la Ley de Procedimiento Laboral surge una duda, ¿es aplicable dicha regulación al proceso laboral? La respuesta debe ser afirmativa: debemos recordar que la LPL no establece con carácter general una regulación sobre carga de la prueba, limitándose a recoger diversas reglas especiales

²⁶ En líneas generales, podemos señalar que hecho constitutivo es aquél que determina el nacimiento del derecho que se pretende, siendo presupuesto de su existencia o necesario para que el derecho nazca. Los hechos impeditivos son aquellos que obstan al nacimiento mismo del derecho, de modo que el derecho se ve privado de sus efectos; mientras que los extintivos son los que implican la desaparición o perecimiento del derecho, por lo que no niegan que el derecho surgió, sino que afirman que ha desaparecido o; por su parte, los excluyentes son los que evitan la aplicación de las consecuencias del derecho ya nacido, pues lo enervan o impiden su eficacia, estaríamos, por tanto, ante verdaderas excepciones procesales.

²⁷ Tal como señala FERNANDEZ LOPEZ; Op. cit., página 102; no existe una regla fija, sino que la naturaleza varía en función de la situación jurídica concreta. De igual manera DAMIAN MORENO, J.: “la naturaleza jurídica de un determinado hecho sufre modificaciones en función precisamente del efecto jurídico pretendido por la parte a quien beneficie por lo que un hecho puede ser constitutivo o extintivo según la consecuencia jurídica que las partes aspiran a conseguir”. Op. cit., página 1423. Por lo tanto, no es posible señalar a priori que unos u otros hechos tienen una determinada naturaleza; pensemos simplemente en un hecho como el vicio del consentimiento: en principio parece que estamos ante un hecho impeditivo, pues se alega para impedir la eficacia de una relación contractual. Ahora bien, podemos plantearlo también a la inversa: considerarlo como un hecho constitutivo de una demanda que busca la nulidad del contrato. En consecuencia, no es posible con carácter previo adjudicar una categoría o naturaleza a cada hecho, sino que esta debe adjudicarse en función de la relación jurídica en la que vaya a tener lugar y en función de la concreta pretensión que se lleve al proceso. Dicho de otra manera, esta clasificación tiene un carácter relativo, tal como señala MONTERO AROCA (Op. cit., página 259); por lo que estamos abocados a una dosis importante de casuismo.

sobre esta materia, que se aplican exclusivamente en aquellos casos a los que se refieren dichas reglas especiales. Además de lo anterior, hemos de recordar el carácter supletorio que la LEC tiene respecto de la LPL: al respecto téngase en cuenta lo dispuesto tanto por el art. 4 LEC como por la Disposición Adicional 1ª LPL. Se llega, por tanto, a la conclusión de que ante una laguna o insuficiencia de la regulación procesal laboral, que no regula la carga de la prueba, es de aplicación la regulación común con carácter supletorio²⁸. A tenor de estas reglas sobre distribución de la carga de la prueba, podemos afirmar que el demandante (normalmente trabajador) tendrá que demostrar los hechos constitutivos; mientras que el demandado (normalmente empresario o entidad gestora de la Seguridad Social) debe demostrar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes²⁹. La consecuencia es evidente: el trabajador demandante debería soportar el grueso de la carga probatoria³⁰.

Debemos reflexionar sobre las consecuencias que implica la aplicación estricta de estas reglas al proceso laboral. Al respecto son clásicas las palabras de GARCIA-PERROTE, quien señaló que pese a la ventaja que ofrece una regulación de distribución de la carga de la prueba, que aporta certidumbre, lo cierto es que su aplicación directa al ámbito laboral “plantea numerosos problemas, todos ellos derivados de las peculiaridades que la problemática de la carga de la prueba tiene en el proceso de trabajo (...) tales peculiaridades se explican por la singularidad de la relación jurídico-material trabada entre trabajador y empleador; singularidad que (...) se traduce, muy en síntesis, en la dificultad probatoria que muchas veces

²⁸ Sobre esta cuestión vid. ALFONSO MELLADO, C.L.: «La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribuna Social* nº 135 (2002), página 17; también GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba ...”, op. cit., página 160. Específicamente sobre la aplicación del art. 217 LEC al proceso laboral, SAN CRISTOBAL VILLANUEVA, J.M.: Op. cit., página 27; también SEGALES J.: “La prueba en el proceso laboral. Tras la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil”, Comares, Granada 2002, página 27.

²⁹ De esta opinión se manifestaba GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, en AA.VV., “El proceso laboral en la jurisprudencia constitucional”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, página 340, si bien en relación al art. 1.214 Cc. De igual modo y, también referido al art. 1.214 Cc, SANZ TOME, F.: “La prueba en el proceso laboral”, *Lex Nova*, Valladolid 1990, página 20. No obstante, sus conclusiones son perfectamente aplicables a la regulación hoy vigente.

³⁰ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba (...)”, op. cit., página 164.

encuentra el trabajador en relación con los hechos cuya acreditación es necesaria para el éxito de su pretensión, y la paralela mayor facilidad probatoria que tiene el empleador respecto de los mismos hechos”³¹. En definitiva, en una situación jurídica como la relación laboral, caracterizada por la subordinación económica y jurídica, así como por el hecho de que un contratante (el empresario) tiene todas las facultades no sólo de dirección de la prestación de trabajo, sino de gestión de la empresa, la aplicación de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba puede suponer dificultades insalvables para el trabajador. Consecuentemente estas reglas de carácter general en materia de carga de la prueba generan importantes dosis de insatisfacción en la defensa de los derechos de los trabajadores en vía judicial. Es lógico, pues, la intervención del legislador introduciendo especialidades en materia de carga de la prueba en el proceso laboral o la interpretación judicial flexible de las reglas generales sobre esta cuestión.

Desde este punto de vista podemos afirmar que, si bien las reglas básicas sobre distribución de la carga de la prueba son aplicables a los procesos laborales, no obstante es uno de los ámbitos en los que con más claridad se puso de manifiesto las limitaciones de las reglas generales sobre carga de la prueba, por lo que junto a esas normas han venido coexistiendo todo un conjunto de especialidades que favorecen la posición probatoria del trabajador³². Veamos ahora las principales especialidades existentes en el proceso laboral.

3. La existencia de reglas especiales en materia de carga de la prueba en el proceso laboral.

El art. art. 217.6 LEC, cuando especifica que “Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. A

³¹ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “La prueba (...)”, op. cit., página 164.

³² Sobre esta cuestión vid. GARCIA FERNANDEZ, M.: Op. cit., página 379; GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, en AA.VV., “El proceso laboral en la jurisprudencia constitucional”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1996, página 340. También ALEMAN CANO, J.: “La carga de la prueba en el proceso laboral”, Tribuna Social nº 136 (2002), página 23.

tenor de este precepto, es posible que existan reglas especiales en materia de carga de la prueba, que obedecen al hecho de que en ocasiones sea difícil o excesivamente complejo la aplicación de la regla general, por lo que sea imprescindible un cambio en el criterio de distribución de carga de la prueba³³.

El proceso laboral es uno de los ámbitos donde existe un mayor número de excepciones a las reglas básicas de distribución de la carga de la prueba; veamos los supuestos más interesantes en los que se altera dicha distribución ordinaria.

A) Normas sobre expedientes administrativos que hacen fe y presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo.

No es extraño encontrar diversas normas laborales en las que se otorga a los expedientes administrativos un valor esencial en el desarrollo del proceso laboral, de modo que del mismo deriva un principio de veracidad: salvo que pueda aportarse prueba en contrario, lo afirmado en dichos expedientes administrativos hará fe; es decir, se entenderá que lo afirmado por ellos es cierto. De igual manera podemos señalar a las Actas de la Inspección de Trabajo, que gozan de presunción de certeza.

Esta presunción deriva tanto de la especialización en el desarrollo de los expedientes por parte de la Administración pública, como del principio de neutralidad de la misma. En todo caso es evidente que se establece una alteración de la regla general sobre carga de la prueba, pues en la práctica se está exonerando a una de las partes de tener que probar los hechos que en base a dicha regla le correspondería.

Así, podemos recordar como el art. 23.3 LPL establece que las afirmaciones contenidas en el expediente administrativo tramitado en materia de responsabilidad salarial del FOGASA, harán fe salvo prueba en contrario. En idéntico sentido las afirmaciones de hecho de la resolución que da inicio al procedimiento de oficio también hace fe, salvo prueba en contrario (art. 148.2.d LPL). De igual modo hemos de tener en cuenta que a tenor del art. 52.2 y 3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tienen presunción de certeza

³³ En este sentido ORTELLS RAMOS, M.: op. cit., página 399.

las Actas de la Inspección que se extiendan de conformidad a los requisitos de contenido del art. 52.1 de la Ley 8/1988³⁴.

B) Carga de la prueba en caso de extinción del contrato de trabajo.

También existen alteraciones a la regla general del reparto de la prueba en preceptos como los arts. 105.1 LPL en materia de despido, o en el art. 114.3 LPL sobre impugnación de sanciones. A tenor de estos preceptos se modifica el orden de intervención en el proceso, simplificando la posición del trabajador: al trabajador demandante no le va a corresponder ni en fase de alegaciones ni en la práctica de la prueba, actuar primero; sino que será el empresario (demandado) a quien le corresponderá exponer sus posiciones en primer lugar (en contra de la lógica ordinaria procesal establecida en el art. 85.2 LPL). Esta alteración se explica en base a cuál es el objetivo de la modalidad procesal de impugnación de un despido disciplinario, que no es sino actuar como mecanismo de revisión de la actuación del empresario. Esto supone que aún cuando el trabajador es el demandante, será el empresario demandado quien adopte una posición acusadora, mientras que el trabajador ocupa una posición defensiva³⁵. Se trata, en definitiva, de permitir que el trabajador pueda desarrollar una efectiva defensa judicial ante una extinción causal del contrato de trabajo realizada unilateralmente por el empresario.

Además de lo anterior, el art. 105 LPL establece que le va a corresponder al empresario probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido

³⁴ Debe tenerse en cuenta que la DA 4ª, apartado 2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el art. 53.2 LISOS, establecen que el mismo valor probatorio tienen los informes de la Inspección en materia de accidentes de trabajo. Vid. al respecto la STSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006, AS 2006\1804: "(...) lo que resulta innegable es que los hechos recogidos en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la forma en que aconteció el accidente laboral, al igual que sobre las condiciones de seguridad y salud existentes a la sazón de su ocurrencia, gozan de presunción legal de certeza, lo que también cabe predicar de aquellos hechos que aparezcan reflejados en las actas de infracción que con tal motivo se practiquen".

³⁵ En este sentido BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: "Instituciones de Derecho Procesal Laboral", Trotta, Madrid 1995, página 305; también RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido", RL Tomo I de 1990, página 45.

como justificativos del mismo³⁶; es decir, se exonera al trabajador despedido o sancionado de probar que no ha cometido actuaciones sancionables o que son objeto de despido disciplinario. En realidad, esta situación obedece a la lógica de la distribución de la carga de la prueba, pues como afirma la STC 81/1988, no puede imputarse al trabajador la carga de la prueba de la inexistencia de causas de despido disciplinario. Será el empresario, quien deba demostrar que el trabajador ha cometido incumplimientos contractuales susceptibles de sanción o extinción disciplinaria. En realidad no estamos sino ante una consecuencia del principio de causalidad del despido³⁷: se permite la extinción del contrato en base a la voluntad unilateral del empresario sólo si existe una justa causa; de ahí que sea el empresario quien deba asumir la existencia de una justa causa, mientras que el trabajador tiene que probar fundamentalmente la existencia de la relación y la extinción del contrato de trabajo³⁸.

La alteración del orden de actuación en los procesos de despido no es una consecuencia de la presunción de inocencia en su vertiente estrictamente procesal³⁹. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien aceptó inicialmente que la presunción de inocencia tuviese aplicación en el despido disciplinario⁴⁰, posteriormente ha rechazado de manera tajante la aplicación del principio de presunción de inocencia del trabajador al despido disciplinario⁴¹. Los argumentos son, básicamente, dos⁴². De un lado, que el ámbito de aplicación de dicho principio

³⁶ De igual modo el art. 114.3 LPL señala que “Corresponderá al empresario probar la realidad de los hechos imputados al trabajador y su entidad, sin que puedan ser admitidos otros motivos de oposición a la demanda que los alegados en su momento para justificar la sanción. Las alegaciones, pruebas y conclusiones deberán ser realizadas por las partes en el orden establecido para los despidos disciplinarios”.

³⁷ En este sentido LAHERA FORTEZA, J.: Op. cit., páginas 107 y ss.

³⁸ Vid. sobre esta cuestión las SS.TS de 10 de octubre de 2006, RJ 2007\313; 12 de febrero de 1991, RJ 1991\829; 26 de junio de 1989, RJ 1989\4843; 17 de noviembre de 1987, RJ 1987\8005; 21 de abril de 1986, RJ 1986\ 2212; 14 de febrero de 1986, RJ 1986\762; 6 de diciembre de 1985, RJ 1985\6070. También las SS.TSJ de Madrid de 26 de marzo de 2007, AS 2007\1657; Valencia de 29 de mayo de 2004, JUR 2004\115622; Cataluña de 7 de marzo de 2003, JUR 2003\129499; Valencia de 29 de julio de 2002, JUR 2003\156007; Asturias de 19 de octubre de 2001, JUR 2001\296937.

³⁹ Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: “Libertad de expresión y despido por inducción. Problemas relativos a la carga de la prueba”, Revista del Poder Judicial nº 62 (2001), página 494.

⁴⁰ Vid. las SS.TC 13/1982, 24/1984, 62/1984, 36/1985 o 37/1985.

⁴¹ Esta doctrina comienza a afirmarse por los Autos TC 739/1987 y 1432/1987; así como por las SS.TC 6/1988 y 81/1988, 30/1992, 27/1993, 6/1995, 53/1995, 153/2000, etc.

⁴² Vid. GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., páginas 495 y ss.

debe limitarse al propio del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. De otro lado, se afirma que la aplicación de la presunción de inocencia debe producirse en procesos en los que el órgano jurisdiccional debe decidir si la conducta sancionada merece o no el reproche jurídico en base a un juicio de culpabilidad o inocencia; muy al contrario, en el proceso de despido disciplinario se analizan casos en los que se decide sobre un incumplimiento contractual.

No obstante, pese a que se haya rechazado la aplicación del principio de presunción de inocencia, lo cierto es que lo dispuesto por el ordenamiento laboral sobre el despido disciplinario se acerca bastante al significado material de dicho principio, pues el art. 55.4 ET señala que la procedencia del despido se produce cuando queda acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido, de lo contrario el despido se considerará improcedente.

C) La obligación de aportar expedientes administrativos en los procesos de Seguridad Social.

En los procesos de la modalidad procesal de Seguridad Social, vamos a estar siempre ante supuestos en los que las demandadas serán siempre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (art. 139 LPL)⁴³. Los demandantes serán, normalmente, trabajadores, solicitantes de prestaciones o beneficiarios de las mismas, si bien también pueden ser los empresarios quienes actúen como demandantes frente a la Entidad Gestora correspondiente. Es decir, es característica esencial de la modalidad procesal de Seguridad Social que se reclama siempre frente a los sujetos que gestionan y reconocen las prestaciones.

Afirmado lo anterior hemos de señalar que un elemento esencial en el proceso de Seguridad Social es el expediente administrativo. Se trata de una pieza importantísima pues en él se verá reflejada toda la tramitación administrativa de la prestación sobre la que gira la cuestión litigiosa. Al estar el expediente en manos

⁴³ Debe señalarse que no se aplica esta regulación fuera del ámbito de la modalidad procesal especial de Seguridad Social; es decir, en aquellos casos en que estemos ante procesos ordinarios en los que sea parte una Entidad Gestora. Vid., por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1995, RJ 1995\5370.

de la Entidad Gestora, podría esta posicionarse en una situación de privilegio, de ahí que de manera inmediata, al mismo tiempo que se admite la demanda, sea éste reclamado por el Juez (art. 142.1 LPL).

Pues bien, dado que la entidad gestora podría torpedear la pretensión litigiosa por la vía de no aportar el expediente, el legislador ha establecido diferentes mecanismos que la fuerzan para lograr que lo aporte; en este sentido, el art. 143.3 LPL señala que si el demandante tuviese interés en el expediente para sus fines, se suspenderá el acto de juicio y se requerirá de manera inmediata a la Entidad Gestora, de modo que si no la aporta antes del nuevo señalamiento, podrán tenerse por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuese imposible o de difícil demostración sin el expediente.

D) Los procesos en materia de discriminación o violación de derechos fundamentales.

Existen en el ordenamiento procesal laboral normas que establecen importantes alteraciones probatorias en caso de discriminación o violación de derechos fundamentales. Nos referimos a los arts. 96 (discriminación por razón de sexo), 179.2 (violación de la libertad sindical) y el 181 (violaciones del resto de derechos fundamentales). A tenor de estos preceptos, cuando se constate la existencia de indicios fundados de discriminación o violación de un derecho fundamental, se desplazará la carga de la prueba al demandado, que deberá probar suficientemente una justificación objetiva y razonable de su actuación.

Ya con anterioridad he tenido ocasión de analizar con más detenimiento el significado y la aplicación de las normas antes mencionadas⁴⁴, por lo que me limitaré a realizar un rápido resumen de esta cuestión. En líneas generales podemos señalar que en los procesos en que se plantea una situación de discriminación o una violación de derechos fundamentales, se introducen alteraciones a las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba en base a las dificultades probatorias con que se encuentran los trabajadores en estos casos, pues la discriminación supondría la

⁴⁴ Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Novedades procesales en la Ley de Igualdad", *Temas Laborales* N° 91 (2007), páginas 344 y ss.

necesidad de demostrar el ánimo o intención empresarial⁴⁵; lo cual dificulta la actuación procesal del trabajador y el acceso a la tutela judicial⁴⁶.

Los preceptos antes mencionados no suponen una verdadera “inversión” de la carga de la prueba, tal como reconoce la jurisprudencia constitucional⁴⁷ y la doctrina⁴⁸. El trabajador ha de soportar parte de la carga probatoria, lo que impide que entendamos que haya una inversión⁴⁹. Si estuviésemos ante una inversión de la carga de la prueba, bastaría con al mera alegación de conducta discriminatoria para trasladar la carga de la prueba.

Hay pronunciamientos jurisprudenciales⁵⁰ y doctrinales⁵¹ que optan por entender que este mecanismo es un supuesto de prueba indiciaria o prueba de presunciones (vid. arts. 385 y 386 LEC); sin embargo, la mayor parte de la doctrina se inclina

⁴⁵ En este sentido la STC 111/2003, FJ nº 5: “hemos venido declarando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación (...) la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental”. Doctrina que es posible encontrar en diferentes Sentencias del TC: SS.TC 168/2006; FJ nº 4; 144/2006; FJ nº 5; 138/2006; FJ nº 5; 144/2005, FJ nº 3; 17/2005, FJ nº 3; 87/2004, FJ nº 2, la 79/2004, FJ nº 3, la 90/1997, FJ nº 5.

⁴⁶ Tal como afirman RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F., “La cuestión de la prueba de la discriminación reaparece así como un importante elemento condicionante de la efectividad de la tutela discriminatoria, y en ella renace ese concurso de elementos objetivos y subjetivos que caracterizan al supuesto discriminatorio”. “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en AA.VV., “II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo”, IELSS, Madrid 1985, página 911.

⁴⁷ Así las SS.TC 216/2005, FJ nº 4; 188/2004, FJ nº 4.

⁴⁸ GIL PLANA, J.: Op. cit., página 101.

⁴⁹ Así, GARCIA PERROTE-ESCARTIN, I.: “La prueba (...)”, op. cit., página 205; GIL PLANA, J.: Op. cit., página 101; GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso laboral «justo»”, Tribuna social nº 76 (1997), página 15; MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.: “Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral”, Comares, Granada 2001, página 1102, ó 1105.

⁵⁰ Podemos citar a las SSTC 188/2004, FJ nº 4; 79/2004, FJ nº 3.

⁵¹ Así GARCIA FERNANDEZ, M.: Op. cit., página 401; RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Igualdad y discriminación”, Tecnos, Madrid 1986, página 303. Sobre el funcionamiento de la prueba de presunciones vid. GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., páginas 499 y ss.

por estimar que estamos ante una facilitación o aligeramiento de la carga probatoria del trabajador⁵².

Deben, por tanto, probarse los indicios de discriminación; es decir, el actor (trabajador) “ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”⁵³. Debe probar, por tanto, el trabajador, que la discriminación puede ser verosímil⁵⁴, ya que de los indicios se induce la creencia racional de la posibilidad de una discriminación⁵⁵.

Una vez que tales indicios se consideran probados, se traslada la carga de la prueba hacia el empresario, que deberá demostrar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales⁵⁶. Tal como afirma la doctrina del TC, el empresario debe probar que ha actuado en base a un criterio de decisión justificable que no tiene nada que ver con una intención discriminatoria; sólo así se despeja la sospecha de discriminación y se neutraliza el panorama discriminatorio generado por los indicios⁵⁷. No se le impone, por tanto, una prueba negativa o “diabólica”⁵⁸ al empresario.

⁵² MONEREO PEREZ, J.L.: “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, páginas 24 o 46; RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: “Proceso civil y proceso de trabajo”, RL Tomo I de 2001, página 145; TUDELA CAMBRONERO, G.: “En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en AA.VV., “El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil”, Lex Nova, Valladolid 2001, página 843; JUANES FRAGA, E. y GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., en AA.VV., “Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral”, Comares, Granada 2001, página 1103; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: Op. cit., página 154.

⁵³ SS.TC 17/2003, FJ nº 4, 79/2004, FJ nº 3.

⁵⁴ STC 41/2006, FJ nº 4.

⁵⁵ STC 144/2006, FJ nº 4.

⁵⁶ STC 79/2004, FJ nº 3.

⁵⁷ SS.TC 144/2006, FJ nº 7; 138/2006, FJ nº 5; 49/2003, FJ nº 5.

⁵⁸ En este sentido GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: “En el entendimiento del TC no se trata tanto de situar al empresario ante la prueba (que pudiera calificarse de diabólica) de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de un derecho fundamental), sino que aquél debe probar que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables y por completo ajenos y extraños a un propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión”. “La prueba (...)”, op. cit., página 197; de igual manera MONEREO PEREZ, J.L.: “La carga de la prueba (...)”, op. cit., página 52; RIVERO LAMAS, J.: “Tutela jurídica (...)”, op. cit., página 21.

E) Las presunciones legales.

La presunción es un mecanismo a través del cual, partiendo de un hecho conocido y probado, se puede deducir y estimar probado la existencia de otro hecho desconocido⁵⁹. De entrada hemos de distinguir entre las presunciones legales, de las presunciones judiciales. Las primeras, son aquellas que han sido establecidas por el propio legislador y que en buena medida suponen aligerar la situación probatoria del trabajador. Por el contrario, las presunciones judiciales son en realidad un mecanismo que puede ser utilizado por el órgano jurisdiccional a la hora de formar su convicción cuando resuelve a través de Sentencia (con independencia de que beneficien al trabajador o al empresario), por lo que si bien no tiene que ser propuesta como una prueba, si pueden las partes en fase de conclusiones estimar que determinados hechos se han probado de manera presuntiva⁶⁰; no se trata, por tanto, de una cuestión que afecta a la carga de la prueba. Consecuentemente vamos a referirnos exclusivamente a las primeras, que son las que afectan al ámbito de la carga de la prueba⁶¹.

Podemos encontrar diferentes presunciones, normalmente en la regulación sustantiva, por ejemplo, las existentes en materia de contratación temporal, por las que una relación, inicialmente temporal pasa a presumirse indefinida, salvo prueba

⁵⁹ CHOCRON GIRALDEZ, A.M.: "Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la «presunción» indefinida del contrato de trabajo", *Laborum*, Murcia 2004, página 14.

⁶⁰ Las presunciones judiciales son un procedimiento para la fijación de los hechos por parte del órgano jurisdiccional, siendo su naturaleza cercana a la de un medio de prueba; más que un mecanismo de distribución de la carga de la prueba. De esta manera, una presunción legal puede ser desvirtuada por una presunción judicial; así la STS de 16 de abril de 2004, RJ 2004\3694, sobre la presunción de accidente de trabajo ex art. 115.3 LGSS, desvirtuada por la aplicación de una presunción judicial ex art. 385 LEC.

⁶¹ Debe tenerse en cuenta que estas presunciones legales pueden ser bien expresas (es decir, señaladas como tales por el ordenamiento), o bien sean presunciones no establecidas expresamente, pero que la jurisprudencia interprete que estamos ante mecanismos de tal naturaleza. Por ejemplo, la STS de 9 de febrero de 1987, RJ 1987\800, sobre presunción del carácter salarial de la retribución establecido en el art. 26.1 ET: "(...) tal precepto instituye una verdadera presunción al menos «iuris tantum» de que las cantidades que perciba el trabajador de su empresario son salario, conllevando un desplazamiento de la carga de la prueba para que aquél que afirme lo contrario lo acredite". En la misma dirección la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2005, AS 2005\1706.

en contra (ya sea por falta de alta ante la Seguridad Social, falta de forma escrita o fraude --en este último caso tampoco se trata de una verdadera presunción, pues el fraude no puede presumirse, por lo que habrá de demostrarse el fraude, tras lo cual actuará la presunción, que realmente ya será innecesaria⁶²-, o bien por superar el período de duración máxima del contrato de trabajo temporal, vid. los arts. 15 y 49.1.c ET). Podemos señalar que la doctrina ha estimado con carácter general que estas presunciones vienen a corregir los desequilibrios existentes entre empresario y trabajador en cuanto a la facilidad probatoria y la disponibilidad y acceso a las fuentes de la prueba⁶³.

Otro supuesto en el que se plantea una presunción legal es el que se establece en el art. 115.3 TRLGSS: se presumirá, salvo prueba en contrario, que es accidente de trabajo, todo aquel que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo. Esta presunción no se mantiene ya frente al empresario, sino frente a las entidades gestoras de la Seguridad Social. Tal como afirmaba CABRERA BAZAN⁶⁴, estamos ante un precepto que altera las reglas generales de carga de la prueba propias del principio dispositivo, de modo que se tutela al trabajador accidentado por el ordenamiento, liberándole de la carga de la prueba, permitiendo un más fácil acceso a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales⁶⁵.

Obsérvese que con estas presunciones en realidad al trabajador no se le exonera de la carga de la prueba en sentido pleno. Muy al contrario han de probar los hechos base de la presunción. Dicho de otra manera, en realidad, más que auténticas presunciones, estamos ante mecanismos que simplifican la posición del trabajador de cara a la carga de la prueba.

⁶² En este sentido la STSJ de La Rioja de 20 de enero de 1998, AS 1998\167: "(...) partiendo del principio de que el fraude no se presume, habrá de acudir a la doctrina general concerniente a quien debe soportar la carga de la prueba".

⁶³ CHOCRON GIRALDEZ, A.M.: Op. cit., página 119; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., páginas 269 y 270.

⁶⁴ "La prueba en el proceso de trabajo", Revista de Política Social nº 82, páginas 50 y 51. De igual manera SANZ TOME, F.: "La prueba en el proceso laboral. Tomo I", Lex Nova, Valladolid 1990, página 22.

⁶⁵ Según la jurisprudencia se produce una inversión de los principios de la carga de la prueba. Sobre esta cuestión vid. la STS de 8 de marzo de 2005, RJ 2005\4485; también las SS.TSJ de Extremadura de 8 de febrero de 2001, JUR 2001\116702; Baleares de 31 de diciembre de 1992, AS 1992\6148.

4. Incidencia del principio de disponibilidad y facilidad probatoria en el proceso laboral.

4.1 Recepción legal del principio de disponibilidad y facilidad probatoria.

Además, junto con la existencia de posibles reglas especiales, el art. 217.7 LEC recoge expresamente la necesidad de que la regla general sea interpretada de una manera flexible, necesidad que se afirmaba respecto del art. 1.214 Cc y que hoy encontramos expresamente en la LEC: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. En realidad en este caso no estamos sino ante una manifestación legal expresa por la que se asume la doctrina jurisprudencial que al interpretar el art. 1.214 Cc se había manifestado favorable a una interpretación flexible, de modo que junto a la naturaleza de los hechos debía tenerse en cuenta criterios como el de la disponibilidad y el de la facilidad probatoria⁶⁶.

⁶⁶ Podemos así citar diferentes sentencias del STS, todas ellas de la Sala 1ª, como las de 16 de julio de 1991, RJ 1991\5392: “(...) la norma del art. 1214 del Código Civil, ha de ser interpretada en su alcance afectante a hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, en el sentido de ser completado en cada caso concreto por el órgano judicial teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad y facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido. De igual modo la STS de 8 de marzo de 1991, RJ 1991\2200: “(...) la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte”. También la STS de 25 de junio de 1987, RJ 1987\4552, en un supuesto de reclamación contra compañía de seguros por accidente de tráfico: “no cabe olvidar que el actor-recurrido ostenta la condición de tercero-perjudicado frente a la Compañía de Seguros, demandada-recurrente, por lo que no puede exigírsele un conocimiento en detalle de las relaciones internas existentes entre el asegurado y la aseguradora, bastándole conocer el hecho básico y externo de tales relaciones: la existencia de la póliza de seguro”. En similares términos a las anteriores sentencias, vid. las SSTs de 28 de octubre de 1998, RJ 1998\8257; 6 de junio de 1994 RJ 1994\4894; 15 de noviembre de 1993, RJ 1993\8911; 15 de noviembre de 1991, RJ 1991\8118; 23 de noviembre de 1989, RJ 1989\6352; 17 de junio de 1989 RJ 1989\4695; 18 de mayo de 1988, RJ 1988\4314; 15 de julio de 1988, RJ 1988\5694; etc. En el ámbito de la prueba de hechos negativos, podemos recordar lo afirmado por la STS de 13 de diciembre de 1989, RJ 1989\8828: “No puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción ejercitada, sino que alegan otros impeditivos o extintivos tendrán que probar, así como los que por su naturaleza especial o carácter negativo no podrían ser probados por el adversario sin grandes dificultades”.

Esto supone que junto al criterio general (art. 217.2 y 3 LEC) se plantea una interpretación de dicha regla general de manera flexible, de modo que en determinados supuestos pueda modificarse el resultado de la regla general y hacer recaer la carga de la prueba no en base a la naturaleza de los hechos sino en función de la facilidad, cercanía o disponibilidad de una de las partes respecto de la propia prueba⁶⁷. El apartado 7º del art. 217 LEC implica que el órgano jurisdiccional, a la hora de enfrentarse con un supuesto de hecho dudoso, acudirá a la regla general contenida en los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC, si bien deberá tener en cuenta que la distribución de la carga puede alterarse en base a estos criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, de manera que la atribución de la carga en base a la naturaleza de los hechos se modifique.

Este planteamiento es consecuencia de la constatación por parte del legislador de que no siempre las reglas de distribución de la carga de la prueba son suficientes, ni son justas, para resolver los importantes problemas que pueden plantearse; de manera que sean necesarios acomodar esas reglas generales, que no son inflexibles⁶⁸. Este principio abarcaría supuestos en los que haya especiales dificultades probatorias para una parte, mientras que la otra ocupa una posición mucho más fácil; o cuando una de las partes tenga conocimiento exclusivo de una prueba, o bien situaciones en las que haya una mayor cercanía o proximidad a la fuente de la prueba.

Para una correcta interpretación de lo dispuesto por el art. 217.7 LEC hemos de tener en cuenta que en realidad no estamos ante dos principios autónomos e independientes (“disponibilidad” y “facilidad”), sino que estamos ante un único principio moderador de la regla general; y a tenor del cual lo que interesa realmente es que se constate una verdadera proximidad a la prueba de una parte a la que no le correspondería la carga si se aplicasen las reglas generales del art. 217.2 y 3

⁶⁷ SEOANE SPIEGELBERG, J.L.: Op. cit., página 269.

⁶⁸ ASECIO MELLADO, J.M.: “Derecho Procesal Civil. Parte primera”, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, página 257.

LEC⁶⁹. Se atiende así a la posición probatoria de cada una de las partes, y la facilidad que estas tengan para acceder a la prueba y disponer de ella; de manera que la carga de la prueba recae sobre aquella parte que ocupe una posición favorecida, debiendo colaborar con lealtad en el desarrollo del proceso, aportando la prueba⁷⁰.

Con estos criterios se pone de manifiesto como una regla general sobre carga de la prueba (basada tan sólo sobre la naturaleza de los hechos) puede ser realmente injusta para aquella parte que tenga especiales problemas para poder acceder a la prueba, mientras la contraparte tiene una posición mucho más cómoda y sin especiales problemas debido a la cercanía que tiene hacia las mismas, o bien por el hecho de que al ocupar una posición de superioridad jurídica posee la información o pruebas necesarias; en definitiva, no es sino una reacción ante la constatación de las enormes dificultades que en ocasiones supone para una de las partes la aplicación de las reglas generales sobre la distribución de la carga de la prueba⁷¹.

La jurisprudencia laboral se había manifestado ya con anterioridad a la propia LEC en sentido favorable al principio de disponibilidad y facilidad probatoria como elementos que el juez debía tener en cuenta a la hora de distribuir la carga de la prueba. Así la STS de 5 de octubre de 1995⁷², relativa a la impugnación del convenio colectivo y planteado el problema de quién debía probar si existía o no legitimación

⁶⁹ De esta opinión MONTERO AROCA, J.: "Nociones generales sobre la carga de la prueba (entre el mito y la realidad", en AA.VV., "La prueba", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2000, página 41. No obstante, debemos destacar que hay autores favorables a distinguir entre ambos principios: se estima que la disponibilidad probatoria hace referencia a supuestos en que la contraparte posee el medio probatorio, o bien que no careciendo la parte de medios de prueba son de escasa entidad frente a los que únicamente dependen de la voluntad de la otra; desde este punto de vista la disponibilidad supone una situación de cercanía o contacto con el medio de prueba. De otro lado, la facilidad sería un criterio más amplio que el de disponibilidad, al referirse a todos aquellos supuestos en los que la parte que tiene que aportar la prueba se encuentra en una posición más gravosa que la contraparte, que podría aportarlo de manera mucho más fácil, siendo exigible su aportación en base al principio de colaboración con la justicia. De esta opinión ASENSIO MELLADO, J.M.: Op. cit., página 258; o MUÑOZ SABATE, LL.: "Fundamentos de la prueba judicial civil LEC 1/2000", J.M. Bosch editor, Barcelona 2001, páginas 178 y 179.

⁷⁰ Así se expresa FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 828.

⁷¹ Sobre esta cuestión, GARBERI LLOBREGAT, J.: Op. cit., página 446.

⁷² RJ 1995\8667.

suficiente para negociar el convenio, reiterando la jurisprudencia civil antes señalada, estima al analizar el art. 1.214 Cc (precepto en vigor en el momento de dictarse la Sentencia), que el contenido de dicho precepto “no es de carácter «inflexible, sino que se debe adaptar en cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga la parte»”⁷³, moderándose así la interpretación de las reglas sobre carga de la prueba, sobre todo por la necesidad de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁴.

Esta doctrina se refleja también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien al analizar la repercusión de la falta de aportación por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de informes sobre cotización de trabajadores, a los efectos de que estos pudiesen demostrar que cumplían con la exigencia de período de carencia para acceder al derecho a una pensión, consideró que un comportamiento de estas características es absolutamente reprochable⁷⁵. Más aún, entender (como hizo el juez de instancia) que la no aportación del informe de cotización por parte del INSS, supone la falta de prueba de un hecho constitutivo que correspondía al solicitante de la pensión; es una lesión del “derecho de la actora a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, en relación con la violación del derecho a la tutela judicial”, pues en aquellos supuestos en los que “las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso

⁷³ De igual modo la STS de 11 de noviembre de 1986, RJ 1986\6321: “Tampoco se infringe en la sentencia de instancia el art. 1214 Cc, sobre carga de la prueba, pues conforme la doctrina de la Sala este principio se modera atendiendo a la posición de las partes en el proceso y a la afirmación o negación por ellas de situaciones fácticas relevantes en su desarrollo, en relación con su posición real a las fuentes de la prueba, con la mayor o menor dificultad de acreditar los hechos y con la calificación de hechos constitutivos, impositivos o extintivos de la relación jurídica en el debate, flexibilizando así dicho principio, que no puede aplicarse en términos absolutos”. De igual modo la STS de 16 de diciembre de 1985, RJ 1985\6117.

⁷⁴ STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2000, AS 2001\511.

⁷⁵ En este sentido el FJ nº 3 de la STC 227/1991: “No cabe, pues, imputar a la actora falta de diligencia en la defensa de su derecho. Antes bien, es el comportamiento exhibido por el INSS el que merece reproche, incluso desde el ángulo de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el art. 9.3 de la Constitución, pues no es posible aceptar que quien puede acreditar la existencia o no de cotizaciones se niegue a ello invocando dificultades, reales o aparentes, para localizar los datos correspondientes; dificultades que, como ya hemos dicho, son en todo caso imputables únicamente al propio INSS y no a la actora”.

del proceso (art. 118 de la Constitución) determina como lógica consecuencia que, en materia probatoria, la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba (...)⁷⁶.

Tal como vemos la percepción constitucional de esta cuestión entronca directamente con la necesidad de que el proceso laboral sea un instrumento a través del cual se alcance la igualdad material como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁷. Se trata de evitar la indefensión que deriva de la limitación de los medios de prueba en aquellos casos en los que una parte tiene especiales dificultades para acceder a la prueba, a diferencia de la contraparte, que ocupa una posición hegemónica y se niega a aportar pruebas que están en su poder y benefician al contrario⁷⁸. Desde este punto de vista, no cabe sino afirmar que el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria tiene un claro fundamento constitucional, siendo una expresión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución)⁷⁹, así como del deber de colaboración con jueces y tribunales (art. 118 de la Constitución)⁸⁰. El objetivo final es conseguir que se eviten situaciones de indefensión de aquellos litigantes que en modo alguno pueden acceder a las

⁷⁶ STC 227/1991, FJ nº 5. De igual manera la STC 140/1994, FJ nº 4: “No obstante, ha de tenerse en cuenta que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que sea aquella quien deba acreditar los hechos determinantes de la litis”. Tal como afirma la STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2002, AS 2002\4011: “(...) en la fase probatoria es fundamental el principio de igualdad de armas que garantice una igualdad efectiva de la posibilidad de las partes para lograr el resultado probatorio, por lo que cuando las fuentes probatorias se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los órganos judiciales en el proceso conlleva que sea aquella quien deba acreditar el hecho”. También la STSJ de Andalucía de 10 de noviembre de 2000, AS 2001\511.

⁷⁷ Sobre esta cuestión podemos ver lo afirmado por la STC 140/1994, FJ nº 4; de igual modo la STC 61/2002, FJ nº 5.

⁷⁸ En este sentido la STC 61/2002, FJ nº 3; también la STC 116/1995, FJ nº 3.

⁷⁹ En este sentido CORBAL FERNANDEZ, J.E.: op. cit., página 210.

⁸⁰ Vid. FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: Op. cit., página 829; GIMENO SENDRA, V.: Op. cit., página 341; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., página 271.

fuentes de prueba, ya sea por que es la contraparte la titular de la prueba, o bien por existir una situación de control por uno de los litigantes de la organización productiva, que limita las posibilidades del otro de cara a la prueba, siendo más fácil que la contraparte que ostenta esa posición de superioridad o control, aporte el material probatorio⁸¹.

4.2 Consecuencias de la aplicación del principio de facilidad o disponibilidad en el proceso laboral.

El reconocimiento legal expreso de la facilidad y disponibilidad probatoria tiene una gran importancia: no se trata simplemente de aceptar la existencia de principios que pueden actuar de manera puntual en el ámbito laboral, sino que la plasmación legal del mismo supone que los órganos judiciales deben tener presente la disponibilidad siempre que estemos ante un supuesto en el que haya hechos no probados y sobre los que existan dudas; no en vano estamos ante un principio, que si bien es complementario de lo dispuesto por los apartados 2º y 3º del art. 217 LEC, lo cierto es que tiene el mismo carácter general que dichas reglas sobre carga de la prueba. Entendemos que en el proceso laboral, donde el empresario o la Administración tienen el dominio de la prueba, el uso del principio de disponibilidad debe ser frecuente (desde luego mucho más habitual que en el proceso civil, en el cual, las partes suelen tener una posición mucho más equilibrada de cara a la prueba), alterando consecuentemente el juego de las reglas generales de la prueba basadas en la naturaleza de los hechos que han de ser probados⁸². Desde este punto de vista el art. 217.7 LEC es un adecuado instrumento para alcanzar la igualdad material y el equilibrio entre las partes dentro del proceso laboral.

Ciertamente ha de entenderse que el papel del principio de disponibilidad es complementario de las reglas generales basadas en la naturaleza de los hechos que han de probarse, por lo que su valor no puede entenderse absoluto, sino que se plasma sobre el plano de la distribución racional de la carga de la prueba; es decir, su ámbito de aplicación será aquél en que una de las partes sufre importantes

⁸¹ En este sentido ASENSIO MELLADO, J.M.: Op. cit., página 257.

⁸² GIL PLANA, J.: Op. cit., página 109.

limitaciones probatorias al aplicarse las reglas del art. 217.2 y 3 LEC. Tal como hemos afirmado, la disponibilidad asume un papel modalizador del criterio general de la naturaleza de los hechos, no es un principio sustitutorio ni excluyente, sino un principio corrector de las insuficiencias que genera la propia regla general; por lo tanto, en principio va a tener utilidad en supuestos o situaciones concretas.

Ahora bien, el carácter complementario no implica que estemos ante un criterio meramente excepcional o residual, sino que tiene plena aplicación en aquellos procesos caracterizados por un desequilibrio natural y esencial entre las partes. Aquí la disponibilidad tiene tanta importancia como la naturaleza de los hechos a efectos de la distribución de la carga de la prueba⁸³. En definitiva, en el proceso laboral estos criterios no se van a limitar a tener una aplicación puntual y de escasa relevancia; sino que deben tener una especial trascendencia.

Es evidente que la existencia de un criterio de modalización de la carga de la prueba en base a la disponibilidad o facilidad probatoria, tiene un impacto importante en la regulación laboral, pues en el ámbito de las relaciones subordinadas de trabajo el empresario ocupa una posición de privilegio: al ser el quien gestiona la empresa, ha de tener un acceso de primera mano sobre la prueba. La desigualdad jurídica y económica que existe en la relación laboral se proyecta también al ámbito del proceso laboral y especialmente en materia de prueba, pues el empresario tiene un dominio y proximidad respecto de la prueba de los hechos que ha de ser objeto del proceso⁸⁴.

El empresario, con enorme frecuencia, tendrá en su poder, debido a su posición, todo un conjunto de pruebas documentales, que resultan, no ya de difícil, sino de imposible acceso para el trabajador. De igual modo, si ha instalado mecanismos de control del desarrollo de la prestación (desde instrumentos mecánicos de control

⁸³ Así GIL PLANA, J.: Op. cit., página 109.

⁸⁴ En este sentido GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: Op. cit., página 181.

del horario, hasta cámaras de video, pasando por meros documentos de control), estos resultan ajenos al trabajador, mientras que están en propiedad o posesión del empresario. También la posición empresarial puede resultar determinante, no ya por ser titular de pruebas, sino por el conocimiento que pueda tener de diferentes aspectos probatorios; por ejemplo, la localización de clientes de la empresa que pueden resultar necesarios para la defensa del trabajador como testigos. En definitiva, en todos estos casos el trabajador tiene una posición de absoluta inferioridad, de práctica impotencia para acceder a la prueba, mientras el empresario tiene un control directo de la prueba⁸⁵; es en casos o situaciones como las descritas en los que resulta de plena y absoluta utilidad los criterios de facilidad y disponibilidad a los que se alude por el art. 217.7 LEC. De igual manera ocurre en la relación entre un beneficiario o solicitante de una prestación frente a la entidad gestora, pues esta es el sujeto que tiene el dominio y control del expediente administrativo en el que van a constar la mayor parte de pruebas que hayan de tenerse en cuenta en un proceso en materia de Seguridad Social. Como vemos el trabajador, por su posición subordinada, por su dependencia económica y jurídica, ocupa una posición de debilidad que hace tremendamente gravosa la prueba; de ahí el interés que tiene el criterio de disponibilidad y facilidad probatoria.

4.3 Supuestos de aplicación.

En cuanto a posibles situaciones en las que se utilice este principio de disponibilidad o facilidad probatoria, debemos reconocer como se ha planteado en diversos ámbitos. Así, podemos encontrar cómo la doctrina del TC sobre la carga de la prueba en casos de discriminación o violación de un derecho fundamental, que se inspira realmente en la proximidad a las fuentes de prueba y la disponibilidad de las mismas, acabó incorporándose al la LPL (arts. 96 ó 179.2 LPL).

También tiene importancia esta doctrina en el ámbito de la existencia o inexistencia de vacante cuando se solicita el reingreso por el trabajador tras disfrutar

⁸⁵ Sobre esta cuestión JUANES FRAGA, E.: "La prueba en el proceso de trabajo: novedades de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en AA.VV., "El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil", Lex Nova, Valladolid 2001, página 385.

una excedencia voluntaria. Cuando se demanda a la empresa por negar el reingreso, el trabajador debería probar como hecho constitutivo de la misma la existencia de vacante. Si la empresa tiene ciertas dimensiones, el trabajador será incapaz de conocer la existencia o no de tales vacantes, mientras que el empresario, por ocupar dicha posición y gestionar el empleo en la empresa, ha de conocer perfectamente y de manera directa tal cuestión⁸⁶. Es por ello que hacer recaer la carga de probar la existencia de vacante sobre el trabajador, limita, cuando no imposibilita realmente, la capacidad procesal que éste pueda tener. Ha de ser el empresario, quien dispone de tal información quien tenga la carga de probar la inexistencia de la vacante⁸⁷. De hecho, ya con anterioridad a la vigente LEC la jurisprudencia laboral se había manifestado en esta dirección⁸⁸, habiéndose extendido este planteamiento a la jurisprudencia constitucional⁸⁹. En todo caso, debe subrayarse que no se trata en modo alguno de una inversión de la carga de la prueba, sino de la valoración judicial de las distintas posibilidades de prueba que tienen las partes procesales⁹⁰. En este sentido se ha manifestado justamente la jurisprudencia más

⁸⁶ En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: “Las excedencias en Derecho del Trabajo”, Comares, Granada 1998, páginas 117 y 118.

⁸⁷ Sobre esta cuestión vid. MARTINEZ GARRIDO, L.R.: Op. cit., página 272.

⁸⁸ Vid. al respecto la STS de 29 de noviembre de 1988, RJ 1989\2993. Entre los TSJ vid. las SS de Cataluña de 22 de mayo de 2001, AS 2001\1138; Cataluña de 11 de julio de 2000, AS 4016; Cataluña de 3 de julio de 2000, AS 2000\4013.

⁸⁹ STC 484/1984: “Basar la desestimación de la demanda exclusivamente en el hecho de que no se ha acreditado la existencia de una vacante supone una falta de tutela judicial efectiva y un desconocimiento del derecho de la recurrente a ser tratado en condiciones de igualdad. El reconocimiento judicial de este derecho de la recurrente exige que la empresa pruebe que desde el momento de la notificación de la sentencia no se ha producido vacante alguna de igual o similar categoría (...) al no haber probado la empresa la inexistencia de plaza vacante a la que el solicitante pueda reincorporarse, no existe causa razonable para la negativa de la reincorporación”. De igual modo la STC 33/1986, que además de lo anterior señala que “El reconocimiento judicial de este derecho de la recurrente exige que la empresa pruebe que desde el momento de la notificación de la Sentencia no se ha producido vacante alguna de igual categoría o similar (...)”.

⁹⁰ En este sentido la STS de 10 de noviembre de 1986, RJ 1986\6312: “(...) La Sala ha tenido la oportunidad de sentar que no puede darse al «onus probandi» una apreciación rigurosa y rígida que obstaculice o elimine el ámbito propio de la apreciación de la prueba por el Magistrado «a quo», como en este caso sucede, en el que ha llegado a la conclusión de que el empresario ha sido el que ha debido acreditar la no existencia de vacantes en la empresa, sin que ello signifique, como afirma el recurrente, una inversión de la carga de la prueba—admitida, en su caso, por la doctrina de la Sala, «sino simplemente ha tenido presente la posición real de las partes ante las posibles fuentes para obtener la prueba idónea, en cuanto resalta que la demanda tiene todas las posibilidades de acreditar el hecho nuclear del proceso»”. De igual manera la STS de 25 de febrero de 1986, RJ 1986\823.

reciente sobre la excedencia voluntaria, partidaria de aplicar el principio de disponibilidad o facilidad a estos supuestos⁹¹.

Otro ámbito de aplicación sería el de los procesos sobre clasificación profesional, en aquellos casos en los que la reasignación de puestos de trabajo depende no sólo de tener una determinada titulación, sino de haber demostrado conocimientos prácticos. En estos casos es evidente que la carga de la prueba sobre ausencia de tales conocimientos ha de recaer sobre el empresario, pues la prueba sería imposible para el trabajador⁹².

⁹¹ En este sentido la STS de 6 de octubre de 2005, RJ 2006\105: “Esta Sala ha tenido ya ocasión de ocuparse del problema relativo a la atribución de la carga probatorio sobre algunos aspectos de la relación laboral, ya bajo la vigencia de la actual LEC, cuyo art. 217 ha venido a sustituir la regulación que en la materia se contenía anteriormente en el citado art. 1214 Cc. Nuestra Sentencias de 25 de enero de 2005, refiriéndose a un supuesto de falta de liquidez de la empresa, pero siendo su doctrina aplicable perfectamente extensible a la situación que aquí nos ocupa—existencia o inexistencia de vacante a efectos de reingreso de un excedente voluntario-, razonaba en los siguientes términos: (...) la carga gravitaria sobre el operario por aplicación también del propio apartado 2, porque podría interpretarse que esta alegación constituiría la base de su pretensión en el sentido de que la puesta a su disposición de la indemnización fuera simultánea a la comunicación del cese, o incluso de su pretensión acerca de que la falta de simultaneidad, al ser injustificada, motivara también el desajuste a derecho de la decisión de despido.- En evitación de los inconvenientes a los que acabamos de aludir, parece lo más acertado acudir al criterio doctrinalmente conocido como de la proximidad o facilidad probatoria, ya consagrado por nuestra jurisprudencia bajo la vigencia del art. 1214 Cc, siendo de citar a este respecto, entre otras, las Sentencias de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 10377), 17 de julio de 1989 y 23 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6352), conforme a las cuales la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte. Criterio éste que en la actualidad ya viene legalmente consagrado (...) Pues bien: no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho”. Entre los TSJ y desde la entrada en vigor de la vigente LEC podemos ver las Sentencias de Canarias de 24 de enero de 2007, AS 2007\1962; Cataluña de 16 de enero de 2006, AS 2006\4445; de Extremadura de 5 de diciembre de 2003, AS 2004\180; Cataluña de 25 de febrero de 2003, AS 2003\1943.

⁹² En este sentido la STSJ de Castilla y León de 27 de junio de 2005, JUR 2005\175674: “(...) deviene imposible para el trabajador la prueba de poseer el resto de los conocimientos prácticos necesarios para el correcto desempeño de las tareas inherentes a tales puesto; es esa imposibilidad de prueba por parte del trabajador la que justifica que se haga recaer sobre la empleadora la carga de acreditar la falta de aptitud por ella sostenida, y ello como consecuencia de lo dispuesto en el art. 217.6 LEC (...)”.

En líneas generales podríamos afirmar que cuando el objeto de la prueba consista en demostrar hechos o circunstancias que afectan a datos internos de la empresa; salvo que los mismos sean públicos y evidentes, ha de ser la empresa quien deba soportar la carga de la prueba. En estos casos son obvias las dificultades que tiene el trabajador a la hora de poder acceder a este material probatorio. En este sentido, por ejemplo, se ha defendido por la doctrina que aspectos tales como la prueba de la existencia de causas de despido colectivo (recordemos que son causas atinentes a la empresa), o el número de trabajadores con que cuenta la empresa a los efectos de delimitar el despido objetivo o colectivo, debe corresponder a la empresa la carga de la prueba y no al trabajador⁹³.

Sin embargo, es posible detectar importantes resistencias a la aplicación del principio de disponibilidad en supuestos en los que, desde mi punto de vista, debería ser empleado. Es el caso de la existencia de despido cuando este es verbal o tácito, pues sigue imponiéndose al trabajador la carga de probar la existencia del acto extintivo (se trata claramente de un hecho constitutivo de la demanda), cuando este no dispone de posibilidad práctica de conseguirlo⁹⁴. Pesa más el interés de evitar posibles demandas abusivas del trabajador sobre despidos o extinciones ficticias, que facilitar la posición probatoria del trabajador. Un supuesto similar al anterior es el de las horas extraordinarias: se impone (al ser un hecho constitutivo) al trabajador demandante la carga de probar que las horas extraordinarias se han realizado⁹⁵, así como el número de las mismas; cuando es evidente que en pocos casos el trabajador dispone de medios de prueba eficaces para poder demostrarlo⁹⁶. Se trata, por lo tanto, de un ámbito en el que el principio de disponibilidad podría ser aplicado perfectamente⁹⁷, siendo posible encontrar alguna resolución en este sentido⁹⁸.

⁹³ Así, ALEMAÑ CARO, J.: "La carga de la prueba en el proceso laboral", *Tribuna Social* nº 136, página 32.

⁹⁴ MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Op. cit.*, página 278.

⁹⁵ En este sentido la STS de 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7532.

⁹⁶ Sobre esta cuestión podemos señalar a GARCIA FERNANDEZ, M.: *op. cit.*, página 395.

⁹⁷ En este sentido ALFONSO MELLADO, C.L.: *Op. cit.*, página 19.

⁹⁸ Así las STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2007, AS 2007\2025; Navarra de 10 de septiembre de 2004, JUR 2004\282455; Cataluña de 7 de marzo de 2003, JUR 2003\129499.

Otro supuesto en el que se detectan resistencias lo encontramos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del empresario en caso de riesgos profesionales (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales). Hay sectores doctrinales que apuestan por una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva del empresario en estos casos. Esta puede alcanzarse a través de la carga de la prueba⁹⁹: con carácter general ha de corresponder al trabajador la prueba de la existencia de culpabilidad por parte del empresario, así se deduce del art. 217.2 LEC. No obstante, las dificultades probatorias que se deducen de un marco productivo cada vez más complejo, en el que predomina la tecnología, dificultan enormemente las posibilidades probatorias del dañado. De ahí que en ocasiones la jurisprudencia haya optado por hacer recaer la carga de la prueba sobre el empresario¹⁰⁰: una vez que el trabajador ha demostrado la existencia del daño y de que está ocasionado por un incumplimiento empresarial de la normativa de prevención, existiendo un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento; a partir de aquí, la culpa o negligencia se presume, por lo que le corresponderá a el empresario demostrar que ha actuado de una manera diligente¹⁰¹. En definitiva, el empresario ha de demostrar que ha cumplido con la diligencia exigible en cada caso; o bien que el daño se debe a caso fortuito o fuerza mayor¹⁰². Sin embargo, la jurisprudencia del TS apuesta claramente por una responsabilidad subjetiva, por lo que un planteamiento de estas características apenas si ha tenido impacto jurisprudencial.

Por último, debemos distinguir el juego del criterio de disponibilidad o facilidad de la aplicación aparentemente flexible de los arts. 217.2 y 3 LEC, pues hay situaciones en las que aparentemente se produce una alteración, cuando en realidad no es sino una aplicación lógica de las reglas generales sobre carga de la prueba. Por ejemplo, en caso de las reclamaciones de salario, el trabajador no tiene que demostrar la falta de pago, pues estaríamos ante una prueba negativa e imposible. Por el contrario, el trabajador debe demostrar que tiene derecho al salario (pues

⁹⁹ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales”, Tecnos, Madrid 2006, páginas 80 y ss.

¹⁰⁰ En este sentido APARICIO TOVAR, J.: Op. cit., página 554.

¹⁰¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2001, AS 1538.

¹⁰² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., ELLACURIA BERRIO, J.M. e ITURRATE ANDECHAGA, J.M.: Op. cit., página 38; IGLESIAS CABERO, M.: Op. cit., página 68.

existe una relación laboral), habiéndose devengado el mismo en una determinada cuantía (según lo establecido en contrato de trabajo o más habitualmente en convenio colectivo). A partir de aquí corresponde al empresario demostrar el pago¹⁰³. No se trata de que al empresario se le impute esta carga de la prueba por estar más cerca de las fuentes de prueba, sino que estamos ante el juego ordinario de los arts. 217.2 y 3 LEC, pues el pago es un hecho extintivo de la obligación¹⁰⁴.

Es cierto que en estos casos la carga de la prueba es muy reducida aún tratándose de hechos constitutivos, pero es claro que asume su parte correspondiente de carga. Para constatar que es así, podemos, dentro del ámbito de la reclamación salarial, recordar supuestos en los que no es tan simple la posición del trabajador: la reclamación de comisiones. En este caso la prueba del devengo se realiza a

¹⁰³ Podemos ver así la STS de 2 de marzo de 1992, RJ 1992\1608: "(...) el art. 1214 CC impone al actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impositivos o extintivos de la misma; que la aplicación de este principio a la reclamación de pago de cantidad por salarios devengados y no percibidos determina que el reclamante venga obligado a demostrar la prestación de los servicios cuyo pago reclama y, en consecuencia, el devengo del salario correspondiente a los mismos, y que es al demandado, que excepciona el pago, al que incumbirá la carga de probar dicho pago". De igual modo la STS de 22 de julio de 1991, RJ 1991\6837: "La prueba del pago como hecho extintivo de la obligación corresponde al deudor (...)"; también la STS de 12 de julio de 1994, RJ 1994\6553: "El motivo debe además estimarse, porque, de conformidad al art. 1214 del Código Civil, corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de los hechos extintivos o impositivos, por lo que habiendo probado las demandantes las vigencias del vínculo laboral hasta el 18 de mayo de 1990 debe mantenerse la condena realizada en la instancia". De igual modo la STS de 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7532, sobre paga de beneficios: "(...) la misma está reconocida en el Convenio Colectivo aplicable, está justificado su devengo, correspondiendo la prueba de pago, no producida, al demandado"; en idéntico sentido y también sobre participación en beneficios, la STS de 14 de junio de 1986, RJ 1986\3545. De igual modo, este planteamiento se extiende a los Tribunales Superiores de Justicia: STSJ de Madrid de 25 de junio de 2007, AS 2007\2740; Cantabria, 2 de febrero de 2007, JUR 2007\218983; Cataluña de 28 de septiembre de 2007, JUR 2007\118514; Madrid de 22 de noviembre de 2006, JUR 2006\39755; Cataluña de 13 de mayo de 2003, JUR 2003\160557; Cataluña de 27 de noviembre de 2001, AS 2002\147; Castilla y León de 25 de noviembre de 2002, JUR 2003\32159.

¹⁰⁴ STSJ de Navarra de 13 de junio de 2002, AS 2000\2739; o la STSJ de La Rioja de 26 de noviembre de 1998, AS 1998\7603.

través de la documentación de las operaciones realizadas¹⁰⁵. Es habitual que en el caso de representantes de comercio, estos conserven la documentación relativa a las operaciones que han conseguido, pues una buena parte de su retribución obedece justamente a esta causa. Sin embargo, la comisión no es exclusiva de representantes de comercio, ni tiene que ser esencial (en su cuantía) para el trabajador, de manera que no es extraño encontrar supuestos en los que el trabajador, conseguido el negocio o la operación, remite al cliente a la empresa para que la formalice. En estos casos puede ocurrir que no conserve (pues no lo tramita directamente) la documentación de la operación mercantil. En este caso si sería posible la aplicación del principio de disponibilidad en beneficio de la posición del trabajador ante la carga de la prueba¹⁰⁶. En general, cuando la aplicación de una determinada cuantía salarial depende de circunstancias a las que el trabajador no puede acceder por sí mismo, dependiendo de datos que facilita la empresa, le corresponderá a ésta la carga de la prueba, siendo una consecuencia de la doctrina de la facilidad probatoria¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Vid. en este sentido la STS de 25 de septiembre de 1989, RJ 1989\6489: “(...) corresponde al trabajador demandante acreditar los hechos constitutivos de su pretensión –conforme dispone el artículo 1214 del Código Civil que denuncia como infringido–, pues al ser representante de comercio debe conservar debidamente documentadas las operaciones que realizó y el importe de las comisiones que por ellas le corresponden percibir”. De igual modo la STS de 12 de septiembre de 1989, RJ 1989\6435; también las SS.TS de 31 de mayo de 1986, RJ 1986\2545 y 27 de junio de 1989, RJ 1989\4851.

¹⁰⁶ En similar sentido la STSJ de Extremadura de 5 de enero de 2006, AS 2006\12.

¹⁰⁷ Podemos ver la jurisprudencia existente en materia del cobro de complementos por parte de los facultativos de un servicio público de salud, cuando dicho cobro depende del número de beneficiarios de asistencia sanitaria que estén asignados al facultativo. Así la STSJ de Valencia de 15 de septiembre de 2005, AS 2005\3104: “(...) La Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, en su art. 217.6 al regular la carga de la prueba, exhorta al Tribunal a tener presente su disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio, y aunque en este caso el actor debió acreditar que la cantidad reclamada responde a un número de beneficiarios de asistencia sanitaria asignados a su cupo, lo cierto es que nunca dispuso de éste dato, a pesar de haberlo reclamado de manera insistente”. En el mismo sentido las SS.TSJ de Valencia de 9 de mayo de 2005, JUR 2005\198311; Valencia de 20 de abril de 2005, JUR 2005\11724; Valencia de 10 de marzo de 2004, AS 2004\3029; Valencia de 10 de diciembre de 2004, JUR 2004\165112; Valencia de 2 de diciembre de 2004, JUR 2004\165438; Valencia de 19 de junio 2004, AS 2004\968; Valencia de 31 de enero de 2002, AS 2002\3235.

Las huelgas en Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional

Alfredo Villavicencio Ríos

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y profesor de grado y post-grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Inmerso en un inédito crecimiento económico, nuestro país no muestra, sin embargo, un auge similar en el campo de las relaciones laborales, que las lleve a ocupar el acentuado rol redistributivo y de equilibrio social que les corresponde en un Estado Social y Democrático de Derecho, haciendo válidas afirmaciones como las de Javier Iguñiz y Julio Gamero que señalan que el debilitamiento de la tutela legal y sindical de los años 90 ha llevado a que los derechos laborales no permitan una mejora salarial ni siquiera tras más de 80 meses de crecimiento económico sostenido.

En un contexto dictatorial (la década de Fujimori con que concluyó el siglo XX), o de restauración democrática fundamentalmente política (lo que llevamos andado en el siglo XXI), las organizaciones sindicales han tenido que enfrentar un marco estatal, económico, político y productivo contrario a su surgimiento y actuación, por lo que se han ido debilitando hasta encontrarse ahora muy lejos de los niveles de presencia que tuvieron en los años 70 y 80. Ciertamente es que a partir del 2007 parece marcarse un repunte que rompe la tendencia de los 4 últimos lustros, y no sólo por las horas no laboradas por huelgas, sino por el crecimiento del número de organizaciones y delegados sindicales; pero, como es obvio, resulta temprano para extraer conclusiones definitivas al respecto.

1. Un derecho fundamental casi sin lugar en la legalidad

La huelga forma parte inescindible de una práctica social de organización y negociación de los trabajadores, en defensa de sus intereses (libertad sindical en términos jurídicos), que, desde fines de la segunda década del siglo pasado fue consagrada constitucionalmente como derecho fundamental (Constituciones de Querétaro, México 1917 y de Weimar, Alemania 1919).

Esta máxima valoración jurídica no fue gratuita, sino que es una de las señas de identidad del Estado Social de Derecho que sustituyó al liberalismo, tras la revolución rusa. El capitalismo inicial, irrumpió en la historia llevando a su máximo extremo a la filosofía individualista y la concepción económica liberal, sacralizando las leyes del mercado, generando Estados abstencionistas y proscribiendo cualquier intento de afirmar la existencia de intereses colectivos diferentes del individual y del general.

En el ámbito de las relaciones laborales, el emblemático trabajo asalariado, tiene como características esenciales la diferencia de poder entre las partes y la conflictividad, de allí que insertado en un esquema liberal, no puede dar otro resultado que lo que los historiadores llamaron como *la cuestión social*, es decir niveles de explotación inimaginables que, enmarcados en una impermeabilidad total del Estado frente a los intereses de los trabajadores, no pudieron conducir sino al surgimiento de ideologías revolucionarias, que en 1917 hicieron patente que la amenaza era real.

Había que salvar, pues, al capitalismo de los propios capitalistas, en función de lo cual se decidió pragmáticamente abrir el paso a la intervención del Estado y a la actuación de los sujetos colectivos, como instrumentos dirigidos a equilibrar no sólo las relaciones laborales sino el sistema social en su conjunto, al permitir que los intereses de las grandes masas de trabajadores fueran tenidos en cuenta en sus centros de trabajo y también en la elaboración de las políticas públicas. Había que sustituir el cuestionamiento revolucionario por la paulatina identificación de los distintos componentes sociales con el sistema, y para ello, no sólo se debía dejar atrás el modelo excluyente, sino que se debía construir otro que tuviera en la cohesión social la garantía de su sobrevivencia.

De esta forma, y por realismo político, se construye un nuevo pacto social, que sintéticamente puede resumirse en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa, siempre y cuando se ejerzan dentro de ciertos límites, que se establecían fundamentalmente en las normas laborales estatales y pactadas, siendo que estas últimas pasaron a tener una consideración privilegiada, tanto en su resultado normativo (convenio colectivo) cuanto en su configuración como el más idóneo mecanismo de procesamiento y composición de los intereses de los trabajadores y empleadores (lo que se denominó luego como Derecho del Trabajo).

Así, los sindicatos se configuraron como sujetos constitucionalmente relevantes, jugando un rol fundamental en el equilibrio industrial y social, a partir de la canalización y solución del conflicto surgido alrededor del trabajo asalariado. A tal punto que prominentes pensadores occidentales (Giugni, Kahn-Freund, Lyon-Caen) han evaluado la democrática de una sociedad a partir del grado de vigencia real de la libertad sindical.

La materialización de este nuevo pacto social ha dado sus mejores resultados en Europa (y, entre nosotros, en Uruguay), generando sociedades que combinan las menores cuotas de desigualdad social (ver índice Gini) y las mayores de cohesión social y democracia, y ha tenido su menor desarrollo en gran parte de los países latinoamericanos, muchos de los cuales, entre los que destaca el Perú, tienen acentuados rasgos de *República Revlon*, es decir, de país en el que, por muy diversas y profundas razones, lo que prima es simplemente lo cosmético, el maquillaje institucional, dado que se han copiado las formas pero no las convicciones y el entramado social a que éstas han dado lugar.

Un ejemplo claro de lo dicho puede verse en el ámbito de la huelga, cuya máxima valorización social y política ha llevado a un reconocimiento constitucional unánime (directa o indirectamente, lo que no significa que sea un derecho absoluto, puesto que tiene que ejercerse respetando los servicios esenciales) y, sin embargo, en los sistemas laborales latinoamericanos, nuevamente en especial en el peruano y con la salvedad del uruguayo, su vigencia es muy reducida, dados los grandes obstáculos normativos, administrativos y sociales que tiene que superar.

Al respecto, y a vuelo de pájaro, podemos citar, en primer lugar, las 16 observaciones que el Comité de Libertad Sindical de la OIT formuló a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuyo capítulo de huelga es reconocido unánimemente como la parte más restrictiva de una norma esencialmente limitadora. En segundo lugar, el hecho que las únicas observaciones pendientes de levantar, sean precisamente las de huelga. Y, en tercer lugar, la constatación histórica de que prácticamente todas las huelgas son declaradas improcedentes e ilegales en nuestro país (salvo cuando Carlos Blancas y Javier Neves fueron Ministros), a pesar de que un gran número cumple con los requisitos exigidos. Valga como ejemplo una reciente declaración de improcedencia de una huelga porque el preaviso dirigido al Ministerio de Trabajo no venía suscrito por la totalidad de miembros de la Junta Directiva del Sindicato, siendo que la única firma que faltaba era la de un dirigente que había fallecido.

Estamos, pues, como ha resaltado Oscar Ermida¹, ante una paradoja funcional: en el plano teórico general, de los principios y las grandes abstracciones, se sostiene la normalidad y, más aún, la esencialidad del conflicto en las relaciones laborales, pero a su vez, cuando se abordan casos concretos, se tiende a limitar las hipótesis de licitud del conflicto y a ampliar las formas de ejercicio de la huelga consideradas anómalas.

No se duda, pues, en decir que se trata de un derecho del más alto rango, un valor constitucional de referencia, que por lo tanto debería poder ejercitarse con gran amplitud, a la par que se aprueba una regulación cuestionada por la OIT por ser excesivamente restrictiva (por permitir una única modalidad y con requisitos excesivos para llevarla a cabo), a lo que se le agrega una actuación administrativa que, como veremos posteriormente, imposibilita en la práctica el ejercicio de tan relevante derecho. Esta situación empeora todavía más, si tenemos en cuenta, como se verá posteriormente, que la causa principal de las huelgas es el incumplimiento de normas legales o convencionales, es decir, la inoperancia del Estado para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, "La flexibilización de la huelga", FCU, Montevideo, 1999, pág. 9.

Se podrá decir que esa es nuestra patente histórica, pero justamente por lo mismo el gobierno tiene la obligación de comenzar a construir un modelo de relaciones sociales a partir de consensos no sólo políticos sino también sociales. No hay condena divina a vivir disgregados y enfrentados, por lo que habría que insistir, con la misma terquedad con que tropezamos cada día con estas piedras, en la necesidad de que los distintos poderes formales y fácticos busquen transformarse de únicamente dominantes en dirigentes, con toda la visión de futuro desarrollo conjunto que ello reclama. El pregonado y propagandizado Estado mínimo vuelve a estar en cuestión por las necesidades sociales, y ya tenemos un siglo de atraso respecto de quienes superaron tales problemas a partir de mayor cohesión social y democracia.

2. Huelgas y negociación colectiva entre los dos gobiernos apristas

La apreciación de la conflictividad laboral en el Perú de los últimos 22 años, para comenzar con los datos previos a la reforma laboral fujimorista, muestra un claro declive en todos los rubros: número de huelgas, trabajadores comprendidos y horas-hombre no laboradas², como se ve en el Cuadro N° 1.

Teniendo a la vista el rubro de horas-hombre no laboradas, el tema resulta muy elocuente, pudiendo anotarse que la sumatoria de todas las horas no laboradas por huelgas desde el inicio de la reforma laboral (1991) hasta el 2007 fueron 25'308,958, es decir, 2/3 partes de las que se dejaron de trabajar por esta causa en un solo año: 1988. Yendo al otro extremo, la suma de las horas dejadas de laborar del 2000 al 2007, es de 6'188,801, es decir, 2/3 partes de las correspondientes a 1987, el año más bajo en este rubro en el quinquenio final de la década de los 80.

Esta enorme diferencia de horas hombre no laboradas se explica por la reducción de la actividad reivindicativa producto de la disminución de negociaciones

² En las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se habla de horas-hombre perdidas por huelgas, pero nosotros preferimos nombrarlas como horas-hombre no laboradas para evitar la connotación negativa de la primera expresión.

Cuadro N° 1

HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE
NO LABORADAS EN EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN AÑOS
1985 - 2007
NIVEL NACIONAL

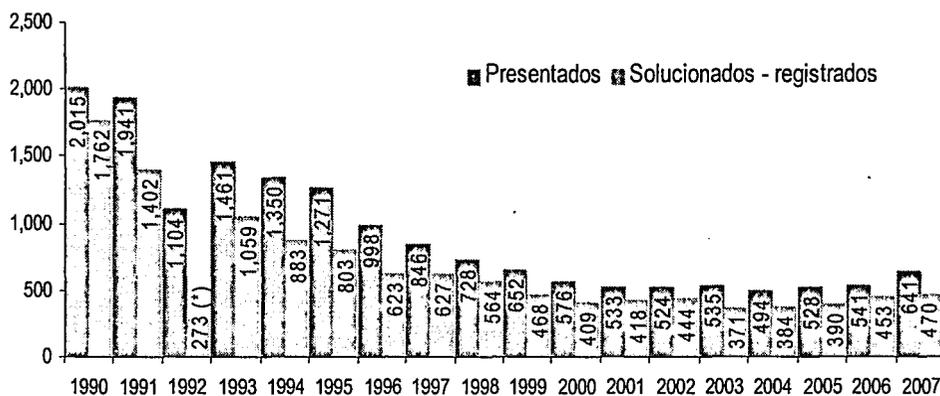
| Años | Huelgas | Trabajadores comprendidos | Horas-hombres no laboradas |
|-------------|----------------|----------------------------------|-----------------------------------|
| 1985 | 579 | 237,695 | 12,228,220 |
| 1986 | 648 | 249,374 | 16,867,444 |
| 1987 | 720 | 309,407 | 9,067,930 |
| 1988 | 814 | 693,252 | 38,274,969 |
| 1989 | 667 | 208,235 | 15,223,166 |
| 1990 | 613 | 258,234 | 15,067,880 |
| 1991 | 315 | 180,728 | 8,880,886 |
| 1992 | 219 | 114,656 | 2,319,379 |
| 1993 | 151 | 41,474 | 2,167,764 |
| 1994 | 168 | 62,940 | 1,936,647 |
| 1995 | 102 | 28,182 | 1,048,753 |
| 1996 | 77 | 36,242 | 1,399,886 |
| 1997 | 66 | 19,196 | 319,414 |
| 1998 | 58 | 17,333 | 323,168 |
| 1999 | 71 | 52,080 | 724,260 |
| 2000 | 37 | 5,280 | 181,691 |
| 2001 | 40 | 11,050 | 488,930 |
| 2002 | 64 | 22,925 | 912,648 |
| 2003 | 68 | 37,323 | 881,362 |
| 2004 | 107 | 29,273 | 582,328 |
| 2005 | 65 | 19,022 | 478,738 |
| 2006 | 67 | 19,565 | 446,584 |
| 2007 | 73 | 48,096 | 2,216,520 |

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

colectivas a nivel de empresa y la desaparición de la misma a nivel de rama de actividad, con la sola excepción, en este último caso del sector construcción civil que recuperó en el 2004 su ámbito negocial y desde la fecha ha aprobado convenios colectivos en trato directo sin necesidad de recurrir a la huelga. En el gráfico N°1, se puede ver como tanto los pliegos como los convenios se redujeron en un

75%, mostrándose también una inflexión en el 2007 que habrá que ver si se confirma como tendencia.

Gráfico N° 1
Pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados
1990-2007



(*) Data correspondiente a Lima Metropolitana

Pero no sólo es eso. Hay un porcentaje significativo de horas no laboradas por paros nacionales convocados por las centrales sindicales para luchar contra la política económica y laboral de los gobiernos, cuya realización desapareció a comienzos de los años 90 y que recién comienza a reaparecer este año (2008) con el paro llevado a cabo por las dos principales centrales sindicales (CGTP y CUT) el 9 de julio.

También se debe señalar, teniendo a la vista el Cuadro N° 1, que si bien hay un incremento notorio en el campo de los trabajadores involucrados y de las horas hombre, ello no responde a una ola huelguística, puesto que el número de paralizaciones es más bien similar al de años anteriores, explicándose por una mezcla de diversos factores, entre los que se pueden mencionar a una importante huelga sectorial, la duración de los conflictos y el surgimiento de nuevos sindicatos y de delegados de personal, como veremos posteriormente.

Demos, a continuación, una mirada a lo que viene aconteciendo en materia de movimiento huelguístico en el año 2007, en la medida en que se consolidan algunas tendencias cualitativas generales, refiriéndonos a otros años, cuando haya un cambio cuantitativo o cualitativo relevante³.

3. La microconflictividad obrera como rasgo estructural

Vamos a comenzar el análisis por el rubro tipo de organización sindical, en la medida que ello permite vislumbrar algunas señas centrales de nuestro sistema de relaciones laborales.

Cuadro N° 2

NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE
PERDIDAS EN EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN ORGANIZACIÓN SINDICAL 2007

| ORGANIZACIÓN SINDICAL | HUELGAS | | TRABAJADORES COMPRENDIDOS | | HORAS - HOMBRE PERDIDAS | |
|------------------------|----------|--------|---------------------------|--------|-------------------------|--------|
| | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % |
| SINDICATO DE EMPLEADOS | 2 | 2.74 | 95 | 0.2 | 1,310 | 0.06 |
| SINDICATO DE OBREROS | 37 | 50.68 | 10,027 | 20.85 | 362,530 | 16.36 |
| SINDICATO ÚNICO | 16 | 21.92 | 12,836 | 26.69 | 533,544 | 24.07 |
| DELEGADOS DE EMPLEADOS | - | - | - | - | - | - |
| DELEGADOS DE OBREROS | 16 | 21.92 | 5,602 | 11.65 | 704,632 | 31.79 |
| FEDERACIÓN | 2 | 2.74 | 19,536 | 40.62 | 614,504 | 27.72 |
| TOTAL | 73 | 100.00 | 48,096 | 100.00 | 2,216,520 | 100.00 |

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

³ Para tales efectos, utilizaremos la información estadística presentada en dos publicaciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: "Las huelgas en el Perú 2007", Oficina de Estadística e Informática, Lima 2008; y "Anuario estadístico 2007", Oficina de Estadística e Informática, Lima, 2008.

A la luz de tales datos se puede resaltar el carácter hiper-descentralizado de nuestro sistema de relaciones laborales, al girar la actividad conflictiva alrededor de los sindicatos y de los delegados de obreros, teniendo en cuenta que estos últimos son una forma no institucionalizada de actuación sindical, que se presenta fundamentalmente en las empresas en las que no se puede o no existe un sindicato propiamente dicho (son elegidos por la mayoría absoluta de los trabajadores). Al respecto, les corresponden más del 97% de las huelgas, casi el 60% de los trabajadores comprendidos y más del 70% de las horas hombre no laboradas.

Dentro de ellos, destaca la preponderancia del mundo obrero organizado, que es responsable por $\frac{3}{4}$ partes de las huelgas y tiene en la forma menos institucionalizada (delegados) al mayor porcentaje de horas hombre no laboradas, 31.79%, a lo que si le agregamos el 16.36% de las correspondientes a sindicatos de obreros deja ver que el mundo obrero organizado tiene más de la mitad de las horas hombre involucradas en conflictos laborales.

Finalmente, en el 2007, y no en años anteriores, ha tenido especial relevancia la huelga sectorial llevada a cabo por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú, que da cuenta del 27.72%, de las horas dejadas de laborar, en un conflicto no vinculado con la negociación colectiva, habida cuenta que ésta no puede llevarse a cabo a este nivel porque los empleadores peruanos son totalmente reticentes a materializarla en cualquier ámbito supraempresarial. Esta es una de las causas que explican de manera más convincente el antes señalado carácter hiper-descentralizado de nuestro sistema de relaciones laborales.

También apunta a explicar el repunte de la conflictividad laboral, el incremento significativo de delegados y sindicatos inscritos en el registro sindical, que, como se ve en el Cuadro N° 3, llega a un 50%, en el primer caso, y a un 60%, en el segundo. A diferencia del anterior, este elemento si tiene una proyección más clara, en la medida que consolida una tendencia al alza con un fuerte salto hacia adelante.

Cuadro N° 3
NIVEL NACIONAL REGISTROS SINDICALES
EN EL SECTOR PRIVADO 1993 – 07

| AÑOS | REGISTROS SINDICALES | | | |
|------|----------------------|------------|--------------|-----------------|
| | DELEGADOS | SINDICATOS | FEDERACIONES | CONFEDERACIONES |
| 1993 | 80 | 180 | 3 | - |
| 1994 | 89 | 100 | 8 | - |
| 1995 | 46 | 87 | 5 | - |
| 1996 | 72 | 52 | 1 | - |
| 1997 | 67 | 47 | - | - |
| 1998 | 79 | 47 | - | - |
| 1999 | 68 | 37 | 3 | - |
| 2000 | 85 | 38 | 3 | - |
| 2001 | 80 | 89 | 4 | - |
| 2002 | 91 | 114 | 2 | - |
| 2003 | 95 | 147 | 1 | - |
| 2004 | 72 | 86 | 4 | - |
| 2005 | 121 | 118 | 1 | - |
| 2006 | 106 | 123 | 10 | 2 |
| 2007 | 158 | 196 | 10 | - |

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
 Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

4. El incumplimiento de normas legales y convencionales como causa principal de las huelgas

Si nos acercamos al universo de las causas de las huelgas en el 2007, y casi lo mismo sucede con los años anteriores, veremos que el campo tradicional de la negociación colectiva no es el principal contribuyente a la bolsa de horas no laboradas por huelga, sino que suma tan sólo el 18.55%, en tanto que el incumplimiento de normas legales y el despido ocupan largamente los primeros lugares, con 45.08% y 33.01%, respectivamente, como se ve en el Cuadro N° 4. Y aquí tenemos otro rasgo fundamental de nuestro sistema de relaciones laborales, cuyo

funcionamiento fluido se ve permanente interferido por una gama de conflictos vinculados con la observancia de las obligaciones legales o la instalación de prácticas antisindicales, que ya están siendo difundidas en la prensa más o menos cotidianamente, que llevan a que 3 de cada 4 horas no laboradas por huelga se refieran a comportamientos patológicos de los empleadores que deberían merecer una respuesta contundente del Estado. Resulta muy importante tener conciencia de ello, porque el predominio neoliberal en los medios de prensa a llevado a satanizar el conflicto sindical en atención al sujeto que la impulsa, cuando el conocimiento de las causas de las huelgas tiene que llevar a colocarle la responsabilidad a quien corresponda.

Cuadro 4

A NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE PERDIDAS EN
EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN CAUSAS
2007

| CAUSAS | HUELGAS | | TRABAJADORES COMPRENDIDOS | | HORAS - HOMBRE PERDIDAS | |
|--|-----------|------------|---------------------------|------------|-------------------------|------------|
| | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % |
| <u>NEGOCIACIÓN COLECTIVA</u> | 19 | 26.03 | 8,260 | 17.17 | 411,072 | 18.55 |
| Solución al Pliego de Reclamos | 19 | 26.03 | 8,260 | 17.17 | 411,072 | 18.55 |
| <u>INCUMPLIMIENTO DE NORMAS LEGALES Y/O CONVENCIONALES</u> | 33 | 45.21 | 25,864 | 53.78 | 999,152 | 45.08 |
| Falta de pago de Remuneraciones, Reintegros, Horas Extras e Incumplimiento de Acuerdos | 33 | 45.21 | 25,864 | 53.78 | 999,152 | 45.08 |
| <u>DESPIDO - AMENAZA DE DESPIDO</u> | 16 | 21.92 | 12,176 | 25.32 | 731,704 | 33.01 |
| Reducción de Personal, Despido masivo sin causa justificada | 16 | | 12,176 | | 731,704 | |
| | | 21.92 | | 25.32 | | 33.01 |
| <u>OTROS MOTIVOS</u> | 5 | 6.85 | 1,796 | 3.73 | 74,592 | 3.37 |
| Defensa de los puertos, no a la Privatización y Otros. | 5 | 6.85 | 1,796 | 3.73 | 74,592 | 3.37 |
| TOTAL | 73 | 100 | 48,096 | 100 | 2,216,620 | 100 |

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

5. La declaración de ilegalidad y la corta duración de las huelgas

Si vemos los conflictos laborales según los días de duración, de los datos consignados en el Cuadro N° 5 se puede deducir claramente la predominancia de los conflictos de corta duración, al punto que casi la mitad son sólo de 24 horas. La casi totalidad se concentra hasta 15 días, puesto que a partir de allí se puede aplicar el despido si la huelga fue declarada ilegal (sólo 3 llegan a 16 días o más), y ello es así históricamente (en el 2006, por ejemplo, sólo 2 superaron los 15 días). Además de ello, del universo de las 73 huelgas del 2007, sólo 2 fueron declaradas legales, por lo que la conjunción de ambos datos confirma la aseveración precedente. Hay que notar, sin embargo, que el número de horas no laboradas por huelga en los 3 conflictos que superan los 15 días representa un 1/3 del total.

Cuadro N° 5

NIVEL NACIONAL
HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS - HOMBRE
PERDIDAS EN EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN DÍAS DE DURACIÓN
2007

| DURACIÓN DE LAS HUELGAS | HUELGAS | | TRABAJADORES COMPRENDIDOS | | HORAS - HOMBRE PERDIDAS | |
|-------------------------|----------|-------|---------------------------|-------|-------------------------|-------|
| | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % |
| UN DÍA (24 HORAS) | 34 | 46.58 | 8,993 | 18.7 | 72,464 | 3.27 |
| DOS DÍAS (48 HORAS) | 6 | 8.22 | 2,781 | 5.78 | 44,496 | 2.01 |
| TRES DÍAS (72 HORAS) | 7 | 9.59 | 2,366 | 4.92 | 56,784 | 2.56 |
| CUATRO A SIETE DÍAS | 12 | 16.44 | 24,807 | 51.58 | 842,840 | 38.03 |
| OCHO A QUINCE DÍAS | 11 | 15.07 | 5,522 | 11.48 | 418,016 | 18.86 |
| DIESEISES DÍAS A MÁS | 3 | 4.11 | 3,627 | 7.54 | 781,920 | 35.28 |
| TOTAL | 73 | 100 | 48,096 | 100 | 2,216,520 | 100 |

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

6. A economía minera, movimiento huelguístico minero

Si vemos lo sucedido en el movimiento huelguístico según sectores de actividad, se nos termina de aclarar la gran incógnita referida al incremento notorio de los trabajadores y horas no laboradas ocurrido en el 2007. El Cuadro N° 6 nos muestra como el 39.73% de las huelgas, el 86.65% y el 92.81% de las horas no laboradas estuvieron en la explotación de minas y canteras. Este sector, que duda cabe, es el motor del crecimiento peruano y, a su vez, es el ámbito donde se ha manifestado con mayor perniciosidad la tercerización e intermediación laboral. Justamente por ambas cosas, ha sido el ámbito también del reestreno del conflicto laboral a nivel sectorial, lo que se ha repetido en el 2008, aunque con niveles de mayor permeabilidad del gobierno, habida cuenta que nuestro país esta siendo sede de dos trascendentales citas internacionales: la Cumbre Unión Europea, América Latina y El Caribe y la Cumbre de APEC. Es también, el que mayores problemas acarrea en el ámbito de los conflictos sociales, sobre todo los vinculados con el medio ambiente, como puede verse en los reportes de conflictividad social preparados por la Defensoría del Pueblo.

Finalmente, si vemos el carácter determinado o indefinido que los propios huelguistas dieron a su medida, 47 responden al primer tipo y 26 al segundo (64%-36%), diferencia que se invierte cuando se ve el número de trabajadores (28%-72%) y sobre todo en el caso de horas no laboradas, en donde sólo el 15% es consecuencia de paralizaciones con término fijo y el 85% no lo tuvo. Nuevamente, la duración del conflicto explica esta situación, aunque en los términos vistos anteriormente, es decir que la gran mayoría finalmente no supera los 15 días.

Cuadro No. 6

NIVEL NACIONAL
 HUELGAS, TRABAJADORES COMPRENDIDOS Y HORAS. HOMBRE PERDIDAS EN
 EL SECTOR PRIVADO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA 2007

| ACTIVIDAD ECONÓMICA | HUELGAS | | TRABAJADORES COMPRENDIDOS | | HORAS - HOMBRE PERDIDAS | |
|---|----------|-------|---------------------------|-------|-------------------------|-------|
| | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % | ABSOLUTO | % |
| AGRICULTURA, GANADERIA, CAZA Y SILVICULTURA | 2 | 2.74 | 800 | 1.66 | 6,400 | 0.29 |
| EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS | 29 | 39.73 | 41,676 | 86.65 | 2,057,232 | 92.81 |
| INDUSTRIA MANUFACTURERA | 8 | 10.96 | 1,089 | 2.26 | 24,368 | 1.10 |
| SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA | 3 | 4.11 | 518 | 1.08 | 9,776 | 0.44 |
| CONSTRUCCIÓN | 9 | 12.33 | 730 | 1.52 | 25,792 | 1.16 |
| TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES | 13 | 17.81 | 2,736 | 5.69 | 87,632 | 3.95 |
| INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, AFP ACTIVIDADES INMOBILIARIAS, EMPRESARIALES Y DE ALQUILER | 1 | 1.37 | 8 | 0.02 | 64 | 0.00 |
| ADMINISTRACIÓN PÚBLICA y DEFENSA | 2 | 2.74 | 100 | 0.21 | 800 | 0.04 |
| ENSEÑANZA | 4 | 5.48 | 386 | 0.80 | 4,032 | 0.18 |
| TOTAL | 73 | 100 | 48,096 | 100 | 2,216,520 | 100 |

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Direcciones Regionales / Zonas de Trabajo
 Elaborado: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística

7. Breves reflexiones finales

El sucinto panorama descrito nos muestra los rasgos centrales de un sistema de relaciones laborales hiper-descentralizado, muy afectado por los cambios del paradigma productivo y por una reforma laboral desreguladora y antisindical, así como por una cultura administrativa de restricción máxima de la legalidad de las huelgas, que lleva a que las expresiones de este derecho fundamental tengan el espacio más reducido posible. Se ha mutilado muchos alcances de la tutela colectiva para colocarla en un lecho de Procusto, de modo que tiene muy pocas posibilidades u ocasiones de proteger y menos de mejorar los intereses colectivos que le corresponden.

Se puede percibir una alianza entre el Estado y los empleadores que ha atenazado a la autonomía colectiva, de modo que no puede cumplir su rol de firme aporte a una sociedad más igualitaria, con la salvedad del sector minero donde el *boom* de los *comodities* a él vinculados ha llevado a un crecimiento sustancial de los niveles de organización y actividad sindical, y, consecuentemente con todo lo anterior, a mejoras significativas de la situación económica y social de estos trabajadores.

La generalizada declaración de improcedencia o ilegalidad de todas las huelgas, su consecuente reducida extensión temporal y la inoperancia de los instrumentos estatales que garantizan el cumplimiento de las normas legales y convencionales, llevando a que la causa mayoritaria del movimiento huelguístico busque suplir el desapego estatal, son las características más resaltantes de la conflictividad laboral de estos tiempos.

Finalmente, el reducido espacio dejado a la conflictividad laboral lleva a que muchas organizaciones sindicales radicalicen sus medios de lucha, agregando a la paralización de labores diversas actividades de movilización, cierre de carreteras, etc. con la finalidad de llamar la atención y conseguir una solución rápida, lo que desdibuja el ejercicio del derecho, sacándolo de su cauce en función de las restricciones a su ejercicio ordinario.

Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo*

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Profesor Titular y Catedrático Habilitado Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social Universidad de Salamanca

1. Un cambio de importancia capital para el Derecho del Trabajo: el estallido de la empresa tradicional y el fin del modelo clásico de empleador-empresario

Cualquier aproximación a los materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinales disponibles en relación con la identificación de los sujetos que intervienen en la relación laboral permite apreciar, sin importar el ordenamiento al que se encuentre referida, una manifiesta desproporción entre la atención dispensada al trabajador y al empleador. Mientras las normas legales, las decisiones de los tribunales y los estudiosos suelen dedicar un enorme esfuerzo a la delimitación de los caracteres que adornan el concepto de trabajador, poca o ninguna solicitud se

* El presente artículo constituye una recreación del contenido de la conferencia sobre "Nuevas modalidades y tendencias en el sujeto empleador" impartida por el autor en el marco del Congreso Internacional de Derecho del Trabajo celebrado en Isla Margarita (Venezuela) en abril de 2007. Con posterioridad el mismo ha tenido la ocasión de discutir sus conclusiones con colegas de la especialidad a través de sucesivas presentaciones en el Grupo de los Miércoles (Montevideo, junio de 2007), el Colegio de Abogados de Arequipa (Arequipa, agosto de 2007) y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, septiembre del mismo año). A todos ellos su gratitud por sus enriquecedores comentarios, críticas y sugerencias. Con anterioridad este trabajo ha aparecido en el número 3, correspondiente al segundo semestre del año 2007, de la Revista de Derecho Social Latinoamérica. Con su publicación en *Laborem* su autor desea adherirse a la conmemoración del vigésimo aniversario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, entidad a la que se siente especialmente orgulloso de pertenecer.

presta, en cambio, a la individualización de los rasgos que contribuyen a identificar a la otra parte de la relación laboral.¹

Esta sorprendente falta de interés, o incluso “desidia”,² mostrados a la hora de perfilar los alcances de la noción de empleador no resulta difícil de explicar. Lo que ocurre es que, hasta el momento, el empleador ha venido siendo para el Derecho del Trabajo un personaje sin rostro.³ Es decir, un sujeto que, aunque podía comparecer al tráfico jurídico de muy diversas maneras (como persona física o jurídica o incluso ente sin personalidad, de carácter público o privado, con fines lucrativos o benéficos, etc.), interesaba a éste desde una sola perspectiva: en tanto sujeto que contrataba la prestación de trabajo y, por tanto, recibía los servicios del trabajador.⁴

¹ Este es el caso, por ejemplo, del ordenamiento español, donde la tradicional ausencia de reflexión científica en torno al sujeto empleador ha venido acompañada, como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coordinador), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Madrid Ed. Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1999, pág. 29, de “un silencio sorprendente de la norma laboral en lo que afecta a la determinación y las características del empleador como parte del contrato de trabajo”, que se expresa en la escueta indicación del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que ostentarán dicha condición “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas” definidas por el apartado anterior como trabajadores. Con todo, la obra colectiva a la que se acaba de aludir constituye, precisamente, el punto de partida de una mayor atención al tema iniciada a finales de la década anterior, de la que son expresión los distintos estudios doctrinales a los que se irá haciendo alusión progresivamente a lo largo de este trabajo.

² Como la califica M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Prólogo” a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Coordinador), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Madrid Ed. Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1999, pág. 129.

³ O como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, cit., pág. 33, “un personaje de rostro sin facciones”, del que tradicionalmente el legislador no ha deseado “que se tome inconsideración elemento alguno” que sirva para identificar “algún rasgo relevante” de su figura.

⁴ El concepto de empleador ha tenido, desde esta perspectiva, un evidente carácter “universal” en la mayor parte de ordenamientos, como apunta C. MOLERO MARAÑÓN, “Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos”, *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 27, pag. 505, en la medida en que se ha caracterizado por “una particular ausencia de limitaciones subjetivas”.

Esta noción “refleja”, “traslativa” o “mediata” del empleador⁵ como mero acreedor del trabajador no es gratuita, sino que ha respondido históricamente a un claro propósito garantista.⁶ De lo que se trataba era de no incluir ningún elemento o rasgo definitorio particular de la figura del empleador con el fin de asegurar la mayor extensión posible del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; el cual ha venido siendo definido en la inmensa mayoría de los ordenamientos en función del tipo de trabajo –identificado por el legislador como subordinado o dependiente– desarrollado por el trabajador.

Ésta es una concepción que contradice la evidencia aportada por la historia económica, toda vez que, como se ha puesto de manifiesto, de acuerdo con ella el “reflejo” debería operar en sentido inverso, ya que han sido más bien la empresa capitalista y los procesos de acumulación a ella asociados los que, en todo caso, han “inventado” al trabajador.⁷ Del mismo modo, tampoco toma en cuenta que, en una economía de mercado, es el empleador quien no solamente crea las oportunidades de empleo sino que asume dentro de la relación laboral un papel protagónico, al encontrarse dotado de poderes que le permiten configurar de acuerdo con su voluntad e intereses el contenido de la prestación a desarrollar por el trabajador. No obstante, la “centralidad” de la figura de éste último que de ella se deriva guarda plena correspondencia con los objetivos de política del Derecho que han venido informando la configuración del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma desde sus inicios. Y no parece encontrar, además, objetores significativos.

Ahora bien, de esta configuración exquisitamente contractual del sujeto empleador se desprende una consecuencia que en principio no plantearía dificultad alguna a nuestra disciplina: la de la consiguiente irrelevancia, no sólo de la configuración jurídica de éste, como se ha dejado dicho, sino también de la manera

⁵ Por citar aquí algunas de las expresiones utilizadas a nivel doctrinal. Vid., en este sentido, J. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2002, especialmente pág. 191.

⁶ Conforme observa J. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, págs. 31-32.

⁷ De acuerdo con las observaciones hechas por E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2006, pág. 34.

como se organiza para desarrollar su actividad. En principio, estos elementos se integran dentro de la noción de empresa, que es distinta de la de empleador y resulta revelante, en todo caso, antes como objeto que como sujeto de derechos y deberes.⁸ La realidad organizativa de la empresa no encuentra, de este modo, acomodo inicialmente dentro de la dogmática del contrato de trabajo, puesto que, desde su particular perspectiva, lo único que importa del empleador es “la subjetividad”.⁹

Naturalmente, entre los motivos que explican esta falta de relevancia de las vicisitudes organizativas del empleador no tiene un peso precisamente menor la circunstancia de que empleador y empresa han sido tradicionalmente nociones coextensas.¹⁰ Es decir, el hecho de que, hasta etapas muy recientes, quien ocupaba la posición de empleador era, a su vez, el titular de un conjunto organizado de medios materiales y humanos con los cuales llevaba a cabo de manera independiente y autosuficiente una determinada actividad productiva, consistente en la elaboración de un bien o la prestación de un servicio. Las vicisitudes organizativas del empleador no tienen, en consecuencia, incidencia sobre el contrato de trabajo, antes que por cualquier otra razón, porque no pueden tenerla. Porque en principio empleador y empresa coinciden.

Hoy, sin embargo, esta generalizada coincidencia no existe más. En las últimas décadas se han producido transformaciones que han terminado por hacer estallar

⁸ Conforme destaca M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coordinadora), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, Ed. Trotta, 2004, págs. 213 y 226. op. cit., págs. 37-38. Lo anterior no pretende negar que la noción de empresa ha actuado también, de forma paralela, como presupuesto para la aplicación de diversas ciertas instituciones jurídico-laborales, que solamente tienen sentido en el marco de una pluralidad organizada de relaciones de trabajo (piénsese, por citar sólo un ejemplo, en la regulación de los sistemas de clasificación profesional). Esta observación no altera el sentido de lo afirmado en el texto principal la medida en que incluso dichas instituciones encuentran en los contornos de la personificación del empresario un límite infranqueable.

⁹ Nuevamente, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., esta vez págs. 26 y 38.

¹⁰ O, como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización ...”, cit., pág. 35, “la concepción clásica o mejor dicho ortodoxa del empresario dentro del Derecho del Trabajo coincide con una identificación plena del sujeto titular de la organización empresarial, para cuyo funcionamiento contrata a un conjunto de personas sometidas a régimen laboral”.

la forma de organización centralizada y autárquica de la producción que la sustenta. Y, con ella, el modelo tradicional o clásico de empresa y de empleador construidos a su imagen y semejanza.¹¹

Los caracteres del cambio operado son a estas alturas bastante conocidos. La necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto cada vez más inestable y competitivo 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. Frente al tradicional predominio del modelo centralizado de empresa, basado en el control directo del entero ciclo de producción y su actuación autónoma respecto de las demás, se han abierto camino en los últimos años, como una forma de dar respuesta a los retos impuestos por la nueva situación, modalidades de gestión de los procesos de producción caracterizadas por una mayor especialización de las unidades productivas y el establecimiento de vínculos de cooperación más o menos estrechos entre sí, en un intento de obtener ventajas competitivas de la concentración de la actividad de las empresas en la realización de sus competencias centrales y la transferencia hacia el exterior de todas las demás. La empresa fordista característica del modelo de producción en serie va siendo así progresivamente sustituida por la actuación de conglomerados de empresas integradas unas con otras de muy diversas maneras, dando lugar a un nuevo paradigma organizativo: la empresa red.¹²

Éste es un modelo de organización empresarial que puede asumir características diversas dependiendo de los sectores productivos y actividades a los que sea aplicado, así como de las particulares opciones de los sujetos que decidan recurrir

¹¹ Vid., en esta dirección, nuevamente, J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., pág. 36, para quien asistimos a “una sorprendente pulverización de ese modelo clásico de empresa y, por extensión, del empresario”.

¹² De acuerdo con la terminología empleada por M. CASTELLS, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Volumen I. *La sociedad red*, Madrid, Alianza Editorial, 2ª edic., 2000, especialmente pág. 226. En la misma dirección, vid. también A. RECIO, “Empresa red y relaciones laborales”, en A. DUBOIS, J. L. MILLÁN y J. ROCA (Coordinadores), *Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental*, Barcelona, Icaria, 2001, pág. 213 y sigs.

a él. No obstante, existen tres rasgos básicos que lo identifican. Éstos son los siguientes:

La fragmentación y externalización de actividades que, en principio, forman parte de un único ciclo de producción.

El empleo de empresas especializadas o proveedores externos para su atención.

La coordinación de todos ellos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero ciclo de producción pese a su disgregación.¹³

A poco que se repare en las características recién apuntadas se podrá apreciar cómo la emergencia de este nuevo modelo no conlleva la desaparición de la gran empresa, sino solamente un cambio en su forma de organización tradicional.¹⁴ Lo que ocurre es que, frente a la integración vertical de los procesos productivos y su gestión a través de una estructura jerarquizada que caracterizaron su forma de operar en el pasado, adquieren en la actualidad un relieve cada vez mayor formas de división del trabajo interempresarial antes que intraempresarial,¹⁵ que permiten a la misma compensar de manera eficaz la disminución de su volumen operativo directo mediante el establecimiento de lazos de cooperación con colaboradores externos en vez de personal sujeto a dependencia. La gran empresa deja de lado, de tal modo, su “corporeidad fabril”, para convertirse principalmente en “una entidad articuladora de prestaciones”, es decir en “un conjunto de contratos organizados”, pero sin que ello suponga necesariamente una disminu-

¹³ Para una aproximación más detenida a la descentralización productiva como fenómeno organizativo y estrategia empresarial, siempre desde esta perspectiva, vid. W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva”, Portal Derecho. Programa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (<http://www.iustel.com>), así como la bibliografía allí citada.

¹⁴ Como pondría de manifiesto un observador destacadísimo de estos fenómenos como M. CASTELLS, *La era de la información: economía sociedad y cultura*, cit., págs. 206-207.

¹⁵ Como las describe A. PLÁ RODRÍGUEZ, “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”, en AA.VV., *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pág. 15.

ción de su poder.¹⁶ Antes bien, dicho poder se mantiene e incluso incrementa como consecuencia de empleo de técnicas de vinculación con terceros que le permiten acceder a los resultados del desarrollo de la actividad productiva de diversos grupos de trabajadores sin tener con ellos ningún tipo de vinculación directa.¹⁷

Naturalmente, dependiendo de las situaciones así como del valor que se asigne a la actividad transferida al exterior, los lazos de coordinación a los que se acaba de aludir pueden ser de muy distinta naturaleza. Así, las entidades que colaboran pueden estar vinculadas entre sí mediante técnicas de derecho de sociedades, como ocurre tratándose de los grupos de empresas, cuando la importancia de lo externalizado para la empresa principal aconseja que ésta mantenga un especial control sobre quien se va a encargar de su realización (*outsourcing* estratégico). Pero también, cuando el interés de lo transferido al exterior es menor, a través de vínculos de naturaleza contractual, como sucede con las redes empresariales (*outsourcing* operativo), dentro de las cuales la cooperación entre sujetos independientes unos de los otros puede articularse a través de fórmulas de diversas y en muchos casos atípicas (piénsese, además del tradicional contrato de ejecución de obra, en figuras hasta hace poco tiempo desconocidas o poco utilizadas, como los contratos de concesión, franquicia, *factoring*, *merchandising*, *management*, logística, *subfornitura*, servicios informáticos, etc.), todas las cuales son aptas

¹⁶ M. GARMENDIA ARIGÓN, "La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales", *Derecho del Trabajo*, 2006, núm. 2, pág. 164. En la misma dirección, vid. también R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, "Descentralización productiva", en XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, septiembre 2006, pág. 1 de la versión electrónica traducida de este documento, para quienes "la empresa (...) tiende a pasar de tecnoestructura integrada a una red extendida de unidades semiautónomas o autónomas con formas elásticas de coordinación"; y A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2005, pág. 30, en palabras de la cual asistimos a "la sustitución del modelo tradicional de empresa por una nueva estructura organizativa integrada por una pluralidad de entres empresariales relacionados contractualmente".

¹⁷ Así, desde perspectivas diversas, M. GARMENDIA ARIGÓN, op. cit., pág. 165; y J. MERCADER UGUINA, *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, cit., pág. 195.

para dar lugar al funcionamiento de auténticos “sistemas productivos integrados”.¹⁸ Sea una u otra técnica la elegida, sin embargo, el resultado es en última instancia siempre el mismo: la articulación de una estructura empresarial con forma de red, cuyas costuras se entretrejen en torno a la entidad que lidera el proyecto empresarial que justifica la articulación de todas ellas.¹⁹ De este modo, a despecho de la apariencia de diversidad creada por la pluralidad subjetiva, “la unidad operativa actual” pasa a estar constituida por el entero “proyecto empresarial, representado por una red” y no por “las empresas concretas o grupos de empresas” que de él puedan participar.²⁰

El efecto de procesos que acaban de ser descritos sobre la problemática que se viene examinando salta a la vista. La transformación de los paradigmas organizativos que orientan el desarrollo de la actividad empresarial está dando lugar a una clara disociación entre, de un lado, la configuración jurídica del polo patronal (que aparece escindido en una multitud de sujetos dotados cada uno de personalidad jurídica independiente) y, del otro, su articulación económica (que se mantiene unificada, pese a todo, en torno a un proyecto empresarial que sigue

¹⁸ Como los califica J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, Ed. Comares, 2002, pág. 176. Para un examen de la aptitud de estas figuras para dar lugar a esta clase de sistemas, vid., además de las observaciones del autor recién citado, págs. 177-182, J. M. GARCÍA-MORENO GONZALO, “Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen básico”, en A. PEDRAJAS MORENO (Director), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2002, págs. 69-97.

¹⁹ Por ello, como observa A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La empresa como objeto de transmisión en la nueva economía*, cit., pág. 34, “las diferencias entre redes y grupos de empresas no deben exagerarse demasiado”, toda vez que “las redes son grupos de estructura contractual, mientras que los grupos son redes de estructura societaria”. Es más, en función de ello esta autora considera “más adecuado hablar de redes intraempresariales para referirse a las relaciones internas entre empresas vinculadas societariamente (...) y de redes interempresariales cuando las empresas establecen acuerdos contractuales de cooperación o colaboración con entidades externas”.

²⁰ Dicho con palabras de M. CASTELLS, *La era de la información ...*, cit., pág. 216.

siendo unitario).²¹ La coincidencia entre empleador y empresa, tan cara al modelo clásico de construcción de nuestra disciplina, desaparece. En tanto que el empleador “con mayúsculas” simplemente “se difumina”.

2. Consecuencias laborales del modelo de organización empresarial emergente: la posibilidad de aprovechamiento de la pluralidad subjetiva como factor de diversificación de los tratamientos normativos

No hay que ser demasiado perspicaz para advertir que el dilema que el decisivo cambio de escenario que acaba de ser descrito plantea al Derecho del Trabajo actual no es otro que el siguiente: si después del mismo es posible seguir sosteniendo que la manera como el sujeto empleador organiza y estructura su actividad productiva debe ser, como ha venido ocurriendo hasta ahora, irrelevante a efectos contractuales.

Naturalmente, vista la cuestión desde una perspectiva exclusivamente formal, no parece que la respuesta pueda ser sino positiva. Y es que, al basarse en el establecimiento de vínculos externos al contrato de trabajo entre empresarios independientes, la externalización de actividades productivas se configura como una técnica de gestión de naturaleza y alcances puramente mercantiles, sin incidencia directa, ni sobre la configuración del sujeto acreedor del trabajo, ni sobre la aplicación de las normas laborales.²² Es decir, al margen de los pactos o relaciones que pueda mantener con otros, cada uno de los sujetos que intervienen en la red empresarial se desempeña como empleador del personal sometido a su dirección y control. Y a este personal se le aplican, además, las normas laborales en su integri-

²¹ Vid., en la misma dirección, A. BAYLOS GRAU, “Prólogo” a E. DESDENTADO DAROCA, La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales, cit., pág. 20, para quien se produce en estos casos “una escisión entre la organización de la empresa y su personificación”.

²² Como apunta J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, Revista de Trabajo, 1994, núm. 13, pág. 22, la externalización se sitúa en un estadio previo a dicha aplicación, como es el de la estructuración de las actividades empresariales, razón por la cual no sería capaz de ejercer influencia sobre ella.

dad, de la misma forma que en el pasado. La técnica termina, de tal modo, por resultar “inocua” a efectos laborales.

Cualquier observador medianamente atento de estos fenómenos sabe, sin embargo, que esto no es así. O al menos no del todo. Que aunque no sea éste siempre su objetivo, la externalización de actividades productivas es capaz de desplegar efectos del mayor relieve en el terreno de las relaciones laborales. Y que la consecución de tales efectos –medidos tanto en términos de relativización de la en principio formalmente clara separación entre las esferas de actuación de los distintos sujetos que intervienen en estos procesos ostentado la condición de empleador, como en la posibilidad de conseguir reducciones significativas de los costes de la fuerza de trabajo y un incremento exponencial de los niveles de flexibilidad en su utilización– son en muchos casos el principal incentivo para recurrir a esta clase de estrategias.

¿Cómo es posible que el mero encargo a un tercero de una actividad productiva en principio semejante a la que debería realizar por sí mismo el empresario principal sea capaz de tener repercusiones de tanta intensidad en el plano laboral?

La respuesta hay que buscarla en la particular “estrategia jurídica” que subyace al empleo de la externalización como instrumento de gestión de los procesos productivos. Como se ha apuntado, dicha estrategia se basa en el aprovechamiento de “la noción de persona”, que continúa operando en la actualidad “como elemento central en la determinación del sujeto con capacidad y responsabilidad”, como “factor de flexibilidad”.²³ En efecto, si la gran empresa puede obtener beneficios laborales de la externalización es “gracias a la posibilidad de interponer el diafragma de la personalidad jurídica” entre ella y los asalariados que realizan los procesos productivos de los que se sirve y que le abre el recurso a la subcontratación, toda vez que es esta operación la que le permite, conforme habrá ocasión de comprobar inmediatamente, “transferir estratégicamente” a la empresa contratista “los

²³ A. BAYLOS GRAU, “Prólogo”, cit, pág. 20.

riesgos económicos” vinculados tanto “a las fluctuaciones del mercado” como a “la gestión de la fuerza de trabajo”.²⁴

En principio, también la diferenciación de personificaciones entre los empresarios implicados en los procesos de descentralización productiva constituye un dato puramente formal, que no tendría por qué propiciar el empleo de esta técnica más allá de aquellos supuestos en los que la mayor especialización o eficiencia de la empresa contratista convirtiesen en más provechoso para la principal recurrir a ella que servirse de personal propio en régimen de dependencia. En contra de esta posibilidad jugaría, antes que nada, la mayor dificultad de control sobre el resultado final de la actividad que existe cuando ésta no es ejecutada de manera directa sino encargada a un tercero cuya prestación, por hipótesis, no se puede dirigir. A lo anterior deben añadirse, por lo demás, los superiores costes de transacción que, igualmente por hipótesis, debería suponer el reclutamiento de un colaborador externo, que debe, a su vez, contratar y retribuir a su personal y obtener, sin embargo, un beneficio económico de dicha operación.

Desde esta perspectiva, parecería existir una suerte de límite “implícito” o “natural” a la utilización de este tipo de estrategias, marcado por las menores posibilidades de aseguramiento de los objetivos productivos que las mismas permiten y su coste económico potencialmente más elevado. Ninguno de estos escollos posee, sin embargo, un valor decisivo, ya que la propia técnica utilizada pone a disposición de quienes se sirven de ella eficaces instrumentos para neutralizarlos.

Así, antes que nada, conviene no olvidar que, conforme se ha dejado dicho, si bien la descentralización de actividades productivas introduce una suerte de “división del trabajo” entre empresas en principio independientes,²⁵ en tanto que dotadas cada una de ellas de su propia organización de medios y personal, la propia

²⁴ Conforme destacan R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., pág. 8.

²⁵ Como la califica J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, en AEDTSS, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, MTAS, 2000, pág. 80.

dinámica de estos procesos permite que aquella que es titular de la actividad productiva externalizada se sitúe en una posición de dominio sobre las auxiliares, de la cual puede servirse para asegurarse la consecución de sus resultados estratégicos. Para ello le bastará, dependiendo de los casos, bien con incluir en los contratos de colaboración que suscriba con quienes pretendan vincularse con ella cláusulas que le permitan ejercer un control directo sobre el desarrollo de su actividad, bien con hacer uso con el mismo fin del poder que le confiere el ejercer el control sobre el accionariado de éstos, o bien incluso con proceder en los hechos de tal manera. La evolución de las técnicas contractuales y los mecanismos societarios, de la que se ha dado cuenta, acicateada por la necesidad de las empresas de grandes dimensiones de asegurarse un resultado final congruente los objetivos que persiguen, termina así por colocarnos delante de un fenómeno hasta hace poco tiempo desconocido, como es el de las empresas jurídicamente autónomas, pero económica y funcionalmente dominadas por la principal, cuya posición preponderante las sitúa en la posibilidad de condicionar “desde el exterior” el ejercicio de sus poderes, incluidos los relacionados con el gobierno de la fuerza de trabajo.²⁶

El poder de dirección no es ya, en consecuencia, la única forma de conseguir un aprovechamiento eficaz del esfuerzo ajeno.²⁷ Frente a él, los procesos de descentralización productiva están dando lugar a formas nuevas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se consigue mantener el control global de los procesos de producción, pero eludiendo la configuración de un vínculo laboral con quienes se encargan de su atención. La externalización no tiene, así pues, por qué suponer para quienes recurren a ella una renuncia a disciplinar los procesos transferidos, toda vez que los obstáculos impuestos a esta posibilidad por la diferenciación de personificaciones entre los empresarios implicados pueden verse en gran medida “diluidos” mediante el recurso a técnicas también “externas” de vinculación.

²⁶ Sobre la “maleabilidad externa de los poderes empresariales” que de este modo se produce, vid. M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El empresario ...”, cit., especialmente págs. 41 y 70.

²⁷ Como advertiría tempranamente M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1992, núm. 12, pág. 113.

La emergencia de este tipo de fenómenos conlleva una ampliación de la ya de por sí poblada zona fronteriza entre los supuestos de externalización legítima y los de mera interposición fraudulenta en la posición del empleador, prohibidos en la mayor parte de ordenamientos, en la medida en que la clásica alternativa empresario real-empresario ficticio se ve puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa jurídicamente distinta de la que actúa como comitente pero a la vez “dependiente” de ésta, en tanto que funcionalmente subordinada a sus desig-nios, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.²⁸

Pero lo anterior no es todo. Ni necesariamente lo más importante. Lo verda-deramente delicado es que a esta llamativa “relativización” de la virtualidad de la personalidad jurídica como elemento de ejercicio independiente de los poderes empresariales que la descentralización está en condiciones de propiciar, puede añadirse una paralela “utilización intensiva” de esa misma diversidad subjetiva, esta vez como herramienta al servicio de una política de diferenciación regresiva de los tratamientos normativos aplicables a los trabajadores que intervienen en estos procesos. Por esta vía, la externalización de actividades productivas es ca-paz de contribuir, como se podrá apreciar a continuación, a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que las normas laborales han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia,²⁹ consiguiendo que el trabajo afectado por ella vea degradadas de manera significativa sus condi-ciones de prestación y se torne “precario e inseguro”.³⁰

El mecanismo a través del cual es posible obtener esa reducción de garantías resulta en realidad bastante simple. Consiste en la elusión, mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos dotados de personalidad jurídica

²⁸ Con todo, seguramente la clave de la distinción se encuentra en la determinación de si se está ante un supuesto de “maleabilidad externa de los poderes empresariales”, en línea con lo apuntado por la autora citada en *supra* nota 26, o frente al ejercicio sin más de los mismos por parte de la empresa principal.

²⁹ Según la descripción de J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva ...”, cit., pág. 33.

³⁰ J. RASO DELGUE, “Outsourcing”, en AA.VV., Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pág. 38.

diferenciada, de la existencia de una relación directa entre la entidad titular de la actividad productiva y el personal encargado de su atención. Este hecho, en apariencia intrascendente, abre la posibilidad de una intensa precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores, así como de una minoración significativa de sus condiciones de trabajo. Unos efectos, ambos, imposibles de conseguir de mantenerse las tareas expulsadas en el ámbito de la empresa principal. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, tanto la duración de las relaciones de trabajo como las retribuciones y demás beneficios laborales del personal que lleva a cabo las tareas exteriorizadas, dejan de vincularse a las condiciones de desarrollo de la actividad productiva por parte de la empresa principal, en cuyo ciclo están en última instancia integrados, para depender exclusivamente de las del contratista.

Esta operación tiene consecuencias, antes que nada, sobre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo. Para tomar cuenta de ello basta con reparar en que, por efecto de la misma, la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la empresa contratista deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, para vincularse también a las de la relación entre su empleador y la misma. El fin de la relación de colaboración se convierte, de este modo, en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de estos contratos, así la actividad que realizan siga siendo necesaria para la empresa principal. En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por tal período, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades permanentes de la empresa principal, que ella debería cubrir, de asumir directamente su realización, por medio de contratos por tiempo indefinido. Esto supone que mediante la externalización, es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales.³¹ Y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. De allí que se suele identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva y se ponga

³¹ En la misma dirección, aunque desde una perspectiva distinta, más vinculada a la dinámica de los hechos, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, "Descentralización productiva", cit.,.../

el acento en la precariedad como uno de los rasgos más característicos de la condición de los trabajadores que laboran para estas empresas.³²

A este potencial efecto precarizador se añaden las consecuencias degradatorias que la operación externalizadora está en condiciones de desplegar sobre los salarios y las demás condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas colaboradoras. Ha de tenerse presente que, al no tener dichos trabajadores vínculo alguno con la empresa principal, cuya personificación es distinta de la de la auxiliar para la que laboran, dichas condiciones no tienen por qué adecuarse a los módulos uniformes aplicables al personal interno de la primera. Antes bien, dependen exclusivamente de la contratista. Una contratista creada por lo general para atender las necesidades de la mayor, de la que depende, y que debe ofrecer el servicio a ésta en unas condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal dependiente de forma directa. La respuesta previsible a esta tensión no es otra que la devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto del interno de la empresa principal. Una devaluación que viene facilitada por la no aplicación a dicho personal del convenio al que se encuentran sujetos los trabajadores de la principal, bien por ser éste uno de empresa, o bien por situarse la contratista, debido a su especialización, fuera de su ámbito funcional de aplicación, cuando se trata de un convenio sectorial. Ello abre la puerta a la posibilidad de sustituir dicho convenio por otro menos garantista, cuando no por la fijación unilateral de las condiciones de trabajo.³³

/... págs. 20-21, destacan que, dado “los vínculos que mantienen las empresas que trabajan en régimen de coordinación mercantil o administrativa siempre presentan carácter temporal”, éstas tienden a “no establecer relaciones laborales que duren más de lo que dura el vínculo que les une a la empresa principal”.

³² En esta dirección, nuevamente, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 20, postulan la existencia de “una relación directamente proporcional entre una tasa de trabajo temporal alta y prácticas de descentralización productiva”, a la vez que destacan la “tendencia hacia un mercado de trabajo dual”, caracterizado por la existencia de “relaciones de trabajo sustancialmente estables y garantizadas en la empresa ‘madre’ y relaciones más precarias en las empresas auxiliares” que propician estas prácticas.

³³ Sobre estos procesos, vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordinador), Observatorio de la negociación colectiva, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2002, págs. 45 y sigs. ³³ Sobre estos procesos, vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordinador), Observatorio de la negociación colectiva, Madrid, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, 2002, págs. 45 y sigs.

De lo hasta aquí expuesto no es difícil concluir que mediante el recurso a la externalización de actividades productivas es posible conseguir unos niveles de flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo y una reducción de costes salariales impensables por la vía de una reforma de la legislación laboral. Una legislación laboral que, al fin y al cabo, deberá seguir estando basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin demasiada dificultad, como pueden ser los de mantenimiento de la relación de trabajo en tanto persista la fuente que le dio origen o de asignación de beneficios tendencialmente similares a todos los que participan en los mismos procesos productivos, que no resultan de aplicación, como es evidente, a las relaciones entre sociedades mercantiles, sino entre cada una de éstas y su personal. Es más, como se ha podido apreciar también, estos efectos pueden ser conseguidos sin que ello tenga que suponer necesariamente una renuncia al control global del ciclo de producción, que puede ser mantenido a pesar de todo mediante el recurso a técnicas de naturaleza contractual o societaria capaces de relativizar la radicalidad de la distinción entre esferas jurídicas que sirve de fundamento su consecución.

A la luz de estas consideraciones no es difícil coincidir con quienes consideran que el problema de fondo que plantea la descentralización de actividades productivas no es tanto uno de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales, como se ha venido entendiendo hasta el momento, sino más bien de degradación de la calidad del empleo, derivado de su potencial “utilización para reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación” de la misma.³⁴

Naturalmente, vistas las cosas desde esta perspectiva, no parece que pueda extrañar que el debate en torno a la necesidad de “flexibilizar” las normas e instituciones laborales, que ocupó un lugar privilegiado en décadas pasadas, haya terminado por languidecer. Ello no se debe, al menos en opinión de quien esto escribe, tanto a que se haya alcanzado en la mayor parte de ordenamientos el “grado óptimo” de flexibilidad demandando por el sector empresarial, como al hecho de

³⁴ J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, cit., pág. 81.

que el recurso a estas técnicas permite a los empresarios que deciden servirse de ellas obtener un resultado bastante más favorable que el que se conseguiría con una presunta reforma en clave flexibilizadora de la legislación laboral, pero sin tener que afrontar los obstáculos políticos que supondría su aprobación. Simplemente, dicha legislación y sus instituciones básicas sigue estando vigentes, pero su aplicación se ve convenientemente “puesta entre paréntesis” o –si se nos permite la expresión– “puenteada”³⁵ mediante la colocación de la “barrera” de la personalidad jurídica diferenciada entre la empresa “madre” y los trabajadores que laboran para cada una de las sociedades que integran la red que la alimenta. El desplazamiento hacia el exterior de la determinación de la duración de los contratos de trabajo y el contenido de las condiciones laborales, con la consiguiente posibilidad de su degradación, no son sino una consecuencia “natural” de ello.

Con lo anterior no se pretende insinuar que toda externalización genere necesariamente esos efectos. Ni tampoco que la utilización de este mecanismo responda siempre a ese propósito. Por el contrario, no es difícil pensar en multitud de supuestos en los que el recurso a la misma no sólo se encuentra plenamente justificado, sino que constituye la estrategia más adecuada para satisfacer las necesidades empresariales, en especial debido a su carácter especializado, estando en condiciones además de reportar beneficios laborales superiores a los trabajadores que en él intervienen.³⁶ Lo que si no parece que pueda negarse es que, cada vez que se aspire a alcanzar ese tipo de resultados, los ordenamientos laborales no ponen en principio obstáculos para ello. Esto permite que las operaciones de descentralización de actividades productivas basadas en razones técnicas, organizativas o productivas convivan con otras cuyo único propósito es conseguir una degradación de las condiciones de trabajo. E incluso que las primeras, que en principio deberían producirse en cualquier caso, puedan añadir a su finalidad originaria ese

³⁵ J. RASO DELGUE, “Outsourcing”, cit., pág. 44, que emplea entrecomillado el anglicismo “*bypassear*”.

³⁶ Precisamente, como anota A. RECIO, “Empresa red y relaciones laborales”, cit., pág. 228, “la diferenciación de espacios contractuales” que posibilita el empleo de esta técnica “permite actuar tanto a la baja, favoreciendo el abaratamiento de los salarios de las personas con menor poder negociador, como al alza, al favorecer la introducción de esquemas retributivos que mejoran las rentas de los grupos situados en niveles clave de la actividad empresarial”.

efecto. Con ello se crean las condiciones para la progresiva desvirtuación de este mecanismo y su transformación en un burdo pero eficaz instrumento al servicio de una política de abaratamiento abusivo de los costes laborales.

3. En busca de respuestas al nuevo escenario

Si el panorama que acaba de ser descrito se aproxima a la realidad, no parece descabellado considerar como uno de los desafíos más importantes –sino el que más– a los que se enfrenta actualmente el Derecho del Trabajo el de tratar de articular algún tipo de respuesta frente a estos fenómenos organizativos. No con el objeto de prohibirlos, naturalmente, sino de rescatar su empleo como una herramienta útil para la mejora de la calidad, la eficiencia y la competitividad empresarial, cerrando el paso a otros usos socialmente menos recomendables y a la larga promotores de su desvirtuación y de la ineficacia del sistema productivo. Es decir, de lo que se trata no es tanto de impedir o limitar el derecho de los empresarios a organizar sus actividades recurriendo a esta clase de técnicas, como de propiciar la consecución de un equilibrio –de momento inexistente– entre la flexibilidad que éstas proporcionan, imprescindible dentro del mundo en el que nos movemos, y la tutela de la posición jurídica de los trabajadores implicados en ellas.³⁷

El problema es cómo avanzar en esta dirección, naturalmente. Para ello, lamentablemente, los mecanismos hasta el momento existentes a nivel comparado poseen una utilidad más bien relativa, ya que solamente establecen garantías frente al uso “patológico” de este mecanismo, bien como fórmula de elusión de responsabilidades (vía imposición de la solidaridad entre la empresa principal y sus contratistas) o de interposición fraudulenta en la posición de empleador (mediante la declaración de la existencia de una relación laboral directa con la primera cada vez que sea ésta la que ejerza de manera efectiva los poderes que al mismo co-

³⁷ Según propondría ya a principios de la década pasada J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva ...”, cit., pág. 23.

rresponden).³⁸ Poco o nada hay con qué hacer frente, en cambio, al uso “fisiológico” —es decir, regular, ordinario o no fraudulento— de este tipo de técnicas, a pesar de los efectos corrosivos que, como se ha visto, es capaz igualmente de desplegar.³⁹

La respuesta es, sin embargo, urgente y de hecho empiezan a dibujarse ya los primeros esbozos de alternativa a nivel doctrinal e incluso normativo. Estos se articulan en torno a dos planteamientos fundamentales:

bien proceder a una recomposición dogmática de la noción de empleador, que la adecue a las nuevas realidades generadas por las transformaciones de los procesos productivos y las formas de organización empresarial;

o bien llevar a cabo una reconstrucción sistemática de las instituciones básicas del Derecho del Trabajo a la luz de las mismas, que altere la forma como éstas han venido siendo concebidas y aplicadas hasta el momento.

Aunque no resultan incompatibles entre sí, cada uno de estas opciones promueve una reacción adaptativa de distinto signo por parte del ordenamiento laboral. De allí que convenga prestarles atención por separado.

³⁸ Conforme explican R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., págs. 6-7, tradicionalmente la legislación del trabajo se ha orientado, más o menos en todos los países, “hacia una distinción entre las hipótesis de descentralización ficticias de las sinceras, y a la salvaguardia de los derechos de los asalariados” en tales casos, “en vez de intentar poner obstáculos o penalizar a priori las opciones empresariales de segmentación del ciclo”.

³⁹ Si acaso, puede ser destacada aquí la utilidad indirecta que puede tener la regla que impone la responsabilidad solidaria de la empresa comitente por las deudas laborales de sus contratistas, en la medida en que, además de orientar a la primera a la hora de seleccionar sus socios comerciales, favoreciendo la elección aquellos que ofrecen mayores garantías de solvencia y cumplimiento de sus obligaciones, como apuntan los autores citados en la nota anterior, pág. 125, promueve de desarrollo por parte de la misma de una actitud vigilante sobre el comportamiento como empleador de las empresas auxiliares. Las condiciones de trabajo cuya vigilancia favorece este mecanismo son, no obstante, las que corresponden a los trabajadores de la contratista, sin que corresponda aquí hacer ningún tipo de comparación respecto de las que disfruta el personal dependiente de la empresa principal.

A. La recomposición dogmática de la noción de empleador como primera opción y sus límites intrínsecos

Un primer intento de respuesta viene dado por quienes consideran que la mejor manera de afrontar los fenómenos recién descritos es procediendo reformular la noción misma de empleador, mediante la construcción de “una posición subjetiva nueva”, que sea capaz de operar como “un centro de imputación subjetiva suficiente” y a la vez “ajustado a la realidad económica y mercantil de la empresa”, aunque para ello deba prescindirse “del esquema clásico de la personalidad jurídica”.⁴⁰

El punto de arranque para ello viene dado por la comprobación de la existencia, ya apuntada en las páginas anteriores, de formas de cooperación interempresarial que conllevan el reconocimiento en favor de otro empresario de poderes que terminan afectando, de manera directa o indirecta, a la gestión del personal de quien los concede.⁴¹ Es en función de esta constatación que se sustenta la necesidad de “tener en cuenta” estos “compromisos estructurales”, que condicionan “más o menos incisivamente las decisiones en orden a la gestión de los contratos de trabajo” al momento de “determinar “el ámbito subjetivo del contrato de trabajo”.⁴²

¿Cómo hacerlo? Entendiendo que, cuando la colaboración entre empresas implica una pérdida de autonomía de la auxiliar y una transferencia del poder de decisión a la dominante lo suficientemente intensa como para influenciar de manera relevante la gestión de su personal, debe entenderse es también ésta la que “recibe” el trabajo. Y, por tanto, debe considerarse empleadora de los trabajadores implicados.⁴³ No en sustitución de la auxiliar, sino conjuntamente con ella. La

⁴⁰ Vid. A. BAYLOS GRAU, “Prólogo”, cit., pág. 21.

⁴¹ En este sentido, E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación del empresario laboral ...*, cit., págs. 71-72, con especial referencia a las franquicias y concesiones comerciales.

⁴² M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El empresario ...”, cit., pág. 70.

⁴³ Vid. en este sentido, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 86, para quien en casos como éstos, la dificultad radica más bien en “entender cómo cuando una empresa invade la autonomía de decisión de otra, suplantándola y sometiéndola a su jerarquía, (...) no se vea considerada también empresario de los trabajadores concernidos, porque no es dudoso que ‘recibe’ su trabajo”. Así pues, como afirma esta misma autora, op. cit., pág. 88, cuando “el vínculo se estrecha y conduce a la

posición de empleador pasaría, de este modo, a estar ocupada por una pluralidad organizada de sujetos, todos ellos solidariamente responsables frente al trabajador.⁴⁴ Pudiendo considerarse además, como consecuencia de ello, al entero proyecto empresarial como ámbito de aplicación de las instituciones jurídico-laborales.

Aunque minoritaria, ésta es una postura que empieza a encontrar acogida en los círculos doctrinales.⁴⁵ Y que cuenta además con antecedentes del mayor interés dentro de la experiencia comparada de diversos ordenamientos.⁴⁶ Naturalmente, de admitirse la aplicación generalizada del “replanteamiento radical” de la noción de empleador que a través de ella se postula, se conseguiría volver a hacer coextensas las nociones de empresa (entendida, en consonancia con la realidad económica actual, como proyecto empresarial y no como organización especializada) y de empleador. Y, con ello, conjurar la mayor parte de los problemas planteados, toda vez que el “diafragma” de la personalidad jurídica diferenciada no podría ser ya eficazmente interpuesto entre las sociedades a las que por esta vía se atribuiría de forma conjunta la condición de empleador con el fin de poner barreras a la aplicación de las normas laborales y convenios colectivos.

El problema radica que, como habrá podido advertirse, no es ésta una construcción de alcance general sino más bien excepcional. Es decir, en vez de operar

superposición en el ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario (...) la cuestión ya no se mantiene en la superficie del contrato de trabajo, sino que entra directamente en la dinámica de éste (...) porque la cooperación empresarial ha traspasado la frontera de la noción de empleador”.

⁴⁴ Es decir, nos encontraríamos aquí, como apunta una vez más, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 76-77, ante un supuesto de “articulación compleja de la persona del empleador”, propio de las denominadas “obligaciones subjetivamente complejas”, entendiéndose por tales aquellas en las que “en uno de cuyos polos subjetivos se encuentra, no un sujeto solamente, ni varios solamente, sino una colectividad como tal, pero organizada, de forma que es posible detectar el interés común y estructurar la participación de todos en ese interés común”.

⁴⁵ Así, dentro de la doctrina española, puede verse, además de la referencia favorable de A. BAYLOS GRAU, “Prologo”, *cit.*, pág. 21, el punto de vista de J. CRUZ VILLALÓN, “Los cambios en la organización ...”, *cit.*, págs. 55-56, para quien “la desmembración del empresario” a la que se asiste “debería conducir, con naturalidad, a la aceptación de la presencia de un empleador plural”. Más matizadamente, en cambio, E. DESDENTADO DAROCA, *La personificación ...*, *cit.*, pág. 108.

⁴⁶ Vid. R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, *cit.*, págs. 9, 76-77 y 121, con referencia a las experiencias de Inglaterra, EE.UU., Holanda o Suecia (que ha dado lugar a la construcción de la figura del “empleador conjunto” o “coempleador”, aplicable a “las situaciones

con carácter universal en todos los supuestos de ejercicio coordinado de actividades productivas, lo hace únicamente cuando entre las entidades que cooperan sí existe una posición clara de dominio de una sobre la otra, que condiciona de forma relevante el ejercicio de los poderes de dirección y control sobre la fuerza de trabajo. Es decir, en situaciones extremas, de configuración interna sumamente compleja y además muy difíciles de detectar y probar.⁴⁷

Más allá de tales supuestos excepcionales, por tanto, habría que seguir operando de acuerdo con los cánones ordinarios de identificación de la posición patronal, a pesar de que los efectos precarizadores y degradatorios de las condiciones de trabajo que han sido descritos pueden ser alcanzados igualmente, al no depender más que del hecho mismo de la externalización, venga ésta o no acompañada de las formas extremas de control antes aludidas. Aún sin poner en tela de juicio la solidez de este punto de vista, y además su efectividad para hacer frente a las hipótesis más extremas de descentralización “controlada”, es preciso explorar, por tanto, otras vías de respuesta al problema.

donde el trabajador es empleado por dos o más empleadores, o donde el trabajo ante uno no es totalmente disociado del otro o que se averigua la influencia de los dos sobre las condiciones que constituyen la relación laboral”), de Francia (donde “en algunas hipótesis de regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo”, se permite “ir más allá, en cierta medida, del marco estricto de la personalidad moral, individualizando reglas de atribución de la calidad de empleador a una pluralidad de sujetos jurídicamente diferenciados, sea en los fenómenos de grupo, sea, por extensión, en casos de externalización ... cada vez que entre el cedente y el cesionario/contratista se verifica una mezcla de las atribuciones y una injerencia del primero en la gestión del segundo”) o de Uruguay (país en el que la jurisprudencia ha elaborado la figura del “empleador complejo”, aplicable a los supuestos en los que existe “una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y utilizan simultáneamente las prestaciones de trabajo” o cuando “una de ellas ejerce una supremacía económica o una fuerte interferencia” sobre “los que suministran los servicios”).

⁴⁷ Vid. en relación con esto último las observaciones de la propia M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 76, a quien no se ocultan los “enormes problemas prácticos” que plantea esta opción, “en la medida en que la pluralidad de sujetos en el ámbito empresarial es difícil o puede ser difícil de exteriorizar cuando el interesado en ponerlo de manifiesto es el trabajador, por definición externo a esos vínculos y al que le puede ser virtualmente inaccesible el entramado empresarial”. En la misma dirección, aunque poniendo el acento en la dificultad que implica la identificación de “criterios seguros de justificación de la corresponsabilidad” o de delimitación de “una posición empresarial más amplia y sensible a las modificaciones organizativas”, vid., respectivamente, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 76; y A. DESDENTADO DAROCA, op. cit., pág. 76.

B. La reconstrucción sistemática de las instituciones como alternativa

La segunda de las opciones responde a la idea, expuesta hace ya tiempo, de que las transformaciones en las formas de organización empresarial experimentadas en las últimas décadas obligan a los juristas del trabajo a llevar a cabo “una reconstrucción sistemática” de la disciplina, dirigida a “modular la protección jurídica dispensada por las normas laborales” con el fin de “adaptarlas a las nuevas situaciones originadas por la descentralización de las empresas”, evitando así que el trabajo “sea tratado como un factor de coste más” y que “mediante la subcontratación se pueda reducir la protección de los trabajadores de forma unilateral y, además, crear una mayor desigualdad e inseguridad para segmentos cada vez mayores de la población laboral”.⁴⁸

Frente a la aceptación pasiva de la pérdida de vigencia de buena parte de sus instituciones y cometidos a la que está dando lugar la desintegración del modelo de tradicional de empresa y de empleador, se sustenta aquí la necesidad de que el ordenamiento laboral asuma una posición activa y articule respuestas capaces de hacer frente a sus efectos más negativos, recurriendo para ello a una reformulación de sus contenidos con el fin de adaptarlos a ese objetivo.

Naturalmente, un planteamiento de este tipo resulta más fácil de postular que de articular a través de medidas concretas. No obstante, parece claro que dicha reacción debe venir inspirada por la conveniencia de presentar una prudente resistencia desde las instituciones jurídico-laborales frente a los hasta el momento irrefrenados los impulsos descentralizadores. No con el fin, como es obvio, de conseguir la erradicación por vías indirectas de este tipo de fenómenos, sino más bien de fomentar un uso “responsable” de los mismos desde el punto de vista social.

Las maneras como puede articularse esta matizada reacción pueden ser, dependiendo de las situaciones y los ordenamientos a los que vengán referidas, muy

⁴⁸ En este sentido, con una evidente claridad y anticipación respecto de lo que más adelante constituiría una realidad de aceptación generalizada, J. RIVERO LAMAS, “La descentralización productiva ...”, cit., págs. 81 y 85.

diversas. Aún así, parece que deberían encontrarse inspiradas por la necesidad de alcanzar un doble objetivo:

Primar o favorecer las descentralizaciones que respondan a razones de especialización productiva o a imperativos de carácter logístico y organizacional, poniendo trabas, en cambio, a aquellas cuya conveniencia se base exclusivamente en el abaratamiento de los costes del trabajo;⁴⁹

Dificultar la consecución por parte de quienes recurren a estas técnicas de los efectos precarizadores del empleo y degradatorios de las condiciones de trabajo que suelen alentar su utilización.

El Derecho del Trabajo debe, de este modo, como se ha puesto de manifiesto, dosificar “contra-impulsos centralizadores”,⁵⁰ recurriendo para ello a una recomposición sistemática de sus instituciones, con el fin de conseguir una utilización de estas técnicas que se aproxime de manera más clara a ese equilibrio entre eficiencia económica y cohesión social que ha caracterizado su devenir a lo largo de la historia.

¿Cómo podría avanzarse en esta dirección?

En opinión de quien esto escribe, la consecución de estos objetivos exigiría la realización de un doble movimiento.

Así, antes que nada, habría que replantearse desde la perspectiva antes indicada la manera de aplicar ciertas instituciones que, aunque han sido diseñadas con fines garantistas, pueden ser instrumentalizadas —o de hecho vienen siéndolo ya— con el fin de facilitar las externalizaciones de fines puramente reductores de los costes laborales.

⁴⁹ Como apuntan R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, *op. cit.*, pág. 123, indicando que el objetivo perseguido en este caso no es “crear obstáculos de manera general” a estas prácticas, sino “seleccionar ciertos procesos sobre la base del tipo de ventaja deseado”.

⁵⁰ De acuerdo con la expresión utilizada por R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, *op. cit.*, pág. 122.

Este es el caso de los despidos, normalmente de carácter colectivo, motivados por razones económicas u organizativas, que pueden convertirse en una vía fácil de legitimación de las extinciones de los contratos de trabajo del personal “interno” de las empresas que decidan recurrir a la descentralización si no se cuestiona la aptitud de esta decisión para operar como una causa válida de disolución del vínculo laboral.

Frente a esta posibilidad, que abriría la puerta a un uso indiscriminado de este instrumento capaz de vaciar de contenido la protección frente al despido sin causa presente en numerosos ordenamientos,⁵¹ parece razonable sostener, en aras de una elemental tutela de la estabilidad en el empleo de los trabajadores que vienen encargándose de la realización de los procesos de producción que van a ser transferidos al exterior, que el despido solamente puede ser considerado legítimo cuando el mantenimiento del sistema de gestión “interna” de la actividad—y, con él, el de los puestos de trabajo a ella asociados— no resulte viable, por haber devenido inadecuado u obsoleto respecto del “externo”, constituyendo su continuidad un riesgo para la viabilidad de la empresa y el mantenimiento de los restantes puestos de trabajo.⁵² Ello deja sin resolver el problema de fondo que subyace a este tipo de situaciones, que no es otro que el de la falta de coherencia entre admisión de la validez de la extinción de los contratos de trabajo y el mantenimiento de la necesidad empresarial que justificó su celebración. Pero al menos sirve para imponer un límite claro a su utilización en clave puramente expulsiva de los trabajadores de las empresas que deciden recurrir a estas prácticas. Con ello, las externalizaciones no fundadas en motivos técnicos u organizativos verán elevado su coste, pero sin que aquellas que si lo estén tengan por qué verse dificultadas.

Otro tanto ocurre con la garantía de continuidad de los contratos de trabajo en caso de transferencia total o parcial de la empresa, presente también en numerosos ordenamientos. Diseñada con el propósito de asegurar la permanencia en el

⁵¹ No debe perderse de vista que la decisión de recurrir al *outsourcing* o a la filialización es una de carácter discrecional, no sujeta en principio a exigencia alguna en lo que a su motivación se refiere.

⁵² Vid. W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, 2006, núm. 33, págs. 236-237, así como la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

empleo de los trabajadores cuando su fuente cambie de titular, esta regla ha terminado por convertirse, como consecuencia de un llamativo proceso de “torsión semántica e interpretativa”,⁵³ en “un mecanismo económico al servicio del mercado”, a través del cual se consigue imponer a los trabajadores afectados por los procesos de externalización su traslado forzoso a la entidad a la que se haya decidido encargar el desarrollo de la actividad y traspasarle los activos en los que ésta se sustenta. Y es que, aplicada a esta clase de situaciones, el efecto de la misma no es otro que el de permitir a los empresarios interesados en fragmentar la empresa “liberarse de los trabajadores incorporados a ella transfiriéndolos a otro empresario”.⁵⁴ La disgregación de los procesos productivos queda, con ello, plenamente legitimada a efectos laborales.

La solución descrita no es, sin embargo, la única posible en estos casos. Para tomar cuenta de ello basta con observar que el problema de fondo que se plantea aquí es, finalmente, también el de la incoherencia que supone admitir que el traspaso de los contratos debe producirse de manera perentoria pese a que las necesidades productivas que justificaron su celebración siguen siendo precisas para la empresa matriz. De allí que se haya afirmado que “en los casos de descentralización productiva, dada la continuidad de la empresa ‘madre’, teóricamente cabría asegurar la continuidad de los contratos de trabajo” mediante su mantenimiento “frente al empresario originario, pues éste, pese a la externalización parcial de actividades, prosigue la producción”. Al “interés de este empresario de descentralizar, jurídicamente tutelado desde la libertad de empresa”, cabría por ello oponer “el interés de los trabajadores a no ser externalizados”. Una situación que no se compadece “con la unilateralidad de perspectiva con que opera la regla sucesoria”.⁵⁵ Esto debería conducir a evaluar la posibilidad de introducir aquí mecanismos de protección individual de dicho personal, como puede ser por ejemplo el de condicionar la aplicación del efecto subrogatorio a su consentimiento, garantizándosele su permanencia en la principal o una extinción indemnizada de

⁵³ Sobre el que llaman la atención R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, *op. cit.*, pág. 126.

⁵⁴ Los pasajes entrecomillados pertenecen a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ (Coordinadora), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 213 y 226.

⁵⁵ Las citas textuales tienen su origen, nuevamente, en el trabajo de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO citado en la nota anterior, pág. 234.

sus contratos en caso contrario.⁵⁶ De este modo podría limitarse el juego de esta regla “a los solos casos en que la transferencia produzca efectos positivos sobre la relación de trabajo o represente en todo caso una *extrema ratio* frente al despido por terminación de la actividad de la parte cedente”.⁵⁷ El efecto desalentador de las transmisiones que no persigan esa finalidad es evidente.

Ahora bien, como se dejó dicho, este tipo de intervenciones, dirigidas a fomentar un uso “virtuoso” de las técnicas de descentralización mediante la imposición de trabas a todas aquellas operaciones de segmentación que no respondan a propósitos legítimos desde el punto de vista productivo, deben verse complementadas por otras encaminadas a dificultar la consecución por parte de quienes recurren a estas técnicas de los efectos precarizadores del empleo y degradatorios de las condiciones de trabajo que suelen alentar su utilización. Ello debería conducir a repensar igualmente la manera de operar de ciertos mecanismos jurídicos que en la actualidad permiten —e incluso puede decirse que favorecen— en determinados ordenamientos la obtención de dichos resultados. E incluso a examinar la conveniencia de introducir medidas que impongan límites expresos a esa posibilidad.

Lo anterior atañe, en un primer y más destacado lugar, a la óptica desde la que ha de contemplarse la aplicación de la exigencia de causalidad de la contratación temporal en aquellos sistemas en los que se encuentra reconocida. Ha de tenerse presente que los procesos de descentralización, sea ese o no su propósito, terminan por fomentar el establecimiento de una relación de correspondencia entre la duración, normalmente limitada en el tiempo, de la contratación civil o mercantil que los sustenta y la de los contratos de trabajo.⁵⁸ Esto se debe a que, dado que los empresarios que recurren a la subcontratación suelen conferir carácter temporal a

⁵⁶ Sobre esta propuesta se remite nuevamente a W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, cit., págs. 242-243. En la misma dirección, vid. también R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 126, así como el trabajo referenciado en la nota siguiente, pág. 1221.

⁵⁷ Conforme postula A. PERULLI, “Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione”, *Il Diritto del Lavoro*, 2004, núm. 3-4, pág. 1222.

⁵⁸ J. Cruz Villalón, “Outsourcing y relaciones laborales”, en AEDTSS, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, MTAS, 2000, pág. 276.

los encargos que efectúan a las empresas auxiliares incluso cuando las tareas a atender responden a una necesidad constante, éstas tienden a su vez, en aplicación de una elemental lógica de limitación de riesgos, a vincularse con su personal mediante contratos de duración determinada cuyo plazo de vigencia coincide con el del contrato que los une con la principal.

El dilema que ello plantea no es otro que el siguiente: cuál debe ser el criterio a adoptar para la determinación de la duración de los contratos de dicho personal. Si ha de atenderse al puramente formal de la duración limitada del vínculo que une a su empleador con la empresa principal. O debe tenerse en cuenta el elemento sustancial que atiende al carácter permanente de la necesidad de fuerza de trabajo que se satisface. Pues bien, frente a este dilema, como se ha afirmado, un respeto sustancial al principio de causalidad de la contratación temporal, que tenga en cuenta además a los efectos que la aceptación del criterio contrario estaría en condiciones de producir sobre el mercado de trabajo, debería conducir a establecer una conexión directa entre la continuidad de la relación laboral y la de la actividad productiva descentralizada por la empresa principal, al margen del contenido del pacto celebrado entre ésta y la contratista⁵⁹. Cuando dicha actividad sea permanente, dependiendo su temporalidad del recurso a técnicas de externalización de actividades, la celebración de contratos de trabajo de duración determinada no debería, en consecuencia, ser admitida,⁶⁰ so pena de dejar a la mera voluntad, no ya del contratista sino de la empresa principal, beneficiaria primordial de este tipo de operaciones, la salvaguardia del principio de estabilidad en el empleo.⁶¹ Naturalmente, ello implica que la aplicación del principio de causalidad trasciende, con el fin de salvaguardar su eficacia, la esfera jurídica del empleador, para tener en cuenta la dinámica de conjunto de los procesos de producción en que se inserta la actividad del trabajador.

Es importante advertir, en cualquier caso, que lo anterior no supone que se desconozca la incertidumbre que afecta al contratista. Lo que ocurre es que se

⁵⁹ Así, J. CRUZ VILLALÓN, loc. ult. cit., pág. 278.

⁶⁰ J. I. GARCÍA NINET Y A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, pág. 57.

⁶¹ Una vez más, J. CRUZ VILLALÓN, loc. ult. cit.

entiende que dicho riesgo debería ser afrontado a través de otro tipo de medidas, que no impliquen su traslado inmediato al trabajador, como pueden ser la extinción de los contratos de trabajo por razones vinculadas con el funcionamiento de la empresa, cuando se produzca el fin del encargo y no exista la posibilidad de asignar otras tareas a los afectados; o, mejor aún, el establecimiento por vía legal o convencional del deber del empresario auxiliar que continúe con la actividad de subrogarse en la posición jurídica del que lo antecedió, asumiendo los contratos de trabajo de su personal ⁶². En especial, este último es un mecanismo que estaría en condiciones de asegurar en la mayor parte de los casos la continuidad en el empleo de los trabajadores, evitando la extinción de sus contratos por falta de objeto. El recurso a esta clase de instrumentos en sustitución de la temporalidad permitiría un reparto más equilibrado del riesgo de terminación de la actividad que la pura aceptación de la contratación temporal. A la vez contribuiría a poner freno a esa fatal tendencia a favorecer la precariedad que caracteriza a los procesos de descentralización productiva.

Ahora bien, al lado de lo anterior, es evidente que debe también prestarse atención a la diferencia de condiciones entre trabajadores “internos” o “de núcleo” y trabajadores “externos” o “de contrata” que la descentralización está en condiciones de promover de manera generalizada.

Éste es, como salta a la vista, un efecto de los procesos de externalización que resulta bastante más difícil de combatir desde la ley. Aun siendo así, tampoco parece que los ordenamientos laborales tengan necesariamente que resignarse a admitir que la segmentación de las tareas que en última instancia forman parte de un único ciclo de producción permite eludir sin dificultad alguna el orden normativo aplicable al personal de la empresa principal. Antes bien, la constatación de la existencia de dicha unidad sustancial debería ser capaz de permitir avanzar en la construcción de mecanismos que permitan cerrar –o al menos acortar– la brecha que normalmente separa a ambos colectivos.

⁶² La referencia conjunta a ambas opciones en J. I. GARCÍA NINET y A. VICENTE PALACIO, op. cit., págs. 57-58.

El mecanismo más idóneo para ello estaría constituido por el establecimiento de una obligación de igualdad de trato entre los trabajadores dependientes de la empresa contratista y aquellos que laboran para la empresa que se beneficia indirectamente de su trabajo. Además de proteger el interés de los trabajadores afectados por estos procesos, esta regla contribuiría de manera decisiva a frenar los intentos de segmentar los ciclos de producción con el solo propósito de disminuir los costes laborales, puesto que a partir de su introducción los únicos supuestos de externalización que resultarían convenientes serían “aquellos dictados por oportunidades de especialización y de optimización de la producción”. Al operar de tal modo, la obligación de paridad de trato estaría en condiciones, así pues, de excluir “un modelo de competitividad fundado en costes del trabajo más bajos” y de estimular “los procesos de descentralización con la finalidad de mejorar la calidad del servicio o del producto”.⁶³

La aplicación de esta propuesta se ve dificultada, no obstante, por importantes obstáculos formales. En especial, por la diferencia que puede existir entre las funciones que realizan los empleados de la empresa auxiliar y aquellas que corresponden a los de la principal, máxime cuando las actividades externalizadas, como ocurre con frecuencia, pertenecen a sectores mercantiles distintos y se rigen por convenios colectivos también diferentes. A pesar de ello, la introducción del canon paritario resulta perfectamente posible –y además plenamente legítima– al menos cuando unos y otros realizan funciones semejantes. Y más aún si, como empieza a ocurrir con frecuencia como resultado de la tendencia externalizar funciones que integran el núcleo mismo de la actividad productiva de la empresa principal, los trabajadores de la auxiliar desarrollan además esas tareas “en contacto estrecho con los del adjudicador” o en los locales de éste.⁶⁴ La adopción de este criterio supondría, por lo demás, un verdadero “salto cualitativo” en la aplicación del principio de igualdad, que terminaría por superar el “corsé” de la personificación empresarial para prestar atención a datos de carácter sustancial, como son la identi-

⁶³ Sobre esta propuesta y sus ventajas desde la perspectiva del fomento de un uso “virtuoso” del mecanismo, vid. R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., págs. 20, 79-80 y 123. Las citas textuales corresponden a la página 20.

⁶⁴ Nuevamente se siguen aquí las atinadas observaciones de R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 79.

dad de las funciones que se realizan y la participación en actividades que integran un mismo ciclo de producción.⁶⁵

De todas formas, la resistencia que una propuesta de este tipo está en condiciones de generar, en especial por parte de los sectores empresariales habituados al empleo de este mecanismo en clave puramente abaratadora de costes laborales, así como los límites intrínsecos de su aplicación, aconsejan tener en cuenta de forma complementaria otras opciones que contribuyan, si no a generar un resultado similar, al menos a aproximarse a él.

Aquí el papel estelar lo tendría, naturalmente, la autonomía colectiva. Desde esta perspectiva, el modelo de empresa emergente debería también impulsar un examen de las condiciones de trabajo en términos de ciclo productivo, que permita identificar el conjunto de procesos que intervienen en la producción de los bienes o servicios, con el fin de desarrollar una negociación que, abarcándolos, garantice beneficios aceptables para todos⁶⁶. La creación de ámbitos de negociación transversales y el planteamiento de formas de contratación colectiva reticular, marcadas por el protagonismo de la negociación entre las empresas principales y contratistas, son aquí propuestas a cuya plasmación deberá dedicarse un especial esfuerzo en el futuro.⁶⁷ Las dificultades de una intervención colectiva en estos ámbitos, debido a las propias características de los procesos de fragmentación empresarial, hacen conveniente, con todo, una decidida intervención “de soporte” del legislador, dirigida tanto a facilitar la sindicación del personal de las empresas auxiliares como a afirmar la legitimidad de estas formas novedosas de negociación y ofrecer respaldo a sus productos.

⁶⁵ La aplicación de esta regla a trabajadores dependientes de empleadores distintos tiene un antecedente en el Derecho español, que la aplica al personal cedido a otro por una empresa dedicada de manera específica a actividades de prestamismo laboral. El supuesto no resulta, con todo, idéntico al que se contempla en la propuesta, toda vez que en este caso, a la identidad de funciones y normal coincidencia en el centro de trabajo de los trabajadores cedidos, se añade el hecho de que se encuentran sometidos al poder de dirección de la empresa cesionaria, lo mismo que el personal de ésta. Cosa que no ocurre, como es evidente, en los supuestos de descentralización productiva.

⁶⁶ A. RECIO, “Empresa red ...”, cit., pág. 232.

⁶⁷ Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”, cit., págs. 67-69. Para un ejemplo de negociación colectiva de este tipo, procedente de la experiencia española, vid. M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “La eficacia de la negociación colectiva sectorial de carácter

4. La recuperación de la unidad en medio de la fragmentación: una valiosa contribución del Derecho del Trabajo a la eficiencia económica y (no sólo) el equilibrio social

Como se habrá podido comprobar, aunque a través de procedimientos distintos, las dos vías de vías de respuesta del Derecho del Trabajo a los desafíos planteados por la generalización del nuevo modelo flexible y reticular de organización empresarial que de momento vienen perfilándose se encaminan en última instancia hacia la consecución un objetivo muy similar: tratar de reconstruir desde una base distinta los vínculos entre el sujeto empleador y la organización que sustenta el desarrollo de la actividad productiva sobre los que ha estado apoyada hasta etapas muy recientes la construcción del Derecho del Trabajo. Unos vínculos que, como se ha podido comprobar, han saltado por los aires en las últimas décadas. La primera contraponiendo a la fragmentación actual un concepto más amplio y complejo de empleador, capaz de articular a su interior las, a su vez, también más complejas e intensas formas de colaboración a las que los procesos de cooperación interempresarial están dando lugar. La segunda tratando de recuperar la función tradicional de la noción de empresa, convenientemente independizada a estos efectos de la de empleador y de su personificación, como ámbito de aplicación de algunas de las más relevantes instituciones jurídico-laborales, así como de ejercicio de la autonomía colectiva.

Ambos son, por lo demás, como se ha dejado apuntado, senderos que pueden ser recorridos por los ordenamientos laborales tanto de manera independiente como

transversal: el ejemplo de los acuerdos para empresas contratistas y subcontratistas de REPSOL-YPF”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2004, núm. 7. Por lo demás, tampoco puede ser desdeñada la importancia de los procesos de negociación colectiva que, desde hace ya algún tiempo, vienen desarrollándose en el marco de los grupos de empresas, en la medida en que éstos se encuentran en condiciones de operar como “un mecanismo altamente eficaz para contrarrestar la degradación de las condiciones de trabajo que potencialmente acarrearán estos episodios de descentralización productiva” cuando ésta tiene lugar a través de procesos de filialización, como apunta J. BAZ RODRÍGUEZ, *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, cit., pág. 462. En general sobre el tema, vid., del mismo autor, “Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas”, *Revista de Derecho Social*, 2006, núm. 34, págs. 181 y sigs.

simultánea. Al fin y al cabo, mientras la recomposición dogmática del concepto de empleador persigue hacer frente “desde el interior del contrato” a aquellos supuestos en los que la interpenetración entre los sujetos que colaboran entre sí adquiere por su intensidad trascendencia en dicho ámbito, la reconstrucción sistemática de las instituciones apunta a favorecer una aplicación de las normas laborales congruente con la “unidad de destino económico” de las actividades de aquellos sujetos que mantienen entre sí vínculos de una trascendencia más limitada, intentando evitar que la diversidad de personificaciones pueda ser utilizada en como una herramienta para la degradación de los tratamientos normativos aplicables a los trabajadores implicados en estos procesos de cooperación.

Lo que de este modo parece entrar en crisis —o, en todo caso, encontrarse en cuestión— es precisamente aquel mecanismo cuya instrumentalización se sitúa en la base de los efectos laborales indeseables de la descentralización. Es decir, el papel de “diafragma” o “barrera infranqueable” entre sujetos formalmente distintos atribuido hasta el momento a la noción de personalidad jurídica. Así, ésta ya no parece resultar ya útil, ni para marcar de forma concluyente las fronteras del concepto de empleador; ni para actuar como límite idóneo para la operatividad de las instituciones jurídico-laborales. Superar dicho efecto, recurriendo para ello a nociones más amplias y flexibles, tanto de empleador como de empresa,⁶⁸ en línea con lo apuntado en las páginas anteriores, se convierte por ello en un imperativo ineludible para que el Derecho del Trabajo pueda estar en condiciones de afrontar con éxito los desafíos que le plantea dicha situación.

Por lo demás, el servicio que de tal modo puede prestar nuestra disciplina no es solamente uno a la equidad y el equilibrio social, a los que la generalización las consecuencias negativas de los procesos de fragmentación empresarial someten a una dura prueba. Conforme se ha destacado —y ha habido además ocasión de comprobar a lo largo del estudio que aquí concluye— la adopción de medidas como las propuestas contribuye también a “determinar de manera relevante los comportamientos de los operadores económicos”, de un lado desalentando “la vía baja de

⁶⁸ Como postulan R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, “Descentralización productiva”, cit., pag. 130.

la descentralización productiva determinada por la pura voluntad de reducir los costes”, y del otro “favoreciendo la vía alta o virtuosa de la reorganización orientada hacia la especialización flexible”⁶⁹ Por ello, de decidirse a iniciar esta andadura, difícil pero perfectamente posible, el Derecho del Trabajo estará en condiciones de efectuar igualmente una valiosa contribución al funcionamiento eficiente y equilibrado de los procesos productivos.

⁶⁹ Conforme apuntan, nuevamente, R. DE LUCA TAMAJO y A. PERULLI, op. cit., pág. 25.

Ejercicio de la libertad sindical individual en período de prueba: derechos en pugna y mecanismos de protección del trabajador

Nixon Javier Castillo Montoya
Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad Nacional de Cajamarca

I. INTRODUCCION.

En el presente trabajo se realiza un análisis correlacional de dos institutos jurídicos, cuyo ejercicio se manifiesta en la relación laboral: el poder de dirección del empleador, el cual encuentra sustento constitucional en la libertad de empresa; y, por otro lado, la libertad sindical del trabajador, específicamente relacionada al plano individual positivo. Dichas implicancias serán vistas en el periodo de prueba, etapa por la cual pasa toda prestación subordinada de servicios, dado el carácter legal del mismo; sin embargo, para el caso objeto de análisis haremos referencia únicamente al contrato a plazo indefinido, por cuantos los contratos sujetos a modalidad presentan sus propias particularidades, las cuales, por razones de amplitud, no las desarrollamos por ahora.

El referente de motivación de este estudio se encuentra en la concurrencia de dos normas de rango legal: por un lado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual en su artículo 10° regula el periodo de prueba, precisando que una vez superado éste, el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario al que hace mención el artículo 27° de la Constitución; y, del otro, el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual en su artículo 12° precisa las condiciones para ser miembro de una organización sindical, señalando además que “...*Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral*”;

frente a lo cual resulta necesario plantearse las siguientes interrogantes: ¿qué sucede si el trabajador en periodo de prueba ejerce su libertad sindical positiva y, como consecuencia de ello, el empleador extingue la relación laboral, debido a que aún no ha alcanzado la protección contra el despido arbitrario? Bajo el test de razonabilidad, ¿cuál de los derechos debe prevalecer: libertad de empresa o libertad sindical?, y ¿qué mecanismos de protección puede hacer valer el trabajador cuya relación laboral se extinguió en periodo de prueba con lesión de su libertad sindical?

Con el desarrollo de la temática abordada pretendemos ensayar algunas respuestas a dichas interrogantes, sin que ello signifique adoptar una posición extrema de indemnidad a favor del trabajador, sino únicamente proporcionar líneas argumentativas tendientes a limitar el poder discrecional de actuación del empleador en periodo de prueba, de tal manera que éste tenga como sustento el análisis y verificación del objeto de dicho periodo y no una motivación encubierta que vulnere derechos fundamentales del trabajador.

II. LIBERTAD SINDICAL.

2.1. Breves rasgos de evolución.

Villavicencio Ríos¹, al referirse a la libertad sindical señala que “su origen, dinámica y justificación histórica reposan en la necesidad de amortiguar las consecuencias de la contraposición de intereses y de la desigual distribución de poder entre capital y el trabajo, implícita en el sistema capitalista, a partir de la actuación y representación colectiva de los trabajadores”; circunstancia que consideramos se produjo motivada por la propia naturaleza socioeconómica de los sujetos que integran la relación laboral: empleador – trabajador, frente a la cual estos últimos empezaron a reaccionar de manera colectiva en busca de mejores condiciones de

¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad Sindical en el Perú*. Oficina Internacional de Trabajo. Documento de Trabajo 114. Lima. 1999. P. 7 y ss.

vida, acordes con su dignidad² de seres humanos. De allí que se considere a la libertad sindical como el pilar básico de todos los demás derechos laborales, pues sin el respeto a dicha libertad y, concretamente, sin la existencia de una real libertad sindical, no es posible concebir la consagración de los derechos laborales de los que hoy son titulares los trabajadores.

No obstante la reacción natural, sin duda necesaria, de la clase obrera de hacer frente a condiciones extremas impuestas por los empleadores, se generó también una respuesta del Estado, históricamente traducida en la primera etapa de evolución de la Libertad Sindical: la de prohibición, la cual, según Villavicencio se generó a partir de la Ley francesa *Le Chapelier*³ de 1789, a través de la cual no sólo se prohibió, sino que se sancionó penalmente cualquier intento de defensa colectiva de intereses por medio de asociaciones u organizaciones de trabajadores. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la *Combination Laws Repeal* inglesa de 1824 se dio paso al segundo periodo conocido como de tolerancia, en donde se eliminó las prohibiciones del ejercicio de la libertad de asociación⁴, de la cual resul-

² Según María Luisa MARTÍNEZ SALGUEIRO, “en el concepto relativo a la dignidad se incluyen el derecho a condiciones satisfactorias de trabajo y de vida (el que a la vez se subdivide en duración del trabajo, derecho al descanso, derecho a disfrutar del tiempo libre, protección de la integridad física del trabajador, remuneración y alojamiento y servicios sociales para los trabajadores) y el derecho a la defensa de la promoción de los derechos y libertades por los propios interesados” (*Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las Relaciones Laborales*. OIT. Análisis de la situación en América Latina. Montevideo. 1995. P. 10).

³ Según Francisco Gómez, “La primera ley represiva antisindical dictada en el viejo continente fue la Ley *Le Chapelier* (Francia) promulgada el 17/06/1796 en Francia...” (GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo. Relaciones Colectivas de Trabajo*. Edit. San Marcos. Lima. 2001. P. 73). Refiriéndose a este mismo tema, Carlos Etala señala que la ley *Le Chapelier* de junio de 1791 se emitió con el propósito de impedir cualquier restauración de las corporaciones de oficios. (ETALA, Carlos Alberto. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Edit. Astrea. Buenos Aires. 2000. P. 32). De lo que se colige que no existe uniformidad en cuanto a la fecha de promulgación de la referida ley. Lo cierto es que a partir de ella se inició la etapa de la prohibición en Europa.

⁴ Según Enrique Alvarez Conde, citado por el Tribunal Constitucional peruano (Exp. 008-2005-PI/TC), la libertad sindical “...debe ser considerada como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por lo tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación”. En igual sentido, Daniel Martínez y Luz Vega Ruiz consideran que “La libertad sindical representa, en el ámbito social, la suma de un conjunto de derechos y libertades laborales básicos. Originada en el derecho a la libre asociación, implica el ejercicio de otra serie de derechos fundamentales tales como el de reunión, y el de libre expresión. Se trata así por naturaleza, de un derecho plural, que engloba la manifestación colectiva e individual del libre arbitrio en el marco productivo”. (MARTÍNEZ, Daniel y LUZ VEGA RUIZ. *Libertad Sindical y Diálogo Social en los Países Andinos*. Documento

ta ser una manifestación la libertad sindical, dejándola en el plano de las conductas aceptadas, pero no promovidas por el Estado, ni formal ni materialmente. No obstante, tras el proceso de despenalización de la libertad sindical a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, a través de distintas normas europeas, culminó en su reconocimiento como derecho en el ordenamiento jurídico, a partir de la *Trade Union Act* inglesa de 1871; para luego alcanzar su constitucionalización en 1917 (Constitución de Querétaro⁵), lo cual permitió que los trabajadores, a través de los sindicatos⁶ empiecen a ejercer sus funciones⁷ esenciales, con lo cual lograron equilibrar, por lo menos formalmente, la desigual relación en la que se encontraban frente a los empleadores, funciones que fueron fortaleciéndose debido al reconocimiento de la autonomía colectiva, de allí que resulta lógico considerar que “el Derecho Sindical, considerado desde el plano histórico, aparece con los respectivos reconocimientos legales que los Estados producen respecto del hecho de la agrupación de trabajadores con fines de defensa”⁸.

/... 137. Oficina Internacional del Trabajo. Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos. Lima. 2001. P. 13.).

⁵ Carlos Blancas Bustamante, al referirse a la evolución de los derechos humanos, en especial a los de carácter económico, social y cultural, ha señalado que “el hito inicial y, a la postre, el núcleo de esta nueva ‘generación’ o categoría de derechos están constituidos por los de contenido ‘laboral’, que fueron reconocidos por primera vez, junto con otros derechos sociales, como derechos constitucionales por la Constitución mexicana—conocida también como Constitución de Querétaro—en 1917”. (*Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 2007. Pp. 77-78).

⁶ Se ha indicado que “debido al poder de los demandantes de empleo, la abundancia de la mano de obra barata y las condiciones, en ocasiones inhumanas, de trabajo, los mercados laborales no son estrictamente competitivos, lo cual justifica la presencia de los sindicatos de trabajadores..” (GIL-LA CRUZ, Marta y Ana Isabel GIL-LA CRUZ. *Capital Humano y Capital Social, Implicaciones en el crecimiento económico*. En Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 61. España. 2006. P. 98.) Asimismo, se ha señalado que “... las organizaciones de trabajadores propiamente tales están concebidas como entidades esencialmente destinadas a la defensa de los intereses de sus miembros” (WALKER E., Francisco. *La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado*. Oficina Internacional del Trabajo. Chile. 2003. P. 16).

⁷ Al respecto puede verse: VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público; en Ius et Veritas*. PUCP. Lima. Pp.211 - 226.

⁸ GARCÍA ABELLAN, Juan. *Introducción al Derecho Sindical*. Edit. Aguilar. Madrid. 1961. P. 25.

Por otro lado, Villavicencio considera que el reconocimiento jurídico de la libertad sindical en América Latina ha llegado a su máxima expresión, debido a que todos los países la han consagrado en el nivel constitucional; y, que en el caso del Perú, desde la Constitución de 1979, tal derecho se ha convertido en una de las piedras angulares del modelo constitucional de relaciones laborales; no obstante, ello precisa que las normas legales han reducido su ámbito de actuación, por lo que nuestro país ha sido considerado como uno de los más intervencionistas de la región. No obstante dicha observación efectuada, consideramos que por lo menos con el levantamiento de las observaciones efectuadas por el Comité de Libertad Sindical, a nivel legal se ha mejorado –aunque formalmente- las condiciones para que se ejerza la libertad sindical en el Perú, la cual parte del propio reconocimiento que la Constitución efectúa en el artículo 28, inciso 1, el mismo que establece que el Estado “*Garantiza la libertad sindical...*”; sin embargo, somos conscientes que dicha garantía más que el reconocimiento de la misma a nivel normativo, debe implicar el diseño y ejecución de medidas tendientes a lograr su concreta efectivización; pues, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español⁹, el derecho de libertad sindical “queda así menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza”, lo cual no sólo se manifiesta en el plano individual de titularidad, sino que constituye un potencial efecto disuasorio para la organización sindical en su conjunto.

2.2. Contenido y alcances.

Por la propia naturaleza de este derecho, rara vez se ha intentado definirlo, por cuanto atendiendo a su amplitud y complejidad, tales definiciones podrían quedar reducidas frente a su real connotación, la cual también varía con el tiempo. Sin embargo, se ha considerado que el mismo expresa la síntesis de todos los derechos y libertades imprescindibles para la existencia y el eficaz funcionamiento de los sindicatos, en condiciones tales de que puedan defender y promover los intereses de los trabajadores. De ahí que Neves Mujica haya indicado que, sin ánimo de proporcionar una definición cerrada, se la entiende como “el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse y participar en las organizaciones sindicales, así como

⁹ STC español 257/2007, de 17 de diciembre de 2007. (f.j. 2).

el derecho de éstas a elegir a sus representantes, redactar sus estatutos, desarrollar actividades, formar organizaciones sindicales de grado superior y disolver las organizaciones sindicales. Todo ello sin injerencia del empleador ni del Estado y con la debida tutela de éste, a través de diversos mecanismos y facilidades encaminadas a permitir e incluso promover el ejercicio del derecho”¹⁰; pues, “los derechos fundamentales no sólo exigen de abstencionismo de parte del poder, sino que debido a su especial significación, exigen del poder un compromiso serio para garantizar y promover la plena vigencia”¹¹ de los mismos, en todos sus ámbitos.

En lo que se refiere al contenido de este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional peruano¹², ha indicado que “la libertad sindical no sólo tiene una dimensión individual, relativa a la constitución de un sindicato y a su afiliación, sino también una dimensión plural o colectiva que se manifiesta en la autonomía sindical y en su personería jurídica”. Señala, asimismo, el Tribunal que estas dimensiones se justifican en tanto están contenidas en el artículo 3.1. del Convenio N.º 87 de la OIT, así como en el artículo 1.2. del Convenio N.º 98 de la OIT, el cual establece la protección a los trabajadores sindicalizados contra todo acto que tenga por objeto despedirlo o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales. En otra de sus resoluciones¹³ el máximo intérprete de la Constitución ha indicado que la libertad sindical tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. Sin embargo, dicho Colegiado hace la salvedad de que debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes mencionados; pues, por el contrario queda abierta la posibilidad de su continuo desarrollo.

En cuanto a sus alcances¹⁴, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que la libertad sindical se manifiesta en dos planos: el intuitu persona y el plural,

¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. Prólogo a la obra: *Libertad Sindical en el Perú*, de Villavicencio Ríos.

¹¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Segunda Edición corregida y aumentada. Edit. Palestra. Lima. P. 238.

¹² Expediente 0206-2005-PA/TC. (f.j. 10).

¹³ Expediente N° 1124-2001-AA/TC. F.j. 8.

¹⁴ Expediente N° 008-2005-PI/TC. (f.j. 27).

señalando que la libertad sindical intuitu persona¹⁵ plantea dos aspectos: uno positivo, el cual comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos; asimismo, dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical, la cual, según Villavicencio, constituye el elemento que define este derecho¹⁶; en tanto que el aspecto negativo comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical. A su vez, la libertad sindical plural plantea tres aspectos: a) ante el Estado, el mismo que comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; b) ante los empleadores, que implica el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; y, c) ante las otras organizaciones sindicales, lo cual comprende la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, entre otros. Por ello es que se impone “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”¹⁷; pues como ha indicado el Tribunal español, “el contenido del derecho a la libertad sindical (...) se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económico en la empresa”.

Ahora bien, en lo que se refiere a la libertad sindical colectiva¹⁸, cuyo titular ya no es el trabajador individualmente considerado, sino la organización sindical, diremos que ésta se traduce, siguiendo a Villavicencio, en las libertades de reglamen-

¹⁵ Al respecto el Tribunal Constitucional español ha indicado que “...el derecho de libertad sindical garantiza, en su vertiente individual, el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical. Por ello, la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación sindical en el ámbito de la empresa implican una “garantía de indemnidad”, que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y de sus representantes en relación con el resto de aquéllos” (STC 326/2005, de 12 de diciembre de 2005, fundamento jurídico 6).

¹⁶ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. Ob. Cit. P. 37.

¹⁷ Expediente N° 0206-2005-PA/TC.(f.j. 10).

¹⁸ El Tribunal Constitucional español, en el fundamento jurídico 3 de la sentencia 238/2005, de 26 de setiembre de 2005, ha indicado que “como repetidamente ha declarado nuestra jurisprudencia, la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar ‘contenido esencial’ de tal derecho...”

tación, representación, gestión interna y externa, federación y suspensión o liquidación, cuyo desarrollo no efectuamos, dado a que el interés del presente trabajo radica en la libertad sindical individual positiva del trabajador que se encuentra en periodo de prueba.

2.3. Tutela de la libertad sindical como derecho fundamental.

Teniendo en cuenta que el Derecho Laboral postula la libertad de organización de los trabajadores o de empleadores para promover y defender sus intereses, sin injerencia estatal ni de otra organización, dentro del respeto de la legalidad y con el goce de suficientes garantías¹⁹, el reconocimiento y la protección de la libertad sindical aparecen ya recogidas en todas las Constituciones, lo que no sólo le da un rango fundamental en la norma general²⁰, sino que le abre las puertas de la tutela constitucional por medio de las garantías correspondientes, dotándole así de una estructura procesal sumaria y preferente, que cumple un papel central a la hora de proteger su existencia y eficacia²¹, pues, en última instancia, el núcleo central de tales mecanismos radica no sólo en ver si se respetan dichos principios y derechos, sino cuál es la mejor manera de respetarlos y utilizarlos²². Por tal razón, el Tribunal Constitucional español ha precisado que la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de

¹⁹ VEGA RUIZ, María Luz (e). *La reforma Laboral en América Latina: 15 años después*. Un Análisis Comparado. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. Lima. 2005. P. 62.

²⁰ Al respecto Elías Mantero señala que “la Constitución, obliga al Estado a ‘garantizar’ (esto es asegurar) la libertad sindical para lo cual la legislación ha creado mecanismos de protección, siempre concordantes con el ejercicio democrático de este derecho. La legislación protege la libertad sindical (...) tanto a través de la Ley de Relaciones Colectivas, como del Código Penal, que tipifica como conducta delictiva determinadas actitudes encaminadas a presionar la afiliación o desafiliación a una organización sindical” (ELIAS MANTERO, Fernando. *El tratamiento constitucional de los Derechos Laborales en una Nueva Constitución*; en: Revista VOX JURIS. Temas Constitucionales, Edición Extraordinaria. Fondo Editorial USMP. Lima. 2005. P. 140).

²¹ MARTÍNEZ, Daniel y Luz VEGA RUIZ. Ob. Cit. P. 17.

²² RODRÍGUEZ CALDERÓN, Eduardo. *Libertad Sindical: situación actual en las Américas*. ACTRAV/OIT. Lima. 2004. P. 4.

garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad²³. Por ello que en nuestro caso, “de la obligación de garantizar la libertad sindical que impone el artículo 28, resulta un expreso mandato a todos los poderes del Estado para que se preocupen de procurar un hábitat suficiente y libre de obstáculos para la expresión de las diversas facultades que conforman este complejo derecho”²⁴; o sea, que resulta necesario la concurrencia tanto de garantías negativas (frente al Estado), como garantías positivas (frente al Estado y al empleador), con lo cual se logrará la efectividad de la libertad sindical.

2.4. Rasgos sintomáticos de la libertad sindical en el Perú.

A pesar de la aceptación teórica de que los derechos laborales también constituyen derechos humanos, aún falta voluntad política para fortalecer los mecanismos de promoción y garantía de tales derechos, en especial en lo que se refiere al respeto de la libertad sindical, tanto a nivel del propio Estado como a nivel de los empleadores, quienes se muestran reacios a la existencia de este tipo de organizaciones, las cuales ejercen ciertamente un control no sólo en el cumplimiento de los derechos, sino en la exigencia de mejores condiciones para los trabajadores; pues, “aun cuando la libertad sindical es reconocida universalmente como un derecho humano o fundamental, al configurarse el sindicato como un ‘contrapoder’ capaz de limitar y equilibrar el poder del empleador, es frecuente que éste oponga resistencia a la conformación y actuación de tales organizaciones, llegando inclusive a realizar actos discriminatorios que pueden ocurrir tanto en el momento ‘genético’ de la relación laboral, esto es al decidir respecto del empleo del trabajador, o, en el momento ‘funcional’, es decir durante la relación laboral”²⁵.

Por ello se dice, con razón, que el ejercicio de la libertad sindical sigue siendo un desafío pendiente no sólo a nivel de los Estados, sino a nivel de la propia OIT; y en el caso de América específicamente, desde 1990 hasta la fecha presenta un ritmo creciente de denuncias sobre discriminación a la libertad sindical efectuadas ante el Comité de Libertad Sindical, lo cual la convertiría –según Gerardo Castillo-

²³ STC español 326/2005, de 12 de diciembre de 2005. (f.j. 4).

²⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad sindical...* Ob. Cit. P. 18.

²⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido ...* op. Cit. P. 294

a nivel mundial, en la región con el mayor número de denuncias. En tanto que “considerando la concentración geográfica por país de las quejas presentadas, el resultado es el siguiente: Argentina encabeza la lista con 76 casos, Canadá le sigue con 61, Perú se mantiene en el tercer lugar con 57 quejas”²⁶, ello hasta marzo del año 2007, constituyendo, sin duda, las discriminaciones antisindicales el motivo principal de dichas quejas. En tanto que, según Cortez Carcelén, “el Perú, lamentablemente, se ha caracterizado por contar con numerosas quejas ante el Comité de Libertad Sindical, por la violación de las libertades públicas vinculadas al ejercicio de la libertad sindical, por las normas específicas en materia de instituciones colectivas de trabajo y por la vulneración de la libertad sindical con ocasión de extinción de la relación de trabajo”²⁷; de ahí que actualmente resulta un desafío para el Perú, dada la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norte América, en el cual nuestro Estado ha asumido cláusulas sociales, a través de las cuales se obliga a respetar, mantener y mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, acorde con los estándares de la normativa internacional sobre la materia; pues tal como aparece del Protocolo de Enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, en el numeral 1 del artículo 17.2, se precisa que “Cada parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, lo siguientes derechos, tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998) (Declaración de la OIT): a) La libertad de asociación...”; en consecuencia, se exige el esfuerzo no sólo del Estado, cuya actuación debe enmarcarse en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998; sino de los propios actores sociales, quienes en base a un compromiso serio, en especial de los empleadores, pueden fortalecer el marco de actuación del Trabajo Decente promovido por la OIT, el cual se logrará en base a un diálogo social permanente.

²⁶ CASTILLO HERNÁNDEZ, Gerardo. *Libertad Sindical: situación actual en las Américas*. Oficina Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y El Caribe. ACTRAV/OIT. Lima. 2007. P. 7.

²⁷ CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos. *La aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Perú en el contexto de la integración regional*. Documento de referencia y conclusiones del seminario nacional sobre *aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en el Perú en el contexto de la integración regional* N° 192. Oficina Internacional del Trabajo. Lima. 2005. P. 15.

III. PERIODO DE PRUEBA

3.1. Finalidad que cumple en la relación laboral.

Actualmente, el periodo de prueba se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuya duración es de tres meses, admitiendo su ampliación por acuerdo de las partes a seis o doce meses, según se trate de trabajadores calificados y de confianza o personal de dirección, respectivamente. No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha ampliación obedecerá al hecho de que las labores que vaya a realizar el trabajador ciertamente impliquen una mayor capacitación o que el grado de responsabilidad del puesto de trabajo así lo exija.

En cuanto a la finalidad del periodo de prueba, se ha señalado que la “no es otra que posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”, agregando que la “... finalidad de la propia Institución del periodo de prueba que no es otra que la demostración de aptitudes por parte del trabajador y de conocimiento mutuo...”²⁸ entre los sujetos de la relación laboral. Por su parte Walter Kaskel y Hermann Dersch señalan que, por regla general, habrá que partir del punto de vista de que dicha relación únicamente da la posibilidad al empleador de conocer las cualidades del trabajador, con el fin de decidirse después con respecto a la incorporación definitiva. El contrato a prueba tiene así un carácter provisional, pero por otro lado constituye una verdadera relación de trabajo²⁹. En igual sentido, Alfredo Montoya Melgar seña-

²⁸ ESCUDERO ALONSO, Luis José. Periodo de Prueba. Comentario de Jurisprudencia Social. En <http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO228>. En el mismo sentido, Blancas Bustamante, considera que el periodo de prueba es una institución importante del Derecho del Trabajo, pues permite que tanto el trabajador como el empleador se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales, personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizarse el servicio, antes de otorgar a dicha relación un grado mayor de permanencia y seguridad.

²⁹ KASKEL, Walter y Hermann Dersch. *Derecho del Trabajo*. Quinta Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1961. P. 343.

la que el contrato de trabajo a prueba es un negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, y buscar la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes³⁰, situación que con mayor frecuencia se presenta en los contratos a plazo indefinido, pues atendiendo a la naturaleza de permanencia de la empresa en el mercado, lo lógico es que su personal también esté orientado en tal dirección, pues, en relación a la calidad del empleo se ha señalado que “cualitativamente éste mejora cuando el trabajo se presta con un contrato indefinido y a jornada completa”³¹; de ahí que De La Cueva haya señalado que “la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador, porque aquel que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su familia”³².

3.2. La extinción del contrato de trabajo en periodo de prueba: facultad discrecional del empleador.

Entendiendo al despido como el acto unilateral del empleador a través del cual decide extinguir la relación laboral; se tiene entonces que dicha voluntad cumple un papel preponderante en la extinción del contrato de trabajo, independientemente de la existencia o no de causa justa. No obstante, se debe tener en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico nacional como internacional de Derechos Humanos, el despido –como dice Alonso Olea³³–, es una institución causal, en cuanto únicamente se admite como facultad o poder del empleador en la medida que se configure una causa justa que habilite el ejercicio de la misma; pues –como se ha indicado–, corresponde a los Estados garantizar a los trabajadores la estabilidad en

³⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Decimocuarta edición. Edit. Tecnos. P. 512.

³¹ TOROLLO GONZALEZ, F. Javier. *Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo*; en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 33. España. P. 162.

³² DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano*. Tomo I. Editorial Porrúa SA. México. 1985. P. 219.

³³ OLEA, Alonso y M^o Emilia CASAS BAAMONDE, citados por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido*. op. Cit. . P. 47.

sus empleos o disponer las formas de reparación frente a las pérdidas de los mismos, como lo refiere el Convenio N° 158 de la OIT, el cual si bien no ha sido ratificado por el Perú, constituye el marco de referencia de una Recomendación. Por ello que en relación al despido considerado como poder excepcional del empleador, “la ‘causa justa’ viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerger el poder empresarial para el despido y convierte a éste en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica”³⁴.

Se debe hacer referencia que adicionalmente al Convenio 158 de la OIT, dicha protección se encuentra prevista en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), es decir que en el ordenamiento internacional se exige claramente una causa justificada para que proceda el despido, ello en protección del trabajador que es la parte débil de la relación laboral, con lo cual se evita el abuso que puede cometer el empleador bajo el poder que ostenta ante la subordinación de su contraparte en el contrato de trabajo; pues, como señala Gómez Valdez³⁵, refiriéndose al papel del empleador en la etapa inicial de la relación laboral, el empleador es el juez supremo y único detentador de la decisión de reconducir el contrato de trabajo durante dicho periodo, por lo tanto, la ejecución del contrato durante dicha etapa constituye un periodo de trabajo incierto para el trabajador, proclive al abuso del derecho de la parte empleadora; por cuanto, en estas condiciones de ejecución se le puede poner término al contrato sin mayores responsabilidades por la parte que adopta tal determinación, que en la casi totalidad de las veces corresponde a la iniciativa patronal.

Si bien Blancas considera que debiera significar que cualquier despido que se produce sin imputar causa alguna, tendría que ser privado de todo efecto extintivo y sancionado con la nulidad. No obstante esta posición, se debe recordar que toda

³⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, C. El despido... p. 64.

³⁵ GÓMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho de Trabajo. Relaciones Individuales de Trabajo*. Segunda Edición actualizada. Editorial San Marcos. Lima. 2007. P. 125.

esta protección regulada en el ordenamiento jurídico laboral se otorga al trabajador una vez que ha superado el periodo de prueba, a partir de cuyo momento se reconoce al despido como poder excepcional del empleador, pues al exigirse causa justa, se restringió la libertad empresarial de despido, generando por lo tanto una tendencia legal más favorable a la estabilidad en el empleo; lo que se traduce en el hecho de que el empleador no tendrá derecho a despedir, sino cuando hay causa justificada, prevista en la ley como tal y debidamente comprobada. Pero, tal como se encuentra diseñado en nuestro ordenamiento, en periodo de prueba, tal protección no existe, por cuanto el empleador tiene la libertad de dar por extinguida la relación laboral sin invocar causa alguna para ello; por lo tanto, en dicho periodo el trabajador se encuentra en completo estado de indefensión ante el poder del empleador, el cual incluso puede ejercerlo de manera arbitraria, conllevando de esta forma a la pérdida irrazonable de su fuente de ingresos, quedando ineficaz el artículo 22 de la Constitución que señala que el trabajo es un derecho, base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

3.3. Necesidad de un referente objetivo como límite al poder discrecional del empleador en periodo de prueba.

Según nuestro diseño legal del periodo de prueba y el momento en que el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario, se tiene que no existe parámetro ni control que obligue al empleador a comportarse y definir de buena fe las condiciones propias de dicho periodo, incluso –como se ha indicado- no está obligado a exponer motivo alguno que justifique la extinción de la relación laboral; por lo que siendo así, en este lapso de tiempo pierde su vigencia la función protectora del Derecho Laboral³⁶, respecto a la situación del dependiente; pues sus alcances resultan indiferentes a tal instituto, el cual afecta la estabilidad e incluso, en ocasiones, la propia dignidad del trabajador, dado el poder discrecional con el cual cuenta el empleador. No obstante ello, se debe precisar que ello no implica

³⁶ Para Rendón Vásquez, esta función se configura para la limitación de la voluntad del empleador en el curso de la relación laboral, impuesta por la mayor parte de las normas laborales, limitación que implica correlativa e inmediatamente, una protección del trabajador. (RENDON VASQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo. Teoría General I*. Segunda edición actualizada y aumentada. Edit. Grijley. Lima. 2007. P. 71).

tampoco que pueda hacerlo en todo caso de manera caprichosa o abusiva, pues si se demostrara que la causa extintiva tuviera su origen en la vulneración de un derecho fundamental, nos encontraríamos ante un despido propiamente, y no ante la resolución permitida al empleador en periodo de prueba, por lo que frente a ello resulta viable hacer valer los mecanismos de protección previstos en el ordenamiento jurídico. *El hecho de que durante el periodo de prueba pueda extinguirse el contrato de trabajo sin invocar más causa que su no superación, no debe constituir entonces una absoluta facultad para el empleador, por cuanto se ha señalado que las normas que contemplan el Periodo de Prueba no pueden entenderse como consagradoras de una indemnidad a favor del empleador, ni como favorecedoras de prácticas discriminatorias que afecten derechos fundamentales del trabajador. De allí que Gómez Valdez haya indicado que “sorprende que el legislador no haya previsto el abuso de derecho resolutivo durante el periodo de prueba, o para utilizar sus propios términos, la ‘adecuada protección contra el despido arbitrario’ en esta etapa inicial del trabajo”³⁷.*

Recordemos que el periodo de prueba, según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, constituye un lapso de tiempo obligatorio de tres meses, resultando de carácter contractual únicamente su ampliación; en tanto que en el Estatuto de los Trabajadores de España (ET), por ejemplo, éste es una figura primigeniamente establecida entre los actores sociales, vía Convenio Colectivo; y, en caso de ausencia de este mecanismo, recién tiene efecto la ley. Es decir que aquí “la autonomía colectiva accede al plano del Derecho laboral como alternativa a la regulación heterónoma de las condiciones de trabajo”³⁸. Asimismo, en dicho ordenamiento se exige que sea celebrada por escrito, bajo apercibimiento de nulidad y, fundamentalmente, debe contener las pautas que deberán velar las partes contratantes a fin de cumplir con los requisitos de las pruebas a las que se someterá al trabajador. Es decir, se cuenta con un factor de objetivización en el contrato para tal periodo, por cuanto es la propia norma (ET), en su artículo 14, segundo párrafo establece que “*El empresario y el trabajador están, respectivamente,*

³⁷ GOMEZ VALDEZ, Francisco. *Derecho del Trabajo...* op. Cit. P. 122.

³⁸ GALIANA MORENO, Jesús María. *Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo*; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 68. P. 14.

obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba”; pues lo contrario, es decir un periodo de prueba sin un referente objetivo, implicaría proponer e incluso legitimar el abuso laboral por parte del empleador. Por lo que resulta necesario que en el contrato se establezcan claramente los factores o referentes objetivos que el trabajador debe cumplir, los cuales realizados positivamente, deben conducir a garantizar la permanencia del trabajador en la empresa y que en caso de ser necesario dichos factores puedan ser objeto de revisión a nivel judicial, de tal manera que exista un límite de actuación de la potestad del empleador en el periodo de prueba, a fin de garantizar los derechos fundamentales del trabajador, los cuales podrían verse afectados, como el caso de la libertad sindical en el plano individual positivo, pues recordemos que el artículo 23 de la Constitución señala que “...Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador...”, sin precisar el ámbito temporal de aplicación, por lo que debemos entender que hace referencia desde el plano genético hasta la culminación de la referida relación y no exclusivamente una vez que se haya superado el periodo de prueba, por cuanto en dicho periodo surte todos los efectos el contrato laboral, el cual constituye un contrato normado, como lo ha denominado la doctrina, al cual le resultan aplicables las normas heterónomas, sin que las partes tengan que hacer declaración expresa al respecto, pues como indica Neves Mujica, “la autonomía privada individual puede, por consiguiente constituir el vehículo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo...”.³⁹ Asimismo se ha mencionado que “el contrato de trabajo se configura desde sus orígenes como ese ‘documento en blanco’ de que hablaba Kahn-Freund, en el que los concretos derechos y deberes de las partes se fijan por fuentes externas a los contratantes...”.⁴⁰

³⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Colección Textos Universitarios. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2003. Pp. 10-11.

⁴⁰ GALIANA MORENO, Jesús María. *Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo*; en: revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 68. España. P. 13.

IV. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBERTAD SINDICAL EN PERIODO DE PRUEBA: NECESIDAD DE UNA PONDERACIÓN

4.1. Libertad de empresa y poder de dirección.

El Tribunal Constitucional peruano considera que “la libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que ‘el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria’⁴¹. Asimismo, agrega en el fundamento 12 de la referida sentencia que “según está dispuesta la libertad de empresa, ésta también está en relación directa con la función social que debe cumplir (...) para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general, siendo éste también el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial”.

Por su parte Valdez Dal-Ré señala que “el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiendo por tal, en su sentido más genérico, el conjunto de facultades que definen su posición en la relación laboral (...) la libertad de empresa se proyecta en el contrato de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen al empresario”⁴². En tal sentido, la libertad de organización incluye la contratación de personal⁴³, lo que parece lógico de la misma manera que lo es considerar, dentro de esta manifestación específica de la libertad de empresa, la política del personal y, en general, la materia referente a la administración de las relaciones laborales; de allí que para Montoya Melgar “el poder de dirección del empresario, aspecto activo de la situación de dependencia jurídica del trabajador en el contrato de trabajo, es factor definidor de las rela-

⁴¹ Expediente N° 3330-2004-AA/TC (f.j. 11).

⁴² VALDEZ DAL-RÉ, Fernando, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. Fondo editorial PUCP. Lima. 2007. P. 103.

⁴³ Se ha señalado que “es evidente que el empresario es titular de la facultad de decidir sobre la contratación de los trabajadores para la ejecución de su proyecto empresarial. Cuántos trabajadores y a quiénes contrata son preguntas cuyas respuestas compete exclusivamente al empresario...” (CAMARA BOTÍA, Alberto. *El Poder del Empresario y Prohibición de Discriminación en el empleo*; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 33. España. P. 75).

ciones laborales y, con ellas, de todo el Derecho del Trabajo. Ni poder directivo empresarial ni posición de dependencia del trabajador son creaciones del legislador, de los jueces o de los autores; al contrario, constituyen rasgos exigidos por la realidad económico-social; sin dirección del trabajo no hay producción posible”⁴⁴, agrega este autor que dicho poder de dirección del empleador tiene una doble dimensión, por un lado una de carácter general (como poder de organizar laboralmente la empresa) y, de otro, singular (como poder de ordenar las concretas prestaciones de los trabajadores individuales).

Si bien el reconocimiento de la legitimidad del poder de dirección del empleador, está fundada en el derecho fundamental a la libertad de la empresa; sin embargo, “no cabe deducir que ella significa que las facultades empresariales son omnímodas en relación con la posición subordinada del trabajador”⁴⁵; puesto que entre tales límites, ocupan el primer lugar los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce al trabajador como tal y como persona; pues, según Blancas Bustamante, siguiendo a Riera Vayreda “no bastará la simple alegación de la existencia de un interés empresarial para descartar el ejercicio del derecho fundamental: es necesario, como la ha precisado el Tribunal Constitucional español, que las limitaciones que le queda imponer la empresa estén (...) especialmente calificadas por razones de necesidad estricta, que han de ser acreditadas por quien las alega”⁴⁶. Es decir, que el poder que puede ejercer el empleador, como consecuencia de ser titular de la unidad productiva, encuentra una barrera o límite en el respeto de los derechos que como trabajador le corresponden a su contraparte en la relación laboral, así como aquellos que ejerce dicho trabajador en su condición de ciudadano, los cuales no pueden verse limitados a raíz de la relación subordinada en la que se encuentra.

⁴⁴ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Nº 48. España. P. 135.

⁴⁵ PEDRAJAS MORENO, .. citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales...* op. Cit. P. 106.

⁴⁶ RIERA VAYREDA, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales...* op. Cit. P. 117.

4. 2. Ponderación de ambos derechos.

La consagración constitucional del derecho al trabajo genera efectos sobre la normativa del despido, en cuanto este derecho posee una doble vertiente; una en relación a la tradicional concepción como aspiración legítima al empleo; y otra, la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene, protegiéndolo contra extinciones carentes de de justificación⁴⁷; por ello Blancas precisa que “si el derecho al trabajo (...) es capaz de fundar, y exigir, por sí mismo, un derecho específico del trabajador a ser protegido contra el despido, es evidente que cuando aquel concurre con otra norma constitucional que reconoce concretamente la protección contra el despido, el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al derecho al trabajo y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica”⁴⁸, pues el régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva inejecutablemente asociado un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales”⁴⁹. De tales argumentos, podríamos decir que ni las facultades con las que cuenta el empleador y su poder discrecional en periodo de prueba, cuyo sustento está en la libertad de empresa, pueden generar actos lesivos a los derechos fundamentales del trabajador, por cuanto éstos tiene un marco de protección directo en la Constitución, y no se puede hacer una distinción respecto de su eficacia.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano ha indicado que “los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada. Este especial

⁴⁷ Así lo ha mencionado el Tribunal Constitucional peruano, al referirse al contenido esencial del derecho al trabajo. Ver. Expediente N° 1124-2001-AA/TC (f.j. 12).

⁴⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, C. *El Despido ...* op. Cit. P. 117.

⁴⁹ VALDEZ DAL-RÉ, Fernando, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido ...* op. Cit. 283.

deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión (...) por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”⁵⁰. Tal posición obedece al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares y a la naturaleza *erga omnes* de la propia Constitución; y ello es así porque “siendo los derechos fundamentales parte del contenido dogmático de la Constitución, se hace necesaria una reafirmación, en atención a su especial significado que justifica su sistema de protección y el mandato constitucional, que establece como deber primordial del Estado en el artículo 44 de la Norma Fundamental, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”⁵¹; sin embargo, se ha dicho que ello no puede significar eludir la cuestión relativa al hecho de que también el empleador es titular de derechos fundamentales y que, en particular, el ejercer su poder de dirección, está actualizando su derecho a la libertad de empresa, amén de otros derechos concurrentes, tales como el derecho de propiedad y a la libertad de contratación.

No obstante ello, se debe tener en cuenta que la legislación laboral se ha caracterizado por la “la progresiva restricción de la facultad empresarial de poner fin a la relación de trabajo, para garantizar la estabilidad en el empleo. Esta tendencia ha afectado sobre todo a la facultad de despido, para la que se exige la concurrencia de causa justa”⁵², por lo tanto, el incumplimiento de las obligaciones del trabajador conllevarían al despido, el cual se efectiviza como técnica del poder disciplinario que ostenta el empleador y que conlleva a representar la sanción laboral más grave de las previstas en la ley y de las cuales éste puede hacer uso, según la magnitud de la causa que genera tal sanción, ello no obstante siempre

⁵⁰ Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 5).

⁵¹ Expediente N° 3330-2004-AA/TC (f.j. 69).

⁵² MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín, citados por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido...* op. Cit. . 47. En sentido contrario: QUISPE CORREA, Alfredo. *Tribunal Constitucional y artículo 27 de la Carta*; en: Revista VOX JURIS. Temas Constitucionales. Edición extraordinaria. Fondo Editorial USMP. Lima. 2005. Pp. 111-118.

dentro del marco de actuación de los principios de Proporcionalidad y Razonabilidad⁵³.

Refiriéndose a la empresa empleadora que decide poner término a la relación laboral del trabajador, el Tribunal Constitucional peruano ha dicho que “si bien aquélla dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador (...). Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”⁵⁴. Consideramos, por lo tanto, que este análisis debe efectuarse en base al principio de la Coherencia Normativa, la cual para el Tribunal Constitucional peruano “... implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman”⁵⁵. Según Blancas Bustamante, este análisis resulta obvio, por cuanto el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y el poder de dirección del empleador sólo puede concebirse y resolverse, como ocurre en otros supuestos ajenos a la relación laboral, como una colisión de derechos fundamentales, conforme a las reglas que doctrina y jurisprudencia han establecido para esta clase de colisiones⁵⁶.

⁵³ Respecto a los principios mencionados, puede verse: PILOTTO CARREÑO, Luigino. *EL principio de la razonabilidad y la facultad disciplinaria del empleador*; en: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2004. Pp. 461- 475.

⁵⁴ Expediente N° 1124-2001-AA/TC (f.j. 7).

⁵⁵ Expediente N° 005-2003-AI/TC (f.j. 4).

⁵⁶ Sobre este tema, puede verse: RUIZ SANZ, Mario. *Sistemas Jurídicos y Conflictos Normativos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Editorial Dykinson. Madrid. 2002. Pp. 39 yss.

Ahora bien, en cuanto al análisis de si la norma contenida en el artículo 10 de la LPCL, respecto al poder del empresario de poder despedir sin expresión de causa (despido *ad nutum*), resulta necesario seguir el procedimiento de análisis efectuado por el Tribunal Constitucional a fin de verificar si se respecta el contenido de la libertad sindical; es decir, que bajo los criterios del máximo intérprete de la Constitución, “este *test* se refiere a un estudio de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia, constituyendo un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta parece afectar el ejercicio de los derechos fundamentales (...). De esta forma, para que la aplicación del *test* sea conveniente, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad...”⁵⁷, en tal sentido, a continuación analizamos brevemente los principios enunciados que deben ser observados en relación con la actitud del empleador de despedir en periodo de prueba a un trabajador que hace ejercicio de su libertad sindical positiva, bajo la configuración de que dicho poder encuentra sustento a nivel constitucional en la libertad de empresa, y, por lo tanto, en la libertad de contratación.

En primer lugar, en lo que refiere al principio de *idoneidad*, éste se traduce en la verificación de si la medida adoptada por el empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, de lo cual se tiene que dicho objetivo, traducido desde la perspectiva del empleador, radica en privar de continuidad a la relación laboral, esto es provocar su extinción; sin embargo, la medida utilizada, o mejor dicho las razones utilizadas para dicha medida no resultan idóneas, por cuanto vulneran el derecho fundamental de libertad sindical del trabajador, el cual no sólo está reconocido a nivel constitucional, sino a nivel de las normas internacionales de Derechos Humanos; en consecuencia, “...cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”⁵⁸.

Ahora, en cuanto al principio de *necesidad*, el cual se traduce –según el Tribunal Constitucional– en el hecho de que, para que una injerencia en los dere-

⁵⁷ Expediente N° 0030-2004-AI/TC (f.j. 2)

⁵⁸ Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 5).

chos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. De ello se tiene que el empleador que, bajo el ejercicio de su libertad de contratación, cuenta con trabajadores en periodo de prueba y decide resolver el contrato que lo vinculan con ellos, tiene la posibilidad de hacerlos recurriendo a la verificación del factor de objetivación que guía dicho periodo, es decir, la constatación de las aptitudes de los trabajadores, las cuales si no son las adecuadas para la labor que desempeña, éste puede disponer la culminación del contrato, pero sin tener que lesionar la libertad sindical del trabajador, pues ello implicaría la desnaturalización del periodo de prueba y la extralimitación del poder que ostenta el empleador en la etapa inicial de los contratos de trabajo.

Por último, respecto al principio de *proporcionalidad* propiamente dicho, se ha indicado que si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto, opera el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Sobre el particular, debemos decir que obviamente la medida del empleador traducida en la extinción del contrato por ejercicio de la libertad sindical, no resulta para nada ponderada, por cuanto no sólo se vulnera este derecho en su dimensión individual positiva, sino que con ello también se afecta el interés colectivo de la organización sindical, la cual podría verse mermada en su constitución y subsistencia, dado a que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo exige un número mínimo de trabajadores afiliados para que el sindicato subsista. De igual manera, la lesión de la libertad sindical genera efectos negativos en otros ámbitos de la esfera del trabajador, pues al ser considerado el trabajo como “... *base del bienestar social y un medio de realización de la persona...*”, tal como lo refiere el artículo 22 de la Constitución, dicha norma resulta perdiendo eficacia en tal extremo, dado a que también la familia del ex trabajador sufrirá las consecuencias de la actitud injustificada del empleador. Asimismo, con la medida adoptada, también se está vulnerando los propios fines de la empresa, por cuanto el Tribunal Constitucional ha señalado que “según está dispuesta la libertad de empresa, ésta también está en relación directa con la función social que debe cumplir (...) para hacer realidad el fin último de la Constitución: la consecución del bienestar general, siendo éste

también el fin al cual debe atenerse la libertad empresarial”⁵⁹. En consecuencia, según el máximo intérprete de la Constitución, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, lo cual no ocurre, como hemos visto, pues la intensidad de la afectación de la libertad sindical y sus correspondientes repercusiones resulta ser desproporcionada en relación al objetivo del empleador, el cual es extinguir la relación laboral; siendo en realidad, diríamos, la lesión del ejercicio de la libertad sindical.

4.3. La igualdad como parte de la protección de la libertad sindical en periodo de prueba.

En cuanto al Principio de Igualdad de Oportunidades, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste “hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley”⁶⁰, agregando que la discriminación en materia laboral, *strictu sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: ya sea por acción directa, en la cual la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional, como el caso del despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, por ejemplo. En tanto que por la acción indirecta, la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de lo constitucional, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores, como por ejemplo las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Agrega el Tribunal Constitucional que la igualdad opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes recono-

⁵⁹ Expediente N° 3330-2004-AA/TC (f.j. 11).

⁶⁰ Expediente N° 008-2005-PI/TC (f.j. 22, punto C.3.2).

cen y garantizan”⁶¹, por lo que siendo así, consideramos que el ejercicio de la libertad sindical en periodo de prueba no puede diferenciarse respecto de aquellos trabajadores que alcanzaron protección contra el despido arbitrario, esto es, una vez superado el periodo de prueba; pues “La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos (...). Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación”⁶²; por cuanto, “la distinción de la protección frente al despido sin causa, en base a parámetros como la temporalidad o el sometimiento a un periodo de prueba, chocaría sin duda con el principio de prohibición de desigualdad de trato injustificada, en los términos en que ha venido siendo interpretada por la doctrina constitucional y jurisprudencial”⁶³; pues, “conforme a la doctrina constitucional, en el contenido del derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económico en la empresa (...) Se trata de una garantía de indemnidad, por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical...”⁶⁴, agrega este Tribunal que “... la alegación de la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) es subsumible en la del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), ya que a través de ella se denuncia una discriminación laboral por motivos sindicales...” por lo tanto, “... la discriminación puede viciar actuaciones relativas al acceso al empleo o a su mantenimiento, y cuando así ocurre sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (...) o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio...”⁶⁵.

⁶¹ Expediente N° 0261-2003-AA/TC (punto 3.1.)

⁶² Expediente N° 0261-2003-AA/TC (punto 3.2.)

⁶³ ARASTEY SAHÚN, María Lourdes. *La protección por despido en la Constitución Europea*. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales N° 57. España. 2005. P. 375.

⁶⁴ STC español 183/2007, de 10 de setiembre de 2007 (f.j. 4).

⁶⁵ STC español 183/2007, de 10 de setiembre de 2007 (f.j. 4).

Por último, el Tribunal Constitucional español ha señalado que "... conviene reiterar que la controversia no está, en principio, desprovista de relieve constitucional por el mero hecho de que la empresa, al amparo de lo establecido en el art. 14.2 del E.T., se haya limitado a hacer uso de la facultad de resolver unilateralmente el contrato durante el periodo de prueba. Ya en las SSTC 94/1984 y 166/1998 se declaró que el ámbito de libertad reconocido por el referido precepto no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y, aunque se trata de una decisión que no es necesario motivar, nunca se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad recogido en el art. 14 C.E.

V. DOBLE MECANISMO DE TUTELA DEL TRABAJADOR DESPEDIDO EN PERIODO DE PRUEBA POR EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL

5.1. Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Según Ticona Postigo⁶⁶, si la tutela se hace por medio del proceso, estaremos frente a la denominada Tutela Jurisdiccional, pues el goce y el ejercicio de los derechos, intereses y su defensa respectiva será viable mediante la intervención de los organismos jurisdiccionales competentes, por ello es, sin duda, una garantía constitucional del proceso⁶⁷, que implica no solamente el avocamiento por parte de dichos órganos en la causa puesta a su conocimiento, sino la protección procesal necesaria que un justiciable requiere para el mejor esclarecimiento de su derecho⁶⁸. De ahí que se considere que este derecho tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta motivada a las pretensiones planteadas, y no manifiestamente arbitraria ni irrazonable⁶⁹, es decir que la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda alguna prestación de otra persona esa pretensión sea atendida, protegida,

⁶⁶ TICONA POSTIGO, VÍCTO. *Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil*. Tomo I. Editorial Grijley EIRL. Lima. 1995. Pp. 26-27.

⁶⁷ CAROCCA PÉREZ, Alex. *Las Garantías Constitucionales del debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España*; en Revista: Normas Legales. Tomo 257. Año LVI. Trujillo. 1997. p. A-82.

⁶⁸ ORTECHO VILLENA, Víctor J. *Jurisdicción y Proceso Constitucionales*. 3ra. Edición. Edit. Rodas. Lima. 1997. p. 138.

⁶⁹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en la Jurisprudencia*. Palestra Editores. Lima. 2000. p.21.

por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con las garantías mínimas⁷⁰. A su vez, el propio Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “ el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley, sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos”⁷¹.

Ahora bien, según Chamorro Bernal⁷², los derechos y garantías procesales derivados de la tutela jurisdiccional, sólo se infringirán si: a) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los jueces o tribunales; b) se produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en Derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. González Pérez, por su parte precisa que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia⁷³. En el mismo sentido Francisco Eguiguren⁷⁴.

⁷⁰ CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. 2da. Reimpresión. Editorial Grijley. Lima. p. 42.

⁷¹ Exp. 615-99-AA/TC. El Peruano. 24-10-2000. También puede verse la STC 100/1988, de 7 de junio; citada por Jesús González Pérez, en *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Tercera Edición. Edit. Civitas. Madrid. España. 2001. p. 305. Respecto al mismo tema, ver QUIROGA LEON, Anibal. *La Casación Civil y la Tutela Jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*; en Revista: Themis N° 15. Lima. 1989. p. 22. De igual manera, el Tribunal Constitucional español ha expresado que la tutela judicial efectiva consiste, en el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos judiciales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a obtener de los mismos una resolución fundada en Derecho con arreglo a las normas de competencia y procedimientos legalmente establecidos, a interponer los recursos previstos en las leyes y a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes mediante la ejecución de las mismas.

⁷² CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Boch. Barcelona. España. 1996. p. 11.

⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, J. Op. cit. p. 57.

⁷⁴ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. ARA Editores. Lima. 2002. p. 210.

En consecuencia, es desde la perspectiva de las manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional Efectiva que analizaremos si un trabajador cuya relación laboral se extingue en periodo de prueba, teniendo como motivo real la lesión de su libertad sindical positiva, pueda obtener del Estado la protección prevista para ello en igualdad de condiciones que en los demás casos en que los trabajadores hayan superado la fase inicial del contrato de trabajo.

5.2. Mecanismos de tutela viables para la protección de la libertad sindical vulnerada en periodo de prueba.

Considerando que el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”⁷⁵, deduciéndose de ello que en cierta medida se ha flexibilizado la residualidad del Amparo en materia laboral, por lo que frente a ello, el que resulta lesionado en su libertad sindical podría alternativamente elegir la vía que considere adecuada a las circunstancias del caso para la protección de su derecho; teniendo en cuenta que la nulidad en Vía Ordinaria pondrá énfasis en el despido como acto propiamente del empleador que vulnera la constitucionalidad; en tanto que en el Amparo, se analiza el efecto del despido, es decir, la violación del contenido constitucional del derecho. Por lo que al presentarse tal perspectiva de protección, a continuación desarrollamos de manera sumaria ambas posibilidades que tendría el trabajador despedido en periodo de prueba por haber ejercido su libertad individual positiva, específicamente por afiliación o ejercicio de actividad sindical, de tal manera que se pueda determinar la vía más apropiada, dada las condiciones propia de dicho periodo en el que se ejerció el derecho fundamental vulnerado por el empleador.

A. Vía Ordinaria Laboral: Nulidad de despido. Castillo Córdova, desde un análisis de la residualidad del Amparo, señala que “todas las controversias que

⁷⁵ Expediente 2006-2005-PA/TC (f.j. 16).

legalmente deban ser tramitadas ante un juzgado laboral, no podrán ser objeto de procesamiento en la vía constitucional del amparo, incluso aunque se trate de controversias que han supuesto la agresión de un derecho fundamental. De manera que en los casos en los que hay una agresión de un derecho fundamental y se haya previsto legalmente que esas controversias se resuelvan en la jurisdicción ordinaria laboral, el trabajador debe renunciar al amparo e intentar hacer valer su derecho en esa vía judicial ordinaria”⁷⁶. No obstante tal posición, recordemos que el Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia emitida en el Expediente 2006-2005-PA/TC que conserva su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo; por lo que siendo así, tenemos habilitadas ambas vías, bajo una especie de alternatividad para el trabajador, según las circunstancias de cada caso concreto, sin embargo, siguiendo al Tribunal peruano el Amparo no sería la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, requieren de actuación de medios probatorios.

Ahora bien, se tiene que si el trabajador opta por la Vía Ordinaria, deberá recurrir al Juez de Trabajo; o en su defecto, ante el Juez Mixto o Civil, en ausencia del primero, por cuanto no en todas las competencias territoriales existe juez especializado en lo laboral. Dicha demanda contendrá como pretensión la solicitud de declaración de nulidad del despido por alguna de las causales previstas en la ley, la cual será materia de prueba durante la secuela del Proceso, el mismo que se tramitará conforme a las reglas del denominado Proceso Ordinario Laboral. Por lo tanto, el objeto del debate radicará en determinar la causal que originó la extinción de la relación laboral por decisión del empleador; en nuestro caso, dicha causal podrá estar referida a cualquiera de los dos primeros incisos del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el artículo 27, inciso 3 de la Ley Procesal del Trabajo,

⁷⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo II. Segunda edición corregida y aumentada. Palestra Editores. Lima. 2006. P. 750.

la carga de la prueba en caso de nulidad de despido recae sobre el trabajador; pero resulta que en el caso del despido antisindical, resulta extremadamente difícil que el trabajador pueda probar tal situación, debido a que generalmente suele alegarse una causa permitida por la ley, con lo cual se oculta la verdadera razón del despido, sin que se exija al empleador que pruebe la causa justa que motivó tal decisión, debido a que en nuestro sistema, en este extremo, no opera la reversión de la carga de la prueba, por ello, frente a tal dificultad, la propia Ley Procesal del Trabajo ha previsto como sucedáneos de los medios probatorios típicos a las presunciones legales y a los indicios, si bien éstos no conllevan a lograr la reversión de la carga de la prueba, pero permitirán que el juzgador pueda tener una idea respecto de los hechos que generaron el despido. Entonces, si bien es cierto que el trabajador tiene la carga de la prueba, ésta por su propia complejidad se ha reducido a “indicios razonables”, tal como se hizo notar en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1997. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha indicado que existe “la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (...), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no puede reducirse a la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir que se deduzca la posibilidad de que aquélla se haya producido”⁷⁷; sin embargo, Arce Ortiz considera que “... una vez probada la afectación de un derecho constitucional, el empleador tiene dos opciones: o probar la causa justa de despido que alegó se produjo en la realidad o probar que la motivación del despido fue ajena a toda motivación constitucional”⁷⁸, de lo cual se tiene que a través de estas dos posibilidades, el empleador podría desvirtuar los indicios que respaldan al trabajador en el proceso judicial.

Respecto a los efectos que produce una sentencia fundada en caso de despido nulo por vulneración de la libertad sindical, éste es la readmisión del trabajador⁷⁹; con los demás efectos previstos en el artículo 40 de la LPCL. De tal manera que

⁷⁷ STC español 326/2005, de 12 de diciembre de 2005. (f.j 6)

⁷⁸ ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. *Los supuestos de reposición en el despido individual (La Tipología del Tribunal Constitucional)*; en: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional. AMAG – SPDTSS. Lima. 2004. P. 156.

⁷⁹ Artículo 34 de la LPCL: “...*En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38*”.

consideramos que en el caso de que se afecte el derecho de libertad sindical en el ámbito individual positivo del trabajador en periodo de prueba, la protección también debe operar, debido a que aquí lo que se proscribe es la vulneración de un derecho constitucional de aplicación directa, en la que se aprecia una contravención de la norma suprema, sin hacer distinción en qué momento de la relación se efectúa dicha lesión, por lo que debe habilitarse la Vía Ordinaria Laboral en la que el trabajador afectado pueda obtener tutela jurisdiccional efectiva; pero, a su vez debe considerarse que el lapso de tiempo que duró el proceso judicial implicaría una suspensión del periodo de prueba, situación que generaría posiblemente que, una vez repuesto el trabajador, el empleador podría hacer uso de su poder discrecional que la ley le confiere para dicho lapso de vigencia del contrato, pero esta vez para adoptar tal decisión, deberá tener como referente el factor de objetivización diseñado para el periodo de prueba, pues éste constituye el verdadero motivo de esta etapa inicial del contrato.

B. Vía Constitucional: Proceso de Amparo. En primer lugar, se debe indicar que “es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional) que el derecho que se alegue afectado sea uno reconocido directamente por la Constitución”⁸⁰; pues, a nivel legal se tiene que el artículo 38 del Código Procesal Constitucional establece que el amparo no procede “en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que “un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”⁸¹ como en el caso de la libertad sindical, cuyo contenido esencial tiene una amplia connotación, por lo que ante la lesión de cualquier aspecto del mismo, el titular tiene habilitada la vía del Amparo⁸²; 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 trate⁸³ y aun cuando tal lesión

⁸⁰ Expediente N° 1417-2005-AA/TC (f.j. 1).

⁸¹ Expediente N° 1417-2005-AA/TC (f.j. 10).

⁸² Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 6).

⁸³ Expediente N° 0206-2005-PA/TC. (f.j. 6).

se haya producido en periodo de prueba, consideramos que el análisis que efectúe el juez debe basarse en el juicio de ponderación.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿cómo es que en nuestro sistema en caso de impugnación de despido arbitrario, la carga de la prueba recae en el empleador; y, cuando se trata de salvaguardar un derecho fundamental de aplicación inmediata del trabajador, es éste quien debe aportar dicha carga? Consideramos realmente que ello es un exceso, dada la dificultad de su probanza, pues la decisión del empleador muchas veces obedece a aspectos subjetivos. Por ello, en un Estado garantista y protector de la libertad sindical, se debe permitir la reversión de la carga de la prueba como sucede en el sistema español; pues, tal como lo indicado el Tribunal Constitucional español “la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo (...) bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”⁸⁴. Agrega, sin embargo, este tribunal que para que entre en juego el desplazamiento de la carga probatoria, se requiere un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación por razones sindicales”⁸⁵; sin embargo, dado el diseño de nuestro sistema constitucional, la decisión del juzgador se basará fundamentalmente en los medios probatorios y las argumentaciones aportados y efectuados por el demandante, sin detenerse en analizar lo contrario, es decir el extremo de la actuación del demandado, lo cual limita la protección de los derechos fundamentales del trabajador, más aún cuando éste se encuentra en periodo de prueba, dado a que dicha situación puede relevar incluso el análisis de fondo, respecto a la transgresión del derecho fundamental alegado. De lo cual se evidencia que el Proceso de Amparo resultaría más complicado para el trabajador que pretendiera la tutela de su libertad sindical individual positiva vulnerada en periodo de prueba, pues “la procedencia del Amparo en el que se solicita la reposición dependerá de que sea clara y manifiesta la vulneración del contenido constitucional del

⁸⁴ STC español 238/2005, de 26 de setiembre de 2005. Punto 3 de los antecedentes de la misma, en el que se cita a la STC 225/2001.

⁸⁵ STC español 183/2007, de 10 de setiembre de 2007 (f.j. 4).

derecho fundamental...⁸⁶ y que el demandante aporte medios probatorios idóneos para ello.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Conforme está previsto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el empleador puede hacer uso de su poder absoluto para dar por extinguida una relación laboral, sin expresar causa ni seguir formalidad alguna, perdiendo eficacia en esta etapa del contrato de trabajo la función protectora del Derecho Laboral respecto a la conservación del empleo; sin embargo, ello no debe significar que el empleador no tenga que verificar el objeto de dicho periodo, es decir realizar la constatación de la aptitud del trabajador, a efecto de garantizar que la resolución del contrato no se debe a motivos encubiertos que conlleven la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, como el de libertad sindical en el plano individual positivo; por cuanto, en última instancia, *“si se constata la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo para el bien o derecho objeto de tutela”*⁸⁷, debe operar la tutela reparadora que brinda el Estado, no sólo en salvaguarda del derecho a la libertad sindical, sino también al derecho al trabajo, a la tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa y de presunción de inocencia; por cuanto aun cuando se trate de periodo de prueba, no debe existir un factor impeditivo del ejercicio de los derechos que como tal le corresponden al trabajador; pues, como ha indicado Blancas Bustamante, el ejercicio del poder de dirección encontrará en los derechos fundamentales “límites infranqueables” que no le es posible atravesar y que en caso de hacerlo supondrá una actuación ilegítima que merecerá la correspondiente sanción por parte del ordenamiento jurídico; pues, como se ha indicado, ni la libertad de empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, los cuales tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional, y además porque “este especial deber de protec-

⁸⁶ Expediente N° 976-2001-AA/TC (f.j. 5).

⁸⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis. Comentarios al Código ... Tomo II. Op. Cit. P. 747.

ción que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión”⁸⁸, por lo que “cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional”⁸⁹.

No encontramos una razón válida que justifique un despido *ad nutum* en periodo de prueba, sin verificarse el objeto que para dicho periodo debe haberse previsto, pues mantener tal opción implica una indiferencia del ordenamiento jurídico laboral frente a las extralimitaciones que el empleador pueda cometer en el ejercicio del poder discrecional que ostenta en la etapa inicial de todo contrato de trabajo; y más aún cuando es la propia ley de Productividad y Competitividad Laboral, la que en su artículo 31 da la posibilidad de que el empleador no despidiera al trabajador por causa relacionada con sus aptitudes para el trabajo, sin antes otorgarle “...treinta días naturales para que demuestre su capacidad...”, lo que implica que no siempre en el periodo de prueba el empleador verifica el cumplimiento del objeto de dicho periodo, pues de lo contrario la ley no hubiera previsto la posibilidad mencionada; por otro lado, el hecho de que el último párrafo del artículo 12, del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, disponga que “Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral”, no garantiza de ningún modo el ejercicio de la libertad sindical, por cuanto la propia norma establece que tal posibilidad no afecta los derechos que las partes ostentan respecto a la relación laboral, lo que significaría que se le otorga la facultad al empleador de despedir incluso por dicha razón, debido a que el trabajador aún no alcanza protección contra el despido arbitrario. En tal sentido este posible conflicto normativo debe ser resuelto bajo el juicio de ponderación, teniendo como sustento las normas constitucionales y en especial el principio de Proporcionalidad, el cual

⁸⁸ STC español 80/2005, de 4 de abril de 2005. (f.j. 5).

⁸⁹ Sobre el tema puede verse el estudio de Carlos Blancas Bustamante. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2007. P. 30 y ss.

como hemos visto, no supera al empleador cuando da por terminada una relación laboral con lesión de la libertad sindical.

Por último, debemos decir que si bien existen dos vías procesales a través de las cuales el trabajador afectado en su libertad sindical puede solicitar tutela jurisdiccional efectiva; sin embargo, resulta que en ambas se exige al afectado en la lesión de su derecho fundamental que aporte la carga de la prueba, no obstante la realidad evidencia la dificultad que ello implica, dado a que la motivación del empleador es de carácter subjetivo y muchas veces encubierta en otras razones de apariencia legales; sin embargo, creemos que tal como están las cosas actualmente, la Vía Ordinaria resultaría más ventajosa para el trabajador, pues en ella se le permite hacer uso de los indicios como medios sucedáneos de los típicos, a través de los cuales el juez pueda tener una idea clara respecto a las razones ocultas que motivaron el despido en periodo de prueba; en tanto que en el Amparo, el trabajador afectado tendrá que probar que el despido del que fue objeto vulneró el contenido constitucional de su derecho de libertad sindical en plano individual, lo cual ante ausencia de etapa probatoria dificulta aún más la posición de desventaja del demandante. Este problema vulnera en cierta medida el derecho de probar, por cuanto no se permite —como en el sistema jurídico español— que una vez aportados los indicios razonables, opere la reversión de la carga de la prueba, de tal manera que el empleador pueda desvirtuar que su decisión no estuvo motivada por la lesión del derecho de libertad sindical, sino teniendo como referente objetivo la causa del periodo de prueba, esto es la verificación de las aptitudes del trabajador. No obstante esta deficiencia de nuestro sistema procesal laboral y constitucional respecto a la tutela de derechos fundamentales, consideramos que en cierta medida se está flexibilizando, por lo menos en la Vía Ordinaria, pues se ha incluido la presunción legal en caso del despido motivado por razones de embarazo, tal como aparece en el inciso e) del artículo 29 de la LPCL, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27185, en el que se precisa que “*Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir*”. Esperemos que se haga extensivo este mecanismo a los demás casos cuando de defensa de los derechos fundamentales se trate, en especial la libertad sindical, la cual constituye un derecho humano laboral de primer orden.

El derecho del trabajador a la dignidad en el marco de la relación laboral

Orlando De Las Casas de la Torre Ugarte

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho del trabajo, y su correspondiente desarrollo, resulta ser un hecho relativamente reciente. La aplicación de los derechos fundamentales de las personas se encuentran presentes en buena parte de las normas internacionales, y como lógica consecuencia, también en las constituciones de diversos países. Esta corriente se inició a principios del siglo pasado con constituciones como las de Weimar o la de Querétaro, pero su real desarrollo se dió a partir de la segunda mitad del siglo XX.

La Constitución Peruana no es ajena a esta tendencia. Tanto la Constitución Política de 1979, como la vigente contienen secciones específicamente referidas a los derechos fundamentales de la persona. El reconocimiento constitucional ha generado que nuestro Tribunal Constitucional desde hace unos años haya emitido una interesante jurisprudencia sobre el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales, y de la forma en que éstos se aplican al interior de las relaciones de trabajo¹.

El presente trabajo quiere lograr una aproximación al derecho constitucional a la dignidad, y la forma en que opera al interior de las relaciones de trabajo.

¹ Nuestro Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos sobre la dignidad e integridad personal, igualdad y no discriminación, secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad religiosa, el derecho al honor entre otros, entre otros derechos fundamentales.

I. EL DERECHO A LA DIGNIDAD.

El derecho a la dignidad lo encontramos presente en diversos instrumentos internacionales. Además, la Constitución Política de 1993 lo recoge en su artículo primero, al señalar que “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. El reconocimiento constitucional resulta ser de mucha importancia, ya que, como veremos a continuación, y como comprobaremos a lo largo del presente trabajo, el derecho a la dignidad resulta ser más que un derecho, convirtiéndose en “... un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva; que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía ...”².

Sin embargo, resulta difícil identificar de manera aislada alguna manifestación del derecho a la dignidad, ya que de una u otra forma, se encuentra comúnmente mezclado o acompañado con otros derechos fundamentales; inclusive podríamos indicar que se encuentra englobando a otros derechos fundamentales siendo en muchos casos punto de partida de los mismos (Landa señala que la dignidad sirve como fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos³).

Reconocida la naturaleza de derecho fundamental queda definir qué implica o abarca el derecho a la dignidad, y más específicamente qué implicancias tiene en el ámbito del derecho del trabajo. Para comenzar a responder estas preguntas recurriremos a Jesús P. Rodríguez⁴, quien nos señala que “... la dignidad de la persona es algo común a todo ser humano ...”, cuyo respeto termina siendo una

² HABERLE, Peter, citado por LANDA ARROYO, César. “Constitución y Fuentes del Derecho”, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 17.

³ LANDA ARROYO, César. “Constitución y Fuentes del Derecho”, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 17.

⁴ RODRIGUEZ, Jesús. “El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN: 1133-0937. II(3). p. 363—392 (may-dic 1994), p. 370.

fuente de obligaciones. Al ser común a todo ser humano resulta ser un derecho protegible de cualquier agresión ya sea de parte del estado (aplicación vertical) o de otros particulares (aplicación horizontal). Esta última es ratificada por Blancas Bustamante, cuando dice que se trata de "... un nuevo planteamiento, que afirma la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales – esto es, su eficacia entre particulares y no solo entre el ciudadano y el Estado- ..."⁵.

Respecto a su contenido, queremos referirnos a lo señalado por el Tribunal Constitucional Español, que "... se ha referido a la dignidad humana considerándola como un valor espiritual y moral inherente a todas las personas, que se constituye en un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, y que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (esto es en la autonomía individual), constituyendo el punto de arranque para la existencia y especificación de los derechos fundamentales (STC 27/82, 53/85, 57/94). (...) se trata de una idea que, en el Derecho, sólo adquiere sentido desde los derechos, o, dicho de otra forma, los derechos se configuran como los principales instrumentos para el logro de la dignidad, por lo que ésta adquiere sentido desde el examen de los bienes que los derechos protegen"⁶. Con lo señalado ratificamos que el derecho a la dignidad resulta ser una especie de punto de partida para el establecimiento y reconocimiento de otros derechos fundamentales, con los que muchas veces aparece.

Respecto de su aplicación general, Blancas Bustamante nos señala que "... la dignidad es (...) sustancialmente igual para todos los hombres, sin que por ello, las diferencias de raza, color, sexo, origen social, poder económico, religión, edad y otras puedan afectar la idea de dignidad, la cual se sustenta en (...) *la igualdad sustancial del género humano* (...)."⁷.

⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primera edición, mayo 2007, p. 30.

⁶ DE ASIS ROIG, Rafael. "Escritos sobre derechos humanos", ARA Editores, Lima, 2005, p.71-72.

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El acoso moral en la relación de trabajo", Colección Derecho PUCP No. 4, Palestra, noviembre de 2007, pp. 75, 76. En la cita, Carlos Blancas hace referencia al tratadista Jesús González Pérez, cita referida en cursivas.

Debemos mencionar que además el derecho a la dignidad resulta ser un concepto variable, ya que como lo señala Ojeda Avilés "... la dignidad es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido depende de los usos, valores y principios éticos imperantes en cada sociedad y cada momento histórico ..."⁸. Con ello vemos cómo la afectación al derecho a la dignidad en una sociedad o época determinada, podría no serlo en otra.

De lo señalado hasta ahora, podemos intentar encontrar algunas características del derecho a la dignidad. En ese sentido podemos indicar que (i) es un derecho inherente a las personas, y es de igual aplicación para todos; (ii) resulta ser la parte invulnerable que todo cuerpo jurídico o normativo debe asegurar a la persona; (iii) es el punto de inicio para la existencia de los derechos fundamentales; (iv) adquiere sentido desde otros derechos; y (v) su contenido depende de los usos, valores y principios éticos imperantes en cada sociedad y cada momento.

II. EL DERECHO A LA DIGNIDAD EN LAS NORMAS INTERNACIONALES.

Habiendo efectuado un acercamiento doctrinario al derecho a la dignidad y las principales características que el mismo tiene, resulta ahora fundamental hacer un breve repaso de los principales instrumentos internacionales a fin de ver la forma en que el derecho a la dignidad es tratado.

Tenemos por ejemplo que la Carta de las Naciones Unidas de junio de 1945 señala en su preámbulo que busca "... reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

La Declaración Universal de los derechos Humanos nos señala en su artículo primero que "... todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros ...".

⁸ OJEDA AVILES, Antonio y GORELLI HERNANDEZ, Juan. "Diccionario Jurídico Laboral", Editorial Comares, Granada, 1999, p. 208.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla en su artículo 7, ii que “... 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 (...) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto ...”.

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que los Estados Partes, conforme a los principios enunciados por la Carta de la Naciones Unidas, basan la libertad, la justicia y la paz en el mundo en el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Con el reconocimiento en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del derecho a la dignidad, ratificamos la categoría de derecho fundamental que tal derecho tiene.

A estas alturas ya podemos ir perfilando lo que implica el respeto al derecho a la dignidad, y es justamente el valorar y respetar a la persona como tal, estableciéndose límites a las actuaciones ya sea del estado como de los particulares, respecto de ella.

III. EL DERECHO A LA DIGNIDAD AL INTERIOR DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.

La aplicación de los derechos humanos fundamentales al interior de una relación laboral resulta ser cada vez menos discutida o cuestionada, en el entendido que los derechos fundamentales se aplican a las personas, y a los trabajadores por el hecho de no perder la condición de persona; o como lo señala Canessa Montejo “... los derechos laborales se insertan en la categoría de los derechos humanos con la peculiaridad de estar ubicados dentro de una relación entre particulares ...”⁹.

⁹ CANESSA MONTEJO, Miguel. “Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT”, PUCP, Plades, p. 112.

En esa misma línea Ulloa Millares dice que "... existe otro conjunto de derechos que no tienen acogida laboral expresa pero que siguen perteneciendo a la persona cuando también actúa como trabajador y que necesariamente limitan la conducta del empleador. Son los denominados *derechos laborales inespecíficos* y que han venido a cuestionar la incuestionable libertad del empleador para regular las prestaciones de sus contratados ..."¹⁰.

La aplicación de los derechos fundamentales al interior de una relación laboral además (como ya nos lo adelantó Ulloa Millares) es una forma de limitar el poder del empleador. De esta manera "... tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos definen el marco normativo de las relaciones de trabajo y resultan limitantes para el poder empresarial. Como ya se ha mencionado, el poder empresarial que se sustenta en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede convertirse en un peligro para la libertad del trabajador ..."¹¹.

Para el caso peruano, además, la aplicación y vigencia de los derechos fundamentales al interior de las relaciones laborales, y específicamente del derecho a la dignidad, es expresa cuando en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política se dice que "... ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador ...". De allí que Carrillo Calle, citado por Blancas Bustamante, señale que "... la Constitución de 1993 ratifica el reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, lo que garantiza en el ámbito de la relación laboral, el respeto a la dignidad del trabajador y la aplicación de los llamados derechos laborales inespecíficos ..."¹².

Vemos de esta manera cómo los derechos humanos fundamentales (y el derecho a la dignidad) resultan de plena aplicación y vigencia dentro de una relación laboral,

¹⁰ ULLOA MILLARES, Daniel. "Los límites a las facultades de control del empleador en la utilización por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías (correo electrónico e internet)", en *Laborem* No. 6, 2006, p. 363.

¹¹ CANESSA MONTEJO, Miguel, ob.cit., pp. 108-109.

¹² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, primera edición, mayo 2007, p. 93.

y buscan, como el mismo derecho del trabajo, el respeto a la persona, y el fijar límites a los poderes del empleador.

Sin embargo, más allá de la referencia prevista por el texto constitucional, no se da más explicación sobre lo que debemos entender como derecho a la dignidad del trabajador, o cuándo nos podemos encontrar ante una afectación del mismo. De allí que Sanguinetti Raymond (refiriéndose además al artículo 23 del texto constitucional) nos señale que "... se desprende la necesidad de llevar a cabo una interpretación de los preceptos constitucionales que la consideración que merecen las personas no sea vea afectada en ningún tipo de situación por la que las mismas puedan atravesar. Y también la imposibilidad de que cualquier derecho pueda ser ejercido 'conculcando la dignidad esencial de otro ser humano'"¹³.

Para tratar de darle contenido al derecho a la dignidad, debemos partir señalando que dicho derecho tiene una especie de valor agregado, o posición de privilegio respecto del resto de derechos fundamentales. Esa es una de las razones para que Landa señale que "... la dignidad es la piedra angular de todos los derechos fundamentales y por ello soporte del modelo jurídico, político, económico y social de la Constitución"¹⁴.

Ahora bien, más allá de las características señaladas inicialmente (que se trate de un derecho inherente a las personas y de igual aplicación para todos; que busque la protección de la parte invulnerable que todo cuerpo jurídico o normativo debe asegurar a la persona; que sea el punto de inicio para la existencia de los derechos fundamentales; y que adquiera sentido desde otros derechos), y del hecho que dichas características nos permitan su debida identificación o sus manifestaciones, lo frecuente es que el derecho a la dignidad se manifieste acompañado de otros derechos fundamentales. Y es a partir de la vinculación con otros derechos (que es atendida en la generalidad de los casos ante la violación o irrespeto de los mismos)

¹³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Gaceta Jurídica (Diálogo con la Jurisprudencia), primera edición, Lima, julio de 2007, p. 44.

¹⁴ LANDA ARROYO, César. "Amparo contra la Telefónica", en Diálogo con la Jurisprudencia, año 8, No. 49, octubre de 2002, pp. 40, 41.

que podemos lograr identificarlo. Ojeda Avilés indica que "... la dignidad de la persona puede ser utilizada como guía para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales, en tanto que soporte y a la vez sea proyección de los mismos. (...) La dignidad es la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona ..."¹⁵.

Uno de los derechos fundamentales con los que más se vincula el derecho a la dignidad es el derecho a la intimidad. Así lo comprueba Pacheco Zerga, cuando nos señala que "... el derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y, por tanto, a los derechos de la personalidad ..."¹⁶. Pero la identificación o vinculación con el derecho a la dignidad no es exclusiva del derecho a la intimidad; Martínez Fons nos señala que el contenido del derecho a la dignidad, tiene un contenido más amplio que la garantía de la intimidad, ya que "... en ocasiones, su instalación puede afectar otros bienes o derechos integrados dentro de la dignidad personal tales como el derecho a la propia imagen o el derecho al honor ..."¹⁷.

IV. LA OIT Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD.

El derecho a la dignidad ha sido extensamente tratado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo no lo encontramos tanto en las normas que dicha Organización tiene o ha emitido, sino fundamentalmente en permanentes referencias efectuadas a través de documentos preparados por la misma OIT, o como parte de las diversas políticas que esta Organización ha implementado.

Así tenemos, por ejemplo, que la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT de mayo de 1944 de Filadelfia (documento que busca inspirar la política de sus países miembros de la Organización) tiene una referencia expresa al derecho a la dignidad, señalándose en su punto II literal a) que "... todos los seres humanos,

¹⁵ OJEDA AVILES, Antonio y GORELLI HERNANDEZ, Juan, ob. cit., p. 208.

¹⁶ PACHECO ZERGA, 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* No. 6, año 2006, p. 23.

¹⁷ MARTINEZ FONTS, Daniel. "El poder de control del empresario en la relación laboral, CES, Madrid, 2002, p. 79.

sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Si vamos más allá de la definición comprobaremos cómo se nos habla de la búsqueda del bienestar material y del desarrollo espiritual, aspectos que entendemos están también protegidos por el derecho a la dignidad.

Como señalamos al inicio del presente capítulo, en diversos documentos la OIT ha realizado expresas referencias al derecho a la dignidad, que guardan cercana relación con las características que a lo largo del trabajo hemos mencionado. Así por ejemplo se ha señalado que “... la Organización Internacional del Trabajo está consagrada a la promoción de oportunidades de trabajo decente y productivo para mujeres y hombres, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana. Sus objetivos principales son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de empleo dignas, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo”¹⁸.

Asimismo se ha dicho que “... la OIT cuenta con un inventario sin paralelo de conocimientos sobre el mundo del trabajo, adquirido después de haber respondido durante más de 80 años a las demandas de personas de todo el mundo que necesitan trabajos decentes, medios de sustento y dignidad...”¹⁹. Refiriéndose a las normas internacionales de trabajo se ha señalado que “... desde 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha mantenido y desarrollado un sistema de normas internacionales del trabajo que tiene por objetivo la promoción de oportunidades para hombres y mujeres, con el fin de que éstos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad”²⁰.

Inclusive en lo referido al denominado “trabajo decente” (uno de los objetivos centrales que tiene en la actualidad la OIT) el mismo Director General de la OIT,

¹⁸ El texto completo puede ser encontrado en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang-es/index.htm.

¹⁹ El texto completo puede ser encontrado en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/How_ILO_works/lang-es/index.htm.

²⁰ El texto completo puede ser encontrado en http://www.ilo.org/global/What_we_do/lang-es/index.htm.

Juan Somavia, ha señalado que “... el objetivo primordial de la OIT es promover oportunidades para que mujeres y hombres puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana”²¹.

V. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA DIGNIDAD.

Buscamos en este punto tratar de determinar la lógica que han seguido los tribunales constitucionales para referirse y tratar el derecho a la dignidad. Para ello, haremos referencia a dos instancias constitucionales de administración de justicia: el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Peruano.

Advertimos que de las sentencias que referimos tanto para el caso español como para el peruano no todas están referidas al ámbito laboral, sin embargo las hemos incluido por los conceptos vertidos en las mismas porque nos pueden ayudar a determinar el real significado del derecho a la dignidad para los tribunales constitucionales.

1. El tratamiento del derecho a la dignidad por el Tribunal Constitucional Español.

Para iniciar este análisis haremos referencia a la regulación que tiene la Constitución Española sobre el derecho a la dignidad, contemplada en el artículo 10 inciso 1 de su texto, que a la letra señala:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Podemos encontrar vinculación con nuestro texto constitucional, ya que mientras para la Constitución Española la dignidad de la persona resulta ser uno de los

²¹ El texto completo puede ser encontrado en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatIsDecentWork/lang-es/index.htm.

fundamentos del orden político y de la paz social, para la nuestra el respeto a la dignidad de la persona es uno de los fines supremos de la sociedad. En ambos casos, la dignidad de la persona, y todo lo que ella puede significar y abarcar, resulta estar considerada como uno de los fines supremos de la sociedad. De allí que nos parezca adecuado efectuar algún repaso por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Tenemos, por ejemplo, la STC 231/1988, en la que el fundamento tercero señala que "... deben tenerse en cuenta las consideraciones que siguen los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana ...". Si bien el caso que originó la sentencia resulta absolutamente ajeno al ámbito laboral (se trata de una acción promovida por Isabel Pantoja, originada por la difusión de imágenes de la cornada y posterior muerte de su esposo, el torero Paquirri, y en la que se discute el derecho a la propia imagen), nos resulta importante rescatar el reconocimiento que el Tribunal Constitucional Español hace del derecho a la dignidad, respecto del que derivan otros derechos fundamentales como el derecho a la imagen y a la intimidad personal y familiar.

De otro lado la STC 99/1994 (originada por el reclamo de un trabajador despedido al negarse a cortar el jamón ibérico que su empleador fabricaba ante cámaras) señala en su fundamento quinto que "... el derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 C.E. junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros...".

La STC 224/1999 señala en su fundamento segundo que "... la cuestión (...) estriba en determinar si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el art. 18.1 C.E., pues

en éste se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como «acoso sexual» en el ámbito laboral por cuanto se trata de un sonalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 C.E.), sin olvidar tampoco la conexión que en ocasiones pueda trabarse con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres (art. 14 C.E.)...”; señalando más adelante, en su quinto fundamento, al referirse al acoso sexual que “... no puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende cosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal...”.

Queremos igualmente hacer referencia a la sentencia 137/1997, que trata de un proceso de amparo iniciado contra resoluciones que condenaron a un dirigente sindical como autor de la falta de coacción, al impedir el ingreso (durante la realización de una huelga) al director de una fábrica. El fundamento tercero de la sentencia señala que “... el derecho de huelga no incluye la posibilidad de ejercer coacciones sobre terceros porque ello afecta a otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de trabajar o la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral ...”. Nos parece particularmente importante esta opinión del Tribunal Constitucional Español, ya que nos refiere los límites que tiene que el ejercicio de un derecho, estando determinado éstos por la esfera de acción de los derechos de otras personas.

Finalmente, referiremos la sentencia 142/1993, que en su sétimo fundamento señala que “... el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar

sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (STC 170/1987)...”.

Del breve repaso efectuado encontramos algunas características del derecho a la dignidad. Para referirlas nos adscribimos a lo señalado por Jiménez Sánchez y de la Cueva Aleu, cuando señalan que “... la proclamación de la dignidad de la persona no encuentra reconocimiento constitucional como derecho fundamental autónomo, razón por la cual la doctrina del Tribunal Constitucional alude a ella como fundamento último de otros derechos fundamentales y como valor del que los derechos fundamentales son cristalización. (...) en prácticamente la totalidad de las ocasiones la decisión del Tribunal Constitucional se sustenta en la consideración del derecho fundamental singular que se encuentra inmediatamente en juego (la igualdad, la prohibición de discriminación, la integridad física, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, la integridad moral, la libertad religiosa, el honor, la intimidad, la propia imagen, la tutela judicial efectiva, las garantías constitucionales del proceso penal, etc.), respecto del cual es frecuente que el Tribunal Constitucional afirme que encuentra fundamento, es emanación o traducción normativa de la dignidad humana...”²².

Los mismos Jiménez Sánchez y de la Cueva Aleu (en la misma ponencia reseñada) encuentran algunas características que permiten que nos acerquemos al concepto de dignidad que maneja el Tribunal Constitucional Español, algunas de las cuales nos parece importante reseñar:

- a. Desde el punto de vista negativo el Tribunal Constitucional Español configura la dignidad humana como un límite a las injerencias ajenas al afirmar que la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar.

²² JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo y DE LA CUEVA ALEU, Ignacio. “La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española”, ponencia española presentada en el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal en octubre de 2007. El texto de la ponencia se encuentra disponible en Internet en: <http://www.tribunalconstitucional.es/actividades/artic046.html>.

- b. Existen afirmaciones que configuran la dignidad humana como un valor jurídico fundamental. Es el caso de la STC 53/1985, en la que se reconoce que la Constitución Española ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 de CE), la libertad de ideas y creencias (art. 16 de la CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- c. La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

Las características mencionadas colocan al derecho a la dignidad, nuevamente, como un valor fundamental a partir del cual se derivan buena parte de los derechos inherentes a la persona. Es por ello que el tratamiento del derecho a la dignidad estará íntimamente ligada a otros derechos, y su manifestación se verá a partir de esos otros derechos.

2. El tratamiento del derecho a la dignidad por el Tribunal Constitucional Peruano.

Como no podía ser de otra forma, nuestro Tribunal Constitucional también tiene diversas referencias al derecho a la dignidad; ratificando lo visto hasta el momento, este derecho aparece de la mano con otros derechos fundamentales.

Tenemos por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 11 de junio de 2001, en la causa seguida por Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. El sétimo fundamento de la sentencia nos señala que “... si bien aquélla (*la empresa*) dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los

derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. (...) la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23°, segundo párrafo ...”. Vemos cómo se reconoce al trabajador como la parte más débil de la relación laboral, situación que hace necesario limitar las facultades del empleador, respetando la esfera de acción de los derechos reconocidos a los trabajadores, a fin de no vaciar de contenido sus derechos. La referencia efectuada al derecho a la dignidad resulta absolutamente vinculada con los principios que inspiran al derecho del trabajo, vale decir, con el respeto y cuidado que debe existir con la parte más débil de la relación, o dicho de otra forma, con los límites naturales que necesariamente deben existir para salvaguardar los derechos del trabajador.

La STC del 18 de agosto de 2004 (expediente 1058-2004-AA/TC), referida a la acción iniciada por Rafael Francisco García Mendoza contra Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST), emblemático caso de violación al derecho a las telecomunicaciones (SERPOST accedió de manera indebida al correo electrónico del accionante, despidiéndolo por haber descubierto que hacía uso del correo electrónico proporcionado por la empresa para enviar mensajes con contenido pornográfico), señala en su fundamento 19 que “...aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos...”.

De la jurisprudencia reseñada, nos queda la impresión que la referencia específica al derecho a la dignidad y del valor superior que ésta tiene dentro de nuestro ordenamiento, pasajeros y cargaonal, a N.º dice poco de lo que debiera ser su contenido, limitándose a transcribir lo señalado por el artículo 1 (o el 23) de la Constitución Política. Efectivamente, este tipo de referencias al derecho a la dignidad, sin mayor desarrollo o contenido, suceden con frecuencia.

Tenemos por ejemplo la STC 1262-2001-AA/TC del 11 de setiembre de 2002, acción iniciada por el ciudadano Julio Manuel Narváez Reyes en la que señala haber postulado por concurso público a una plaza como médico veterinario del Camal Municipal de Cañete, y pese a haber ganado el concurso fue contratado bajo la modalidad de servicios no personales. En el cuarto fundamento de la sentencia se señala que "... en el presente caso, rige el principio de primacía de la realidad y, por lo tanto, se ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo, pues ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer la dignidad del trabajador, derechos previstos en los artículos 22º y 23º de la Constitución Política del Perú".

Un tanto más precisa (pero en el fondo con la misma falta de fundamento en lo que al derecho a la dignidad se refiere) es la STC 364-98-AA/TC, caso en el que se inicia una acción de amparo contra la Municipalidad Distrital de Grocio Prado, a fin de que se deje sin efecto la carta de despido directo que cursara la mencionada municipalidad a la accionante, dado que estaría violando su derecho a la libertad de trabajo. En su segundo fundamento el Tribunal Constitucional señala que "... es de apreciar asimismo, que la municipalidad emplazada pretendió cohonestar la medida de despido atribuyendo a la demandante la comisión de faltas y delitos en el ejercicio de su cargo, no obstante que estas aseveraciones sobre inapropiada conducta funcional resultaban subjetivas y denigratorias de la dignidad de la trabajadora al no haber sido objetivamente demostradas considerando que la entidad municipal no le instauró el respectivo procedimiento administrativo disciplinario que su régimen laboral le deparaba, tornando negatorio su derecho de defensa, y en detrimento de la protección constitucional que el principio de presunción de inocencia le depara a la demandante, de conformidad con el artículo 2º, literal e) de la Carta Política". Asimismo, en el fundamento tercero se señala que "... el despido de la demandante

constituyó un acto arbitrario que trasgredió los derechos constitucionales de la demandante referidos a un debido proceso en sus manifestaciones de legalidad procesal y de defensa (en su fase administrativa), el derecho al trabajo y a la dignidad del trabajador, previstos en los artículos 139°, incisos 3) y 14), y artículos 22° y 23° de la Constitución Política del Estado, respectivamente...”. Debemos notar como en este caso la imposibilidad de hacer uso de su derecho de defensa al realizarse el despido de manera directa, es considerado como atentatorio al derecho a la dignidad de la trabajadora.

Ahora bien, contamos con dos sentencias que han sido calificadas como centrales para el derecho a la dignidad aplicado a una relación laboral, y que pueden ayudarnos a entender como este derecho fundamental es tratado por nuestro Tribunal Constitucional. Nos referimos a las STC 09707-2005-PA/TC y 06128-2005-PA/TC.

La primera (STC 09707-2005-PA/TC, del 23 de febrero de 2006) trata principalmente de un caso de discriminación por edad a los funcionarios del servicio diplomático que cumplían los 65 años de edad. En su quinto fundamento la STC señala que “... la Resolución Ministerial No. 0254/RE, de fecha 13 de abril de 2004, resulta incompatible con la Constitución, por cuanto viola la dignidad humana del servidor activo que, como Embajador en el Extranjero, es devuelto al Perú sin motivación alguna, por el hecho de cumplir los 65 años de edad, otorgándole un sueldo mensual sin prestación de servicios y sin oficina, vulnerando sus derechos a la igualdad ante la ley, al libre desarrollo y al bienestar social, consagrados en el artículo 1° y los incisos 1 y 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, toda vez que el retiro inmotivado de su puesto de trabajo en el extranjero por razones de edad, para cumplir funciones menores a las que les corresponde por grado y por antecedentes profesionales, lo discrimina...”. Seguidamente, el octavo fundamento señala que “... el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, lo que sólo puede ser logrado a través de una actividad que permita desarrollar todas las capacidades mentales y psíquicas innatas y para las que una persona está preparada. No cabe duda que dicha actividad es el trabajo y, por ello, el artículo 22° del citado texto constitucional establece que el trabajo es un deber y un derecho

que es base del bienestar social y medio de realización de la persona, significando que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26° de la Constitución Política del Perú) y sin que dicha relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (artículo 23° de la Constitución Política del Perú).

Finalmente comentaremos la STC 06128-2005-PA/TC, que versa sobre el reclamo de un trabajador de la Municipalidad Distrital de San Luis a quien de manera inexplicable y sin mediar justificación lo designaron como supervisor de cisterna (regadío) y jardinero, habiendo estado ocupando el cargo de psicólogo en la Oficina Municipal de Atención a la Persona con Discapacidad (OMAPED) de la mencionada municipalidad. Esta sentencia nos señala en su octavo fundamento que "... la emplazada tampoco ha tenido en cuenta que su decisión importa una descalificación del recurrente, atentatoria de su dignidad, no sólo en su condición de persona humana, sino de profesional, y vulneratoria, también, de su derecho al libre desarrollo y al bienestar social, consagrados en el artículo 1° y los incisos 1) y 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, toda vez que la asignación de funciones menores a las que le corresponden por su experiencia laboral y sus antecedentes profesionales no le permiten desarrollarse libremente ...". En el noveno fundamento detalla que "... el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú consagra el derecho a la integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, lo que sólo puede ser logrado a través de una actividad que permita desarrollar todas las capacidades mentales y psíquicas innatas y para las que una persona está preparada. No cabe duda que dicha actividad es el trabajo y, por ello, el artículo 22° del citado texto Constitucional establece que el trabajo es un deber y un derecho que es base del bienestar social y medio de realización de la persona, significando que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26° de la Constitución Política del Perú) y sin que dicha relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador (artículo 23° de la Constitución Política del Perú) ...".

Estimamos que nadie dudaría que un cambio de funciones de tal naturaleza implica una directa afectación al derecho a la dignidad, sin embargo poco hace el

Tribunal Constitucional por ayudarnos a determinar su real significado, y por lo tanto, cuáles son las razones técnicas por las que dicho derecho fundamental ha sido afectado.

Pese a que nosotros consideramos como escaso el desarrollo jurisprudencial constitucional del contenido al derecho a la dignidad, existen quienes han logrado darles contenido. Es el caso de Sanguinetti Raymond, que a partir de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (básicamente en lo referido a reposiciones de trabajadores que ante despidos incausados buscaron en el amparo la forma de reparar el daño que los despidos habían ocasionado) ha logrado interpretar las razones por las que se puede haber afectado el derecho a la dignidad, y más aun las razones por las que nuestros magistrados constitucionales han utilizado la afectación del derecho a la dignidad en sus resoluciones.

Sanguinetti nos señala que "... si se revisa con detenimiento los principales pronunciamientos a través de los cuales el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo la construcción de su doctrina no es difícil advertir que en la base de toda su argumentación se encuentra siempre una preocupación fundamental: la de garantizar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, en consonancia con el mandato contenido en el artículo 1 de la Constitución, frente a unas prácticas de contenido vejatorio como las descritas ..."²³. Sustenta Sanguinetti (al referirse expresamente al despido injustificado) que éste puede afectar la dignidad del trabajador como persona humana, con lo que el pago de una indemnización como única reparación no resulta ser la posición asumida por el Tribunal Constitucional, sino a imponer "... la única respuesta capaz de asegurar el restablecimiento pleno de la integridad del supremo bien afectado. No otra, naturalmente, que la privación radical de efectos del acto ilegítimo, mediante la readmisión en el empleo del trabajador afectado ..."²⁴.

Si bien coincidimos con Sanguinetti respecto de la necesidad de fijar un límite a las facultades del empleador como una de las características fundamentales del derecho a la dignidad al interior de las relaciones de trabajo (de hecho, es de esta

²³ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, ob. cit., p. 109.

²⁴ Ibid., p.111.

manera que lo hemos desarrollado a lo largo del presente trabajo), pensamos como ya lo adelantamos, que el Tribunal Constitucional puede (debiera, en realidad) tener un mayor desarrollo del derecho a la dignidad, ya que en muchos casos se hace referencia al mismo sin que esta referencia sea plenamente justificada o sustentada²⁵.

De allí que consideremos que para la jurisprudencia constitucional peruana el tratamiento del derecho a la dignidad resulta, en la gran mayoría de casos, ser escueto en su contenido, a pesar de ser abundante en referencias a este derecho. No negamos que podemos encontrar algunos indicios del mismo, tales como el límite que termina siendo de las facultades del empleador, o como una garantía de libre desarrollo basado en la igualdad de oportunidades, inclusive como de le afecta en aquellos casos en los que el derecho de defensa de un trabajador es dejado de lado; además es evidente el reconocimiento que tiene como derecho fundamental y preocupación principal de los magistrados constitucionales, además de encontrarlo siempre vinculado a otros derechos (característica también referida a lo largo del presente trabajo). Sin embargo también es verdad, como hemos señalado, que su inclusión en las sentencias es frecuente sin que se justifique debidamente en qué

²⁵ Un claro ejemplo de falta de justificación o sustento lo encontramos en el Expediente No. 02129-2006-PA/TC, caso en que se anuló el despido a un funcionario del Ministerio de Salud, mientras éste se encontraba con licencia por enfermedad, ya que por este motivo la relación laboral se encontraba suspendida, y con ello (con la separación) se habían vulnerado sus derechos a la dignidad y al trabajo. Lo mismo ocurre con el Expediente No. 156-2001-AA/TC, en el que la accionante (Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro) buscaba la readmisión en el régimen del Decreto Ley No. 20530, en el que en su segundo fundamento el Tribunal Constitucional señala que "...antes de dilucidar el derecho de pensión de la demandante, expone que nuestra Carta Política en su artículo 1.º establece que: "(...) la defensa de la persona humana (...) son el fin supremo de la sociedad y del Estado" por lo que en armonía con este precepto constitucional corresponde a las autoridades, en aplicación de la normativa correspondiente, dotar a las personas de su acceso a una seguridad social que debe considerarse como una contraprestación a favor de aquellos que entregaron su cuota de trabajo en beneficio de la sociedad. Por lo mismo, la interpretación de una norma jurídica deberá efectuarse dentro de una perspectiva que permita la plena vigencia del derecho a una pensión, sin que una limitación de la misma constituya un recorte al acceso de la seguridad social ...". Vemos con ello como es común asumir una afectación al derecho a la dignidad cuando en realidad la afectación debiera ser explicada o sustentada.

consiste la violación al mismo. Un mayor desarrollo ayudaría sin duda a mejorar la forma en que es invocado y, qué duda cabe, a entender debidamente cuándo estamos ante una violación del mismo.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Hemos hecho un breve paseo por distintos aspectos del derecho a la dignidad, tratando de encontrar las distintas manifestaciones que éste contiene. Con ello hemos pretendido entender cómo se manifiesta, qué aspectos abarca y cómo debe operar su respeto (y lógicamente en qué casos se le vulnera).

Podemos señalar, sin ánimo de intentar dar una definición, que el derecho a la dignidad resulta ser un derecho fundamental inespecífico, invulnerable para terceros y para la ley, y cuya manifestación está comúnmente relacionada con otros derechos. En tanto resulta aplicable a toda persona, y los trabajadores al encontrarse dentro de una relación laboral no pierden tal condición, el derecho a la dignidad tiene plena vigencia al interior de toda relación laboral.

Adicionalmente, en el ámbito de una relación laboral, implica, entre otros aspectos, el establecer un límite al poder del empleador, el respeto a la igualdad ante la ley, y el respeto a la igualdad de oportunidades; con lo comparte el mismo fundamento y razón de ser que tiene el derecho del trabajo, como es el proteger a la parte más débil de la relación laboral de cualquier injerencia o afectación externa.

Ratificamos el lugar de privilegio que tiene el derecho a la dignidad, a partir del cual se derivan otros derechos fundamentales, con los que éste es normalmente encontrado.

El derecho fundamental a la dignidad es tratado por las principales normas internacionales sobre derechos humanos, y es tratado igualmente por la OIT.

Nuestro Tribunal Constitucional lo reconoce como derecho fundamental, aplicable al trabajador al interior de las relaciones laborales. Sin embargo, y pese a dicho reconocimiento, su desarrollo jurisprudencial no ha sido suficiente.

Lo encontramos vinculado al establecimiento de límites respecto de la acción de un tercero (tercero que puede ser, como ya hemos señalado, el mismo empleador), de allí que sea un elemento de protección contra el Estado, como también respecto de otros particulares (empleador, otros trabajadores, sindicato, etc.).

Tal vez no somos todo lo concientes que debiéramos ser respecto de este importante derecho. De allí que lo que hemos buscado a través del presente trabajo es ayudar a darle contenido, contribuyendo con ello a ayudar a su plena vigencia.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *“Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo”*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, primera edición, mayo 2007.

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *“El acoso moral en la relación de trabajo”*, Colección Derecho PUCP No. 4, Palestra, noviembre de 2007.

- CANESSA MONTEJO, Miguel. *“Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT”*, PUCP, Plades.

- DE ASIS ROIG, Rafael. *“Escritos sobre derechos humanos”*, ARA Editores, Lima, 2005.

- JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo y DE LA CUEVA ALEU, Ignacio. *“La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española”*, ponencia española presentada en el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal en octubre de 2007. El texto de la ponencia se encuentra en <http://www.tribunalconstitucional.es/actividades/artic046.html>.

- LANDAARROYO, César. *“Amparo contra la Telefónica”*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 8, No. 49, octubre de 2002.

- LANDA ARROYO, César. *“Constitución y Fuentes del Derecho”*, Palestra Editores, Lima, 2006.
- MARTINEZ FONS, Daniel. *“El poder de control del empresario en la relación laboral”*, CES, Madrid, 2002.
- OJEDA AVILES, Antonio y GORELLI HERNANDEZ, Juan. *“Diccionario Jurídico Laboral”*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang—es/index.htm.
- Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/How_ILO_works/lang—es/index.htm.
- Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/global/What_we_do/lang—es/index.htm.
- Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/WhatisDecentWork/lang—es/index.htm.
- PACHECO ZERGA, 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* No. 6, año 2006.
- RODRIGUEZ, Jesús. *“El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad”*, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ISSN: 1133-0937. II(3). p. 363-392 (may-dic 1994).
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *“Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, *Gaceta Jurídica (Diálogo con la Jurisprudencia)*, primera edición, Lima, julio de 2007.

- ULLOA MILLARES, Daniel. *“Los límites a las facultades de control del empleador en la utilización por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías”* (correo electrónico e internet), en *Laborem* N°. 6, 2006.

Desplazamiento de trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales

Liliana Tsuboyama

INTRODUCCIÓN

La globalización nos ofrece retos jurídicos importantes pues dinamiza las relaciones sociales, culturales, económicas y, en lo que a nuestra práctica profesional concierne, las relaciones laborales.

El aspecto específico del desplazamiento de trabajadores al interior de grupos de empresas multinacionales constituye una realidad muy frecuente en la actualidad, respecto de la cual nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra preparado. Por tal motivo, nos interesa a través del presente trabajo exponer la problemática de las transferencias de personal entre las empresas de un grupo multinacional, haciendo referencia a los principales problemas que ellas generan, especialmente desde el punto de vista de la afectación a los derechos del trabajador desplazado. Cabe anotar que han quedado fuera de nuestro análisis el tema de la libertad sindical, tema muy rico y que merecería un trabajo independiente, así como el referido a aspectos migratorios de los trabajadores desplazados.

1. Globalización

En la actualidad el término “globalización” es utilizado para describir básicamente el fenómeno mediante el cual existe determinados ámbitos en nuestro entorno que trascienden las fronteras de los países. Este fenómeno se produce como

consecuencia de un continuo proceso progresivo del avance de la tecnología, medios de transporte, comunicaciones y del intercambio comercial entre Estados, afectando, en la mayoría de los casos positivamente, los aspectos económicos, culturales, tecnológicos, sociales y políticas de los países.

A efectos del presente trabajo nos interesa rescatar el aspecto económico del término “globalización”, que involucra la “integración de las economías de todo el mundo, especialmente a través del comercio y los flujos financieros”¹. Obviamente que un requisito previo para que este proceso se concrete es la apertura de los mercados nacionales, haciendo posible la recepción de las inversiones extranjeras y el intercambio comercial transfronterizo.

Es en este marco promotor de la inversión que las empresas se organizan para poder suministrar sus productos o proveer sus servicios en otros países, llevando su presencia a aquéllos. Asimismo, el objetivo de reducción de costos en general también las ha impulsado a establecer subsidiarias o sucursales en Estados con menores costos laborales, tributarios o de sus materias primas.

Vemos así entonces que la globalización acarrea una movilización de recursos financieros, materiales y humanos, con los problemas que en cada caso puedan surgir y que trataremos de abordar en el presente trabajo, específicamente el caso del desplazamiento de los trabajadores al interior de grupos empresariales multinacionales. Así, ante la movilidad geográfica de los trabajadores, como se apreciará más adelante, el ordenamiento local nacional no será suficiente para proteger adecuadamente sus derechos ni para fiscalizar su cumplimiento efectivo².

¹ Fondo Monetario Internacional. La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? En: <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

² “El afianzarse de la dimensión transnacional lleva a constatar la progresiva pérdida de control por parte de los Estados de los mecanismos reguladores de la producción y de los flujos financieros, lo que en la práctica vanifica la legislación del trabajo, de base territorial, en donde se delimita el coste social y los mecanismos de la tutela de las clases trabajadoras.” BAYLOS, Antonio. “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto.” En: *Revista Derecho & Sociedad* 17 p.40

2. Grupos de empresas

Antes de analizar los grupos de empresas transnacionales y determinados efectos que tienen sobre las relaciones laborales, es importante previamente describir de una manera breve –pues no es objeto del presente trabajo un tratamiento integral de los grupos de empresa- la situación jurídica, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, de los grupos de empresas en el ámbito local, pues varios de los problemas que se presentan en dicho contexto se reiterarán a su vez en los grupos de empresas transnacionales.

En nuestro ordenamiento laboral actual no existía, hasta hace muy poco tiempo una definición del concepto de grupo de empresas, por lo que la jurisprudencia³ solía recurrir a regulaciones de otros sectores que sí contemplan esta figura.

Así, para el sistema bancario y financiero, el artículo 8° de la Resolución SBS N°445-2000, aprobada el 28 de junio de 2000 y publicada el 6 de julio de 2000, que contiene Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, define como grupo económico “al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión”.

De otro lado, en lo que al mercado de valores se refiere, el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) mediante Resolución CONASEV N°090-2005-EF-94.10, aprobada el 23 de diciembre de 2005 y publicada el 28 de diciembre de 2005, define como grupo económico al “conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al

³ Expediente No.4388-2004-BE-A, Sentencia de 30 de diciembre de 2004. Se hace referencia al concepto de grupo de empresas contenido en las normas de la Superintendencia de Banca y Seguros.

control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales” (artículo 7°).

Ahora bien, el Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente – Reglamento de la Ley MYPE, aprobado mediante Resolución Suprema No.008-2008-TR y publicado el 30 de setiembre de 2008, contiene por primera vez una definición de grupo económico y vinculación económica, necesaria para evitar que empresas vinculadas o que pertenezcan a un mismo grupo económico, puedan acogerse al régimen a los beneficios especiales destinados a las MYPE. A tal efecto, el artículo 4° del Reglamento considera como grupo económico “al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas”.

Debe tenerse presente también que el Proyecto de la Ley General del Trabajo, cuyo artículo 6° define como “grupo de empresas” lo siguiente:

“Artículo 6.- Grupo de empresas

Se establece la existencia de un grupo de empresas cuando varias de éstas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general.

Cuando el trabajador ha prestado servicios en cualquiera de las empresas que conforman un grupo, éstas son solidariamente responsables por el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales.”

La definición de grupo de empresas contenida en el Proyecto de la Ley General del Trabajo contiene las características esenciales que la doctrina ha recogido para señalar lo que constituye un grupo de empresas, características que analizaremos a continuación.

2.1. Elementos característicos del grupo de empresas

A nivel doctrinario^{4,5} se han establecido tres elementos característicos que determinan la existencia de un grupo de empresas en materia laboral. Tales elementos son los siguientes:

- Pluralidad de empresas;
- Autonomía formal y jurídica de las empresas que integran el grupo; y,
- Vinculación entre las empresas del grupo de manera coordinada o subordinada, pero manejándose todas las empresas por una unidad de dirección.

Consideramos que estos tres elementos no necesariamente se van a dar de una manera clara y definida en cada caso concreto, pues la realidad de la organización empresarial actual nos hace ver que en determinados casos tenemos que flexibilizar tales elementos, de tal manera de poder incluir supuestos que no se ajusten necesariamente con las definiciones antes señaladas.

En efecto, para que exista un grupo de empresas, debemos encontrarnos con por lo menos dos o más empresas y que cada una de ellas conforme una persona jurídica independiente con las formalidades de ley. Sin embargo, en la práctica se dan supuestos en los cuales no existe personalidad jurídica en una determinada entidad, pero formalmente, para efectos tributarios o laborales, pueden aparecer con autonomía formal.

Un primer caso es la sucursal. La sucursal, conforme el artículo 396° de la Ley General de Sociedades, es todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. Expresamente esta norma señala que “la sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal.” Adicionalmente

⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario.” En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48,

⁵ BUENO MAGANO, Octavio. Grupos económicos nacionales e internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores. En: Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo. Primera edición, 1982. Universidad Nacional Autónoma de México. Mexico, p.50 p.100.

se le atribuye autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que se les otorgue a sus representantes.

De esta manera, la sucursal no tiene autonomía jurídica propia, pues viene a ser un brazo de la empresa de la cual depende y sólo gozará de cierta autonomía de gestión dependiendo de los poderes que se otorgue a sus representantes. No obstante ello, la sucursal será totalmente independiente para efectos tributarios y laborales, pues contará con su propio número de inscripción en el Registro Unico de Contribuyentes y también podrá contar con su propia planilla de pagos de remuneraciones, pudiendo en consecuencia actuar como empleador.

Un segundo caso es el Consorcio, definido en el artículo 445° de la Ley General de Sociedades como “el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.” Es decir, se trata de la agrupación de unas empresas para la realización de una actividad común; sin embargo, la ley no le otorga personería jurídica por tratarse, como la propia definición lo señala, de un contrato. Al igual que en el caso anterior, el Consorcio es una entidad independiente para efectos tributarios y laborales, por lo que podrá contar con su propia planilla de pagos y actuar como empleador.

En los casos antes citados, consideramos que, aun cuando no exista una personería jurídica independiente -societariamente hablando- de la sucursal y del Consorcio, a efectos de determinar los miembros participantes de un grupo de empresas para aspectos laborales, estas entidades debieran ser consideradas como una entidad autónoma, debido a que dichos entes tienen la capacidad de constituirse en empleadores y de llevar planillas de pago de remuneraciones.

Por último, debe tenerse presente que todas las empresas del grupo deben estar dirigidas por una voluntad común, lo cual implica la capacidad de restarles autonomía en el desarrollo de sus actividades. Decimos “capacidad”, por cuanto

no es necesario que en cada caso concreto se manifieste esa dominación de una empresa sobre la otra, sino que únicamente que se dé esta posibilidad⁶.

2.2. Determinación del empleador en los grupos de empresas

Ante todo debe tenerse presente que, a nuestro entender, el problema de la determinación del empleador de un trabajador de una compañía perteneciente a un grupo económico, existe porque, no obstante que formalmente el trabajador pertenezca a la planilla de aquélla, es en la práctica dirigido o presta servicios a las demás empresas del grupo o porque simplemente su asignación a dicha planilla obedezca a una intención de eludir responsabilidades laborales.

En estos supuestos se discute sobre si el grupo de empresas puede ser considerado como empleador, aun cuando no goce de personalidad jurídica o sólo será el empleador aquella empresa del grupo que se constituye como su empleador formal. De llegarse a la conclusión que es el grupo de empresas el que debe asumir las responsabilidades laborales, éstas se imputarán de manera solidaria a las empresas que conforman el grupo.

Cabe señalar que sobre el particular, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral, que reúne a los vocales de diversas Salas Superiores del país, concluye que existe solidaridad en las obligaciones laborales “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.” Posteriormente se acuerda que la Sala Plena de la Corte Suprema presente una iniciativa legislativa sobre la solidaridad en materia laboral. Sobre el particular, consideramos que el solo hecho de verificarse la existencia de una vinculación económica o grupo de empresas no necesariamente debe conllevar a imputar una responsabilidad solidaria en el cum-

⁶ “La dominación caracteriza al control, no propiamente la interferencia de la sociedad controladora en la controlada, sino apenas la posibilidad de que se dé. El control puede existir en estado latente, sin ser ejercido. De ello se debe afirmar que el control es la dominación en potencia, mas no en acto.” BUENO MAGANO, Octavio. “Grupos Económicos Nacionales e Internacionales. Su responsabilidad en cuanto a los derechos de los trabajadores.” En: Los Grupos de Empresas Nacionales y Multinacionales y el Derecho del Trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera edición 1982, México p.53

plimiento de obligaciones laborales, toda vez que no necesariamente el trabajador ha tenido que haber estado relacionado con todas ellas. En todo caso, en la propuesta legislativa que formule la Corte Suprema podría ser la oportunidad para aclarar este tema.

Esta discusión doctrinal surge en España a raíz del texto del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, que define como empresario a “todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios ...” (subrayado agregado). Sin embargo, concordamos con Arce en que el grupo de empresas no constituye una comunidad de bienes, por lo que, según señala este autor, en el Derecho Laboral español existe una laguna, al no regular que el grupo de empresas pueda ser sujeto de obligaciones laborales⁷ Con lo cual nos encontramos ante una situación similar a la peruana.

En nuestra legislación laboral no existe una definición de empleador, pero se entiende que es aquél al que una persona le presta servicios de manera subordinada y remunerada, interpretando lo señalado por el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR. Existe una definición de empleador en materia de seguridad social, que se encuentra contenida en la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobada mediante Ley N°26790, que define como “entidad empleadora”, para efectos de dicho sistema de seguridad social, a las empresas e instituciones públicas o privadas que emplean trabajadores bajo relación de dependencia, las que pagan pensiones y las cooperativas de trabajadores. Es decir, se reitera la importancia de la relación de subordinación entre el empleador y el trabajador.

Es ahí que la jurisprudencia tendrá un papel preponderante al momento de resolver conflictos en los que se involucre el tema del grupo de empresas y si, en

⁷ “Visto así el problema, no cabe duda que el artículo 1.2. ET, al no reconocer el fenómeno de grupo un poder rector a efectos laborales distinto al de las empresas singulares con personalidad jurídica, configura una laguna legal, que ha de ser subsanada recurriendo a los métodos de integración jurídica.” ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. La circulación de trabajadores en el grupo de empresas. Universidad de Cádiz. Mergablum Edición y Comunicación. Sevilla 2003, p.39

esos casos, se puede atribuir responsabilidades a personas jurídicas distintas a la del empleador formal. En el caso español, los tribunales ya han establecido ciertos lineamientos sobre el particular, los cuales pasaremos a explicar a continuación.

En primer lugar, la jurisprudencia española parte del supuesto de que no necesariamente la sola existencia de un grupo de empresas, desde el punto de vista del Derecho Societario, implicará la imputación de responsabilidades para el Derecho del Trabajo⁸, pues para ello será necesario analizar elementos adicionales. En efecto, como se ha señalado anteriormente, el solo hecho de que un trabajador forme parte de una empresa de un grupo, no significa que las demás empresas del grupo deban asumir una responsabilidad derivada de dicha relación laboral, pues en la realidad esta relación puede ser totalmente autónoma y no vinculada con las demás empresas del grupo.

⁸ “Como punto de partida, la jurisprudencia viene admitiendo el principio general de la independencia y no comunicación de responsabilidades entre las sociedades integradas en un grupo, sobre la base de que los vínculos accionariales –o, en su caso, funcionales o de gestión– no alteran, por sí mismos, la calificación o consideración, como entidades autónomas o separadas, dotadas cada una de ellas con su propia personalidad, de aquellas sociedades que se hayan constituido debidamente como tales, de tal modo que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores.” ALBIOL MONTESINOS, Ignacio et al. SALA FRANCO, Tomás (dir.). Derecho del Trabajo. 9ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p.249.

“... dicha construcción asume como punto de partida la irrelevancia de los vínculos accionariales, funcionales o de gestión a efectos de imputar al grupo la condición de empleador.” ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. La circulación de los trabajadores en el Grupo de Empresas. Sevilla: Universidad de Cádiz / Mergablum. Edición y comunicación, S.L., 1993, p.47.

“La regla más importante es la de que la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles no implica necesariamente su existencia a efectos laborales; el grupo mercantil no desencadena automáticamente ni la responsabilidad solidaria de todas las empresas del grupo, o de las implicadas, frente a las obligaciones laborales en que se incurra respecto a los trabajadores, ni la necesaria concepción de todo el grupo como empleador (...). Habrá que acreditar además el que la relación entre esas empresas es de una determinada forma, cuenta con unas determinadas circunstancias que justifican la unicidad o la solidaridad del grupo a efectos laborales.” MOLERO MANGLANO, Carlos (dir.). Estructura del Contrato de Trabajo. Madrid: Dykinson, 1997 p.126

Es así que la jurisprudencia española ha establecido determinados lineamientos para determinar si existe un grupo de empresas para efectos laborales y determinar así quién o quienes asumen la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones del personal que presta servicios al grupo. Dichos lineamientos son los siguientes⁹:

a) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva a favor de varias de las empresas del grupo

En estos casos, la relación laboral en cuestión, por el hecho de haber el trabajador prestado servicios simultánea o sucesivamente a diversas empresas del grupo, genera una confusión en cuanto a la identificación de la figura de empleador. Estos supuestos pueden darse en grandes grupos de empresas, en las cuales determinados servicios corporativos son prestados por una de las divisiones del grupo a las demás empresas participantes.

b) Confusión de patrimonios

Existe supuestos en los cuales determinados pagos provienen de recursos de una determinada empresa del grupo, no necesariamente del empleador formal del trabajador.

c) Unidad de dirección

La unidad de dirección ocurre cuando las actividades de una de las empresas son determinadas por otra de las empresas del grupo, de tal manera que la empresa dirigida no cuenta con una autonomía de actuación propia. Cabe señalar que ello es distinto a la facultad de supervisión que puede tener una empresa frente a otra del grupo como su accionista.

⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María. "El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario." En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48, p.100.p.102 MOLERO MANGLANO, Carlos (dir.). Estructura del Contrato de Trabajo. Madrid: Dykinson, 1997 p.129

d) Apariencia externa de unidad empresarial

En estos casos, el grupo empresarial se presenta públicamente como un todo único.

e) Constitución de empresas “sin sustrato real”

Existe supuestos en los cuales se crea una determinada empresa solamente como un vehículo para formalizar las relaciones laborales o para otros fines específicos no esenciales del negocio principal para el cual presta servicios el trabajador. Un ejemplo de estos casos puede ser el uso indebido de la tercerización de servicios en el ámbito de un mismo grupo empresarial, bajo la creación de una empresa “pantalla” o “planillera” dependiente de la entidad contratante.

Como bien señala MOLERO¹⁰, no es necesario que se presenten en un determinado caso todos los elementos antes señalados, pues dependerá de un análisis caso por caso por parte del juzgador para ver si la presencia de estos elementos por sí solos o en compañía de otros, pueden imputar responsabilidad al grupo empresarial o no.

Como vemos, el tema es complejo a nivel de grupos de empresas nacionales y se complica aún más en el caso de las empresas transnacionales, como apreciaremos a continuación.

3. Grupos de empresas transnacionales

Como hemos señalado en el punto precedente, la globalización y la apertura comercial han promovido la creación de los grandes conglomerados empresariales internacionales, que usualmente se encuentran integradas por una “casa matriz” y subsidiarias diversas a nivel mundial.

¹⁰ MOLERO op cit p.131

Los tipos más comunes de grupo de empresas cuya presencia se puede apreciar en nuestro país son aquellos que se rigen bajo un esquema vertical, es decir, una de las empresas participantes, generalmente la casa matriz con sede en el extranjero, ostenta el poder de dirección y de control respecto de las demás empresas del grupo. De esta manera, las entidades locales de empresas multinacionales carecen de una autonomía de actuación, pues en el ejercicio de sus actividades la toma de decisiones proviene de su casa matriz extranjera.

Adicionalmente es la casa matriz la que imparte las políticas que regirán en todas las empresas del grupo en lo que a las relaciones laborales se refiere. De esta manera, todos los empleados del grupo empresarial, se regirán por un mismo Código de Ética y de Conducta, las mismas políticas de empleo, incentivos, entre otros. Inclusive algunas de dichas políticas, por provenir de una determinada jurisdicción, podrían colisionar con el ordenamiento laboral local, por lo que en tales supuestos deben ser objeto de las adecuaciones del caso.

Los conflictos que surjan como consecuencia del desplazamiento de un trabajador de una empresa de un grupo multinacional a otra empresa del grupo, estarán relacionados con la ley aplicable a las relaciones laborales en cada jurisdicción.

4. Territorialidad de la ley laboral

Interesa abordar el tema de la aplicación de la norma laboral en el espacio, debido a que en una relación laboral que involucre a un trabajador destacado de una empresa extranjera, sea cual fuere el conflicto normativo que afronte una relación internacional, debe tenerse presente que aquél se resuelve aplicando la ley laboral del territorio donde se ejecuta la prestación del trabajador. Cabe advertir que el presente trabajo no pretende abordar otro aspecto importante vinculado al Derecho Internacional Laboral, que es la determinación del juez competente en caso se presente un conflicto que deba ser dilucidado en sede judicial. Solamente nos interesa, a efectos del presente documento, determinar la ley aplicable a determinadas relaciones laborales que involucra el territorio de más de un país.

La existencia de los grupos empresariales transnacionales implica que, si bien la empresa que dirige el grupo pretende aplicar determinadas directivas o políticas

comunes a todo el personal de las diversas empresas del conglomerado, debe cuidar que dichas directivas o políticas se adecuen a cada jurisdicción nacional, por cuanto, como veremos en esta sección, la aplicación de la ley laboral es de carácter territorial.

En efecto, ante la presencia de un conflicto normativo que involucre los ordenamientos laborales de Estados diversos, el Derecho Internacional Privado nos indicará cuál es la norma a aplicarse en el caso concreto.

Al respecto, conforme lo establece el artículo 2047° del Código Civil, ante un conflicto sobre aplicación de normas de distintos Estados, debemos recurrir en primer lugar a los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Peruano sobre la materia; de no existir tratado con un determinado país sobre la materia en cuestión, deberá recurrirse al Código Civil¹¹.

Ahora bien, no existe tratado internacional a nivel de la región latinoamericana que regule aspectos vinculados al Derecho del Trabajo¹² propiamente dicho, salvo el caso de las Decisiones 545 y 546 de la Comunidad Andina (véase Sección 6.1). En nuestra legislación nacional tampoco existe una norma en el ordenamiento laboral¹³ que regule este tema.

¹¹ Artículo 2047°.-Normas aplicables

El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro.

Además, son aplicable, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

¹² “Los instrumentos existentes en el ámbito americano sobre Derecho Internacional Privado, tales como los Tratados de Montevideo de 1889 (revisados en 1939-40), el Código Bustamante (La Habana, 1928) y las Convenciones Interamericanas sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, vigentes en nuestro país, se ocupan de Derecho Civil, Mercantil, Penal y Procesal, pero no regulan cuestiones de Derecho del Trabajo, más allá de alguna aislada referencia.” NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Primera edición. Lima: Ara Editores, 1997, p.94

¹³ NEVES indica que sólo existe una referencia puntual en el artículo 7° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N°003-97-TR, que establece que es computable, a efectos del cálculo de este beneficio, el tiempo de servicios efectivamente prestado en el Perú, o en el extranjero cuando el trabajador haya sido contratado en el Perú. NEVES p.95

Sin embargo, cabe preguntarnos si corresponde la aplicación de los tratados o, en su defecto, de las normas contenidas en el Código Civil, pues, como debemos recordar que, si bien es cierto que, conforme al artículo IX del Código Civil es de aplicación supletoria este cuerpo normativo a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, ello siempre debe realizarse “siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. En esta medida, atendiendo a este condicionamiento y con las especificidades que tiene el Derecho del Trabajo, la aplicación del Código Civil a las relaciones laborales debe efectuarse cuidando el carácter tuitivo del sistema jurídico laboral.

A nivel de contratos en general, el artículo 37° del Tratado de Montevideo, revisado en 1939-1940, establece que la ley del lugar de cumplimiento de los contratos rige su ejecución y en general todo cuanto concierne a dichos contratos.

De otro lado, el artículo 198° del Código Bustamante señala que es territorial la legislación sobre accidentes de trabajo y protección social del trabajador, es decir, no trata precisamente de las normas aplicables a otros derechos sustanciales de los trabajadores.

En los casos en que no sean aplicables los tratados antes citados, tendría que ser de aplicación el artículo 2095° del Código Civil, que establece que las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato; si la prestación se efectúa en más de un país, la ley que regirá será aquella del lugar donde se ejecute la obligación principal; si ésta no puede ser determinada, se aplica la ley del lugar de celebración del contrato. A las luces del Derecho del Trabajo, la aplicación de esta norma al ámbito laboral resulta cuestionable por cuanto, dado que en el momento de la celebración del contrato de trabajo las partes se encuentran en una situación de desigualdad, el empleador podría forzar al trabajador a someterse en la celebración del contrato a una legislación que prevé menores beneficios que la legislación correspondiente al lugar de la prestación de los servicios.

Por tal motivo, bajo el principio tuitivo vigente en el Derecho del Trabajo, consideramos que, al momento de la aplicación de las normas laborales en el espacio,

debe procurarse la aplicación de la ley laboral del lugar donde se ejecutaron las prestaciones, salvo que las partes hayan pactado la aplicación de una norma laboral más favorable.

Por lo expuesto, en materia laboral, se aplica la ley del lugar donde se ejecutan las prestaciones del trabajador.

Por último, cabe señalar que el Proyecto de la Ley General de Trabajo, contempla en los artículos XVIII, XIX, XX y XXI, la aplicación de la ley laboral en el espacio. Así, el artículo XX establece que en el caso de relaciones internacionales en las que el contrato se celebre en un país y la relación se cumpla en otro, siendo el Perú uno de ellos, la competencia jurisdiccional y la legislación aplicable se determinan en función a los tratados suscritos entre los Estados involucrados. A falta de tratado se entiende que la ley peruana es aplicable a las relaciones laborales cumplidas en el Perú, cualquiera fuera el lugar de celebración del contrato o a las relaciones laborales cumplidas en el extranjero cuando el contrato de trabajo se hubiere celebrado en el Perú.

De esta manera, de aprobarse este cuerpo normativo, se estaría estableciendo claramente que la aplicación de la ley laboral peruana rige en los casos en que las prestaciones de servicios se efectúen en el Perú y en aquellos supuestos en los que el contrato de trabajo haya sido celebrado en el país. Sin embargo, no se soluciona el problema de que el trabajador tenga que pasar formalmente por tantas planillas según los países en los que sea transferido como consecuencia de los intereses del grupo de empresas al que pertenece.

5. Principales problemas

La existencia de grupos de empresas transnacionales genera una serie de problemas en las relaciones individuales laborales; de los cuales nos interesa analizar los que se señalan a continuación.

5.1. Determinación del empleador en grupos de empresas transnacionales

El problema que surge, como en cualquier grupo de empresas, es establecer quién es el empleador del trabajador. Se señala usualmente que esta identificación es importante para determinar el sujeto responsable por el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores; sin embargo, consideramos que también resulta relevante para precisar quién es el empleador respecto del cual el trabajador internacional deberá encontrarse subordinado: ¿la casa matriz, la empresa de la que proviene o la empresa en la que presta servicios actualmente?

La realidad es más compleja aún pues, si bien las decisiones finales provienen de la casa matriz, las decisiones inmediatas pueden ser generadas desde las diversas empresas del grupo, a las cuales se les asignará esta función por factores geográficos o funcionales. De esta manera, la casa matriz puede descentralizar la toma de decisiones en subsidiarias principales por regiones o zonas geográficas; por ejemplo, que las decisiones que afecten a la empresa peruana sean aprobadas por la subsidiaria brasileña. De otro lado, las decisiones también pueden ser descentralizadas según las distintas divisiones de la empresa; por ejemplo, toda la parte contable puede ser dirigida por la Gerencia de Contabilidad de una determinada subsidiaria del país X, y así sucesivamente en las demás áreas de la empresa.

Lamentablemente nuestra legislación no regula este supuesto, a pesar de que en la práctica puede apreciarse muchos casos en los cuales un trabajador extranjero inicia originalmente sus servicios en un determinado país, es destacado luego al Perú e ingresado a la planilla de la empresa local, y sin embargo depende funcionalmente de la casa matriz o de una subsidiaria distinta de la empresa de procedencia.

De esta manera, si bien el empleador de un trabajador internacional sería la empresa de la cual depende funcionalmente, nos enfrentamos con la dificultad de tener que fiscalizar a una persona jurídica no domiciliada en el Perú, respecto de la cual nuestras autoridades no tienen jurisdicción.

En materia de fiscalización de las obligaciones laborales por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la jurisdicción de la inspección laboral solamente alcanza a los empleadores situados en el territorio nacional. De otro lado, de haberse planteado una demanda contra una persona no domiciliada en el Perú respecto de la cual se le imputa responsabilidad laboral, de ser amparada esta acción y concluirse ésta en una sentencia, la decisión judicial podría ser ejecutada a través de un procedimiento de ejecución de sentencia extranjera en el país donde se encuentre ubicado el empleador no domiciliado. Claro está que esta alternativa de reclamo de pago de beneficios laborales constituye una salida más onerosa para el trabajador.

En cuanto a las obligaciones del empleador referidas al pago de aportes al Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud y del Sistema Nacional de Pensiones, así como del Impuesto a la Renta, cuya cobranza se encuentra regida por el Código Tributario, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) no ha establecido un mecanismo para la exigencia del pago de tales tributos, en la medida que su competencia sólo alcanza a aquellos deudores pertenecientes a las Intendencias u Oficinas Zonales ubicadas en el territorio peruano y la cobranza sólo puede involucrar bienes o derechos de los deudores tributarios ubicados en la jurisdicción de tales intendencias u oficinas zonales, que cuenten con personal autorizado por la SUNAT.

Del contenido de dichas normas se desprende que no resultaría viable que el personal de la SUNAT autorizado para el cobro de los tributos mediante la ejecución coactiva pueda exigir su pago a contribuyentes que domicilian en el extranjero. En consecuencia, si bien es cierto el empleador no domiciliado podría haber cometido una infracción tributaria, no podría ser sancionado por no domiciliar en el territorio peruano.

En atención a los argumentos expuestos, si bien el real empleador del trabajador podría ser en principio responsable solidario frente a la Autoridad Administrativa Tributaria por la omisión en el pago de las contribuciones sociales, la Autoridad Administrativa Tributaria carecería de competencia internacional para exigirle el pago de dichas contribuciones.

Por lo expuesto, las autoridades que fiscalizan el cumplimiento de obligaciones laborales y tributarias solamente podrían tener competencia respecto de las personas jurídicas domiciliadas en el país, mas no respecto de aquellas ubicadas en el exterior.

No obstante ello, consideramos que el trabajador siempre tendrá el derecho expedito de interponer las acciones correspondientes contra su empleador ubicado en el extranjero.

5.2. Transferencia de personal

Es en la transferencia del personal perteneciente de una de las empresas a otras empresas del grupo en la que surgen las situaciones que pueden afectar los derechos laborales individuales del personal transferido, especialmente cuando no se ha pactado en el contrato la facultad del empleador de disponer el traslado del trabajador de un país a otro. En cualquier caso, al igual que cualquier otra facultad del empleador, si éste tiene la potestad de transferir a su personal de un país a otro, aquélla debe ser ejercida bajo el principio de razonabilidad y de ninguna manera puede implicar un perjuicio para el trabajador, es decir, su traslado no puede implicar en modo alguno una desmejora en sus condiciones laborales.

En cuanto a la transferencia de personal, un elemento importante a determinarse es, ¿quién ordena la transferencia del trabajador? Generalmente el traslado del trabajador es dispuesto por la Gerencia Regional a la que funcionalmente depende el trabajador, la que a su vez puede o no ser parte de la casa matriz; de otro lado, la orden de transferencia también puede provenir de la empresa de la que originalmente proviene el trabajador. Desde el ingreso del trabajador a una de las empresas del grupo multinacional, aquél es informado respecto a quién debe reportar el desarrollo de sus actividades y, por tanto, de quién recibir órdenes y por quién ser evaluado. En esta medida, el empleador real del trabajador será aquella empresa de la cual provengan las decisiones principales que afecten su puesto de trabajo.

De otro lado, tenemos al empleador “formal”, al que el trabajador pertenece para que puedan canalizarse el pago de sus beneficios laborales y previsionales que le corresponden, así como para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o migratorias.

En la práctica, en caso de desplazamientos de personal entre empresas del mismo grupo económico ubicadas en distintos países, se opta, a falta de normas comunes que regulen este tema entre los países, por liquidar a cada trabajador según la legislación del lugar donde se encuentre la empresa en la que formalmente está registrado y prestando servicios el trabajador y luego por recontratarlo en la empresa destinataria. Ahora bien, al terminar la relación laboral, se suele reconocer al trabajador el record de servicios correspondiente a todo el tiempo en el que prestó servicios a las distintas empresas del grupo.

En uno de los casos específicos que veremos a continuación, saltan los problemas por la existencia de ambos tipos de empleadores involucrados en la misma relación laboral, pudiéndose prestar inclusive esta figura para generar situaciones fraudulentas a fin de evadir el cumplimiento de obligaciones laborales o tributarias.

A continuación, analizaremos algunos supuestos específicos en los que se presentan conflictos relacionados con la transferencia de un trabajador de un país a otro

5.2.1. Trabajador obligado a ser transferido a otro país para su cese

Tenemos el caso de un trabajador extranjero, proveniente originalmente de la planilla de la empresa A, donde se mantiene registrado aun después de su transferencia, que recibe órdenes de una gerencia de la empresa B y que se encuentra destacado en la empresa C (Perú), considerándose para estos efectos que las empresas A, B y C se encuentran ubicadas en países distintos y pertenecen al mismo grupo económico. De esta manera, el trabajador tiene dos relaciones laborales formalizadas, una con su empresa de origen (empresa A) y otra con la empresa en la cual se encuentra actualmente destacado (empresa C).

Ahora bien, resulta que la empresa B ha decidido prescindir de los servicios del trabajador sin causa justificada alguna, por lo que instruye a la empresa C para que inicie las negociaciones con el trabajador para su desvinculación voluntaria. Dado que la negociación no prospera y para evitar el pago de la indemnización por resolución unilateral del contrato de trabajo que el trabajador mantiene con la empresa C, la empresa A dispone su repatriación con la finalidad, obviamente no manifestada, de ser cesado en ese país, donde la indemnización es mucho menor.

Ante esta situación, el trabajador se encuentra en la encrucijada de, si acatar la repatriación dispuesta por la empresa de origen, lo cual le causaría un evidente perjuicio, o considerar que su vinculación laboral formal con la empresa C ha concluido y que, por tanto, a las luces de la legislación local, debe abonársele la indemnización por resolución unilateral del contrato de trabajo que corresponda.

Vemos que en el presente caso existe una duplicidad de relaciones laborales formales, no obstante que el trabajador presta servicios solamente a un empleador. Ello ocurre porque el trabajador no desea ser desvinculado de la planilla de origen, probablemente por motivos previsionales y también porque en el país de destino, a efectos del cumplimiento de obligaciones laborales, tributarias y migratorias, se requiere que se encuentre registrado en una planilla local. Esta duplicidad podría actuar en casos como el que estamos analizando contra el propio trabajador.

Como hemos visto en el numeral 5.2.1, no existe una norma nacional ni internacional que regule esta materia de una manera uniforme, por lo que este vacío le puede ocasionar perjuicios al personal de las empresas multinacionales. En efecto, si no acata lo dispuesto por su empresa de origen, podría incurrir en una falta grave causal de despido por resistencia a las órdenes de su empleador, aprovechándose de este hecho este empleador para evadir el pago de la indemnización correspondiente, si dicha falta es contemplada en el país de origen como causal de conclusión del contrato de trabajo.

No obstante ello, en la medida que en el caso materia de análisis no se cuenta con una conformidad del trabajador para la transferencia y dado que la ley

peruana tampoco regula una situación similar, consideramos que la conclusión de la relación laboral debe regirse por el ordenamiento laboral peruano y, por tanto, abonar la indemnización correspondiente si el cese no es con la conformidad del trabajador. En el marco de la Comunidad Andina, como veremos más adelante, ésta será la solución que regirá la conclusión del contrato de trabajo.

5.2.2. Trabajador extranjero transferido a un país que cuenta con beneficios laborales menores a los del país de origen

Se trata de un supuesto similar al anterior, que implica que, al disponerse la transferencia de un trabajador de una jurisdicción a otra, le sea aplicable un ordenamiento laboral que prevé menores beneficios. Entre tales preocupaciones está el tema de sus aportes a la seguridad social, el cual, por ejemplo, en el país de origen pueden generar una rentabilidad mejor que en el país de destino. O el inicio de un nuevo cómputo para reunir los requisitos de cobertura de la seguridad social en salud local o porque sus dependientes directos continuarán residiendo en el país de origen y su interés es que se mantengan protegidos por la seguridad social de dicho país.

En la práctica las empresas locales, ante la falta de una previsión normativa, optan por dar a estos problemas soluciones que no necesariamente van de la mano con nuestro ordenamiento legal. Por ejemplo, mantienen al trabajador en la planilla local, con un sueldo menor y el vínculo laboral con suspensión imperfecta mientras el trabajador se encuentra destacado en el extranjero. Sin embargo, ¿es válida esta figura? ¿Puede un trabajador recibir una remuneración de una empresa respecto de la cual no presta servicios efectivos y no obstante ello tener derecho él o su familia al acceso a la seguridad social local?

Al respecto podrían caber dos interpretaciones. Una que rechace la adopción de tales mecanismos, por considerar que legalmente la regla general es que se debe incluir en la planilla a todo aquél que preste servicios efectivos a la empresa. Tan es así que es sabido de fiscalizaciones de la Superintendencia Nacional de

Administración Tributaria (SUNAT) en las que se detecta la existencia de trabajadores “fantasma”, que sólo eran incluidos en las planillas para poder tener acceso a la seguridad social. Si bien en ambas situaciones –la de los trabajadores fantasma y de los trabajadores desplazados-, las finalidades son las mismas –el acceso o la permanencia en la seguridad social-, en el caso de los trabajadores multinacionales se trata de personas que efectivamente prestan servicios, no directamente a la empresa que los declara, pero sí, por encargo de ésta, a una empresa vinculada pero ubicada en otro país. De ahí surgen los fundamentos de la segunda interpretación, que aceptaría la inclusión del trabajador en ambas planillas, por considerar que hay un vínculo entre la empresa de origen y la destinataria que genera la transferencia del trabajador en cuestión. En todo caso, este mecanismo se utiliza a favor del mismo trabajador, para no ocasionarle perjuicio.

A nuestro entender, puede aceptarse que el empleado se mantenga en la planilla local, acordando con él una licencia con goce de haberes, siempre y cuando la transferencia del trabajador sea con un ánimo de retorno al país.

El problema se acompleja en el caso de los trabajadores extranjeros quienes deben contar con la calidad migratoria habilitante para poder ser incorporado a una planilla local, que es la visa de residente. Sin embargo, esta calidad migratoria se pierde si el ciudadano extranjero se ha ausentado por más de seis meses del territorio nacional, por lo que en la práctica la alternativa de mantener personal en una planilla local aun cuando no se encuentren en el territorio nacional, sería inviable para trabajadores extranjeros con visa de residente en nuestro país.

En tal sentido, en la práctica será recomendable en estas situaciones la suscripción de un convenio de otorgamiento de licencia con goce de haberes, con la finalidad de poder acreditar, eventualmente que el mantener al personal transferido en planilla no obedece a fraude alguno. La licencia debe ser otorgada de manera razonable, es decir, debe obedecer a un ánimo de retorno por parte del trabajador.

5.3. Trabajador de empresa extranjera que no tiene personería jurídica en el país

Los supuestos que analizaremos en este numeral y en el siguiente no se enfocan tanto en el problema del trabajador de un grupo empresarial multinacional que es destacado a una empresa del grupo en un determinado país; en el caso específico estamos ante una etapa previa, es decir, cuando no se ha constituido una entidad en el ámbito local que asuma las obligaciones laborales y previsionales del trabajador. Cabe señalar que esta etapa previa en algunos casos puede durar mucho tiempo e inclusive convertirse en una situación permanente.

Tal como hemos señalado en el numeral 4 precedente, la aplicación de la ley laboral es de carácter territorial, es decir, se aplica la ley donde se realiza la relación laboral. En este sentido, de prestarse la relación laboral en el Perú, es requisito indispensable la existencia de una entidad local que haga frente a las obligaciones laborales y tributarias que como empleador le corresponde respecto del trabajador en cuestión. Si no existe una entidad local constituida, es imposible acreditarse como empleador frente a las autoridades peruanas.

En tal sentido, ante esta realidad, lo que corresponda será que, no obstante el trabajador no se encuentre registrado en una planilla local, éste debe percibir beneficios laborales similares a los establecidos en la ley peruana para los trabajadores locales. En cuanto a los beneficios previsionales, debe procurarse que el trabajador puede aportar como trabajador independiente ante una Administradora Privada de Fondos de Pensiones local. En lo que se refiere a la seguridad social en salud, puede afiliarse al trabajador a un seguro médico que le otorgue una cobertura total. Y tener presente que, en lo que al Impuesto a la Renta se refiere, el trabajador es responsable por el pago de las rentas obtenidas dentro del territorio nacional. Somos de la opinión que el trabajador adicionalmente tendría expedito de reclamar aquellos derechos que sus similares posean en la empresa no domiciliada, siempre y cuando no exista una causa objetiva para su no otorgamiento.

De otro lado, existe empresas aun no constituidas en el Perú que suelen designar a una persona para que funja como su representante y captador de clien-

tes; es más, de tener facultades para concertar contratos de manera habitual por parte de la empresa no domiciliada, tributariamente puede reputarse la existencia de un establecimiento permanente de la empresa extranjera no domiciliada. En estos casos, de manera similar, de prestar esta persona servicios subordinados, tendría derecho a percibir los beneficios laborales propios del ordenamiento peruano.

5.4. Destaque o desplazamiento de trabajador de empresa extranjera

Un caso similar al anterior es el destaque de un trabajador por parte de una empresa extranjera. Sin embargo, este supuesto reviste adicionalmente la dificultad de poder ser considerado como una intermediación laboral o tercerización proveniente de una empresa domiciliada en el exterior y, por ende, es necesario analizar hasta qué punto aplicarle las restricciones establecidas en nuestra legislación para este tipo de figuras contractuales.

En primer lugar, es conveniente en lo posible respetar los derechos y beneficios laborales y previsionales que prevé nuestro ordenamiento, tal como en el supuesto analizado en el 5.3.

En segundo lugar, debe tenerse presente que las autoridades locales no tienen jurisdicción sobre empresas o entidades fuera del territorio peruano, por lo que no podrían ser sujeto de fiscalización por aquéllas. Pese a ello, las empresas locales en las que estas personas prestarán sus servicios deberán estar en capacidad de acreditar que estamos ante una tercerización de servicios que cumple con los requisitos establecidas en las normas aplicables.

En cuanto a la intermediación laboral por parte de una empresa extranjera no domiciliada, ello no sería posible por no ser contratada con una empresa inscrita en el registro que a tal efecto lleva el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Cabe señalar que la intermediación laboral a nivel internacional es un fenómeno que se viene dando con frecuencia en nuestro mundo globalizado, siendo inclusive materia de discusión en congresos internacionales, por lo que es conve-

niente que nuestras autoridades acompañen esta discusión a efectos de tomar las previsiones legales del caso.

De la misma manera, las recientes normas dictadas para regular la tercerización con desplazamiento de personal –Ley N°29245, Decreto Legislativo N°1038 y el Decreto Supremo N°006-2008-TR- tampoco abren la posibilidad de permitir que una empresa extranjera preste servicios de tercerización a empresas locales, toda vez que estas disposiciones exigen la inscripción de las empresas ante un registro especial ante el Ministerio de Trabajo, a través de la planilla electrónica. Dado que una empresa extranjera no puede actuar formalmente como empleador en el Perú, no puede presentar una planilla electrónica y, por ende, no puede inscribirse en el referido registro, por lo que no podrá prestar sus servicios de tercerización con desplazamiento de personal en el país.

6. Propuestas

Por todo lo expuesto, se hace necesario llenar estos vacíos con la finalidad de brindar protección a este colectivo laboral que forma parte de empresas que operan a nivel internacional, de tal manera que sus derechos no se vean menoscabados como consecuencia de la prestación de servicios en diversos países.

A continuación proponemos lo que a nuestro modesto juicio debiera ser considerado como sugerencias¹⁴ para atenuar estos problemas:

6.1. Tratado internacional común

Al igual que en casos de otros conflictos normativos, es necesario contar con una legislación común a los diversos Estados que regulen los temas que afectan a los trabajadores que circulan de un Estado a otro. Como bien dice CASAS

¹⁴Estas sugerencias se basan en la descripción efectuada por BAYLOS respecto de las reglas para controlar el mercado globalizado. BAYLOS, Antonio. “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”. Derecho y Sociedad 17. Lima: p.42 y siguientes.

BAAMONDE, “la globalidad de la política económica pide la unificación de las decisiones jurídicas estatales”¹⁵.

Si bien es cierto existe determinados principios que fungen como garantía de estándares internacionales para las relaciones laborales, como la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, cabe señalar que ellos, si bien coadyuvan a que los Estados persigan su cumplimiento, no sirven por sí solos para solucionar los conflictos abordados en el presente trabajo. En efecto, los principios que se entienden como fundamentales del Derecho del Trabajo son los siguientes:

- La libertad de asociación;
- La libertad sindical;
- La eliminación de todas formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- La abolición efectiva del trabajo infantil; y,
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Sin embargo, tal como lo señala BAYLOS, se trata de “un método extremadamente light”¹⁶, por cuanto los Estados miembros de la OIT no se encuentran obligados a ratificar los convenios específicos que regulan estas materias, por lo que no permite “se articule un sistema de quejas individuales al estilo del modelo del Comité de Libertad Sindical.”¹⁷

De otro lado, con la oleada de suscripción de tratados comerciales entre distintos países o bloques de países, se están incluyendo cláusulas que tienen como finalidad que los Estados contratantes cumplan con determinados principios y derechos laborales, es más, los Estados económicamente más poderosos condicio-

¹⁵ CASAS BAAMONDE, María Emilia. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la Ley”. En: Desplazamientos de Trabajadores y Prestaciones de Servicios Transnacionales. Primera edición. Consejo Económico y Social. Madrid, 2002, p.4

¹⁶ BAYLOS, Antonio. “Globalización y Derecho del Trabajo. Realidad y Proyecto”. Derecho y Sociedad 17. Lima: p.44

¹⁷ BAYLOS, p.43

nan a los Estados de menor nivel de desarrollo la suscripción de tales tratados al cumplimiento de determinadas políticas o principios laborales. Recuérdese las negociaciones para la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y sus repercusiones en el ámbito laboral nacional. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, no regula el caso particular del personal transferido entre los países involucrados en el tratado.

Por tal motivo, consideramos que la primera alternativa para la mejor protección de los derechos de los trabajadores que son desplazados de un país a otro de un grupo empresarial, es que sus derechos se regulen por un instrumento internacional que sea de común aplicación a los países por donde se desarrolle la relación laboral del trabajador.

En la Unión Europea se dictó la Directiva 96/71/CE, aprobada el 16 de diciembre de 1996, que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, que pretende establecer las disposiciones para que los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores de un Estado a otro miembro de la Unión, se efectúe respetando normas específicas de protección mínima que establezca el Estado destinatario, con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo. Esta directiva se aplica a los supuestos siguientes:

- a) En el caso de desplazamiento de un trabajador por cuenta y bajo dirección de su empresa contratantes, en el marco de un contrato celebrado entre esta empresa y otra que será la destinataria de la prestación de los servicios.
- b) Desplazamiento de un trabajador a otro Estado miembro en el que la empresa cuente con una entidad jurídica, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento.
- c) Desplazamiento de un trabajador a otro Estado miembro en virtud de una intermediación laboral de carácter internacional.

En los tres supuestos la directiva parte de la existencia de una relación laboral entre la empresa que envía o desplaza al trabajador y éste. Es decir, el ordenamiento comunitario europeo fue consciente de la existencia de esta movilidad de trabajadores a nivel internacional, enviados por determinadas empresas de un grupo económico, por lo que es totalmente viable en el ámbito europeo contar con personal que no necesariamente debe estar incluido formalmente en una planilla local y que sin embargo gozarán de un régimen laboral de protección mínima en el país de destino.

A nivel de la Comunidad Andina, se ha dictado la Decisión 545, denominada “Instrumento Andino de Migración Laboral”, que tiene como finalidad permitir la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia (artículo 1). Se considera “Trabajador Migrante Andino” al nacional de un País Miembro que se traslade a otro País Miembro con fines laborales bajo relación de dependencia, ya sea de manera temporal o permanente.

Los supuestos que comprende la Decisión son los siguientes:

- a) Caso del trabajador con desplazamiento individual: referido al trabajador nacional de un País Miembro que migra a otro País Miembro con fines laborales por haber suscrito un contrato de trabajo o por responder a una oferta de empleo desde el país de destino (artículo 5).
- b) Caso del trabajador de empresa: se trata del nacional andino que se traslada a otro País Miembro, distinto al país de su domicilio habitual, por un período superior a 180 días y por disposición de su empresa empleadora, ya sea porque esta empresa esté instalada en el otro país o porque tenga en dicho país un proyecto determinado (artículo 6).
- c) Caso del trabajador de temporada: está referido al nacional andino que se traslada a otro País Miembro para ejecutar labores cíclicas o estacionales (artículo 7).

- d) Caso del trabajador fronterizo: se refiere al nacional andino que, manteniendo su domicilio habitual en un País Miembro, se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro País Miembro para cumplir su actividad laboral (artículo 8).

Asimismo, el artículo 15 de la Decisión 545 establece que “en ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su empleador. Estos derechos serán los determinantes en la legislación nacional del País de Inmigración.”

De esta manera, a nivel de los países de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú), queda claro que en todo caso siempre deben prevalecer los derechos vigentes en la legislación nacional de País destinatario del trabajador migrante.

En materia de seguridad social la Comunidad Andina aprobó la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social el cual tiene como finalidad garantizar el derecho a los migrantes laborales a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro País Miembro, así como garantizarles la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones de los sistemas de seguridad social de los Países Miembros.

Esta Decisión señala que el migrante laboral está sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre. De esta manera, en el caso de un trabajador proveniente de una empresa ubicada en otro País Miembro, es necesario que sea formalmente incorporado en una planilla local a efectos del cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, en la medida en que en nuestra legislación sólo una entidad local constituida en el Perú puede actuar como empleador para estos efectos formales.

De otro lado, se reconoce que los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se pueden sumar a los períodos cotizados en los de-

más Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas. Importante resaltar también que en caso que el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las citadas prestaciones, le son también computables los aportes realizados en otro país que no sea de la Comunidad Andina siempre que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de períodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado (artículo 8).

Consideramos importantes estas Directivas; sin embargo, aquellas pueden ser perfeccionadas para regular los problemas que hemos abordado en el presente trabajo, respecto a la existencia de mecanismos que permitan al trabajador pertenecer únicamente a la planilla de la empresa de la que depende sustancialmente y que al mismo tiempo se garanticen los correspondientes derechos laborales y de seguridad social del país donde presten servicios efectivos.

6.2. Códigos de Conducta de empresas transnacionales

La mayoría de las empresas transnacionales tienen un Código de Conducta que establecen los lineamientos generales que deberán acatar todos los empleados del correspondiente grupo empresarial, no sólo en el desempeño de sus funciones, sino también en sus relaciones con sus clientes y proveedores. Estos Códigos de Conducta incluyen los Códigos de Ética y Normas sobre Conflicto de Interés.

Estos documentos, aprobados por los principales órganos de la corporación respectiva, podrían ser de utilidad si regula el tratamiento del personal “itinerante”, es decir, de aquel que va movilizándose geográficamente según los requerimientos del grupo empresarial.

El único problema que existe es que estos documentos, al ser aprobados por la propia empresa, no necesariamente tienen carácter coercitivo, aunque claro está, debe tenerse en cuenta que actualmente existe una importancia enorme que las

empresas le otorgan al tratamiento de su imagen corporativo y a la responsabilidad social empresarial, por lo que el desconocimiento de sus propias normas sería un acto difícil en empresas transnacionales serias.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, ante problemas derivados del traslado de un trabajador de una empresa a otra de un grupo multinacional, nuestro ordenamiento jurídico, salvo en el caso de la Comunidad Andina, no cuenta con los mecanismos legales adecuados para reflejar la realidad de las relaciones laborales con estas especiales características, lo que se hace necesario realizar un esfuerzo conjunto entre los países para aprobar un ordenamiento común que regule estos supuestos.

Adicionalmente un hito importante será también la aprobación de la Ley General del Trabajo, que establecería de manera precisa la aplicación de la ley laboral peruana cuando la relación laboral se lleve a cabo en el Perú o cuando el contrato de trabajo se celebre en nuestro país. Sin embargo, no soluciona la posibilidad de canalizar mecanismos comunes a los distintos países mediante los cuales el trabajador pertenezca únicamente a una sola empresa y, por ende, a una sola planilla.

En la medida que ello no ocurra, consideramos debe aplicarse la legislación laboral correspondiente al país donde efectivamente el trabajador de una empresa multinacional preste sus servicios, ordenamiento que establecerá el núcleo mínimo de derechos con los que deberá contar el personal desplazado.

BIBLIOGRAFÍA

-ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo.

La circulación de trabajadores en el grupo de empresas. Universidad de Cádiz. Mergablum Edición y Comunicación. Sevilla 2003

-AYLWIN CHIORRINO, Andrés. ROJAS MIÑO, Irene.

"Los Grupos de empresas y sus efectos jurídicos". En: Revista IUS el Praxis 11.

-BALLESTER PASTOR, Inmaculada. MIÑARRO YANINI, Margarita.
“*El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución Europea*”. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 57.

-BASADRE AYULO, Jorge.
Derecho internacional privado. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2000.

-BAYLOS, Antonio.
“*Globalización y derecho del trabajo realidad y proyecto*”. En: Derecho & Sociedad 17.

-BUENO MAGNANO, Octavio.
Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el derecho de trabajo. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., 1982.

-CASAS BAAMONDE, María Emilia. DEL REY GUANTER, Salvador.
“*Desplazamientos de trabajadores y prestación de servicios transnacionales*”. Consejo Económico y Social. Madrid, 2002

-JAVILLIER, Jean-Claude.
“*La Dinámica de las Normas Internacionales*”. En: Derecho & Sociedad 27.

-MOLERO MANGLANO, Carlos y otros.
Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción). Editorial Dykison. Madrid 1997.

-NEVES MUJICA, Javier.
Introducción al derecho de trabajo. Ara Editores. Lima, 1997. TOVAR GIL, María del Carmen.

-TOVAR GIL, Javier. *Derecho internacional privado*. Fundación M. J. Bustamente de la Fuente. Lima, 1987.

-SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María.
“*El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario*”. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48.

-SALA FRANCO, Tomás y otros.
Derecho de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995.

PAGINAS WEB:

Fondo Monetario Internacional.

La globalización: ¿Amenaza u oportunidad? En: <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/esl/041200s.htm>

-SOTELO VALENCIA, Adrián. “*Globalización, dependencia, y desrregulación laboral*”. En: <http://www.rebellion.org/docs/7270.doc>

El juez laboral como juez natural para conocer del proceso contencioso administrativo en materia laboral

Paul Cavalié Cabrera

¿El juez laboral debe ser el competente para resolver la impugnación judicial de las actuaciones administrativas que provengan de la Autoridad Administrativa de Trabajo? Estimamos que sí, fundamentalmente. Por cierto, nuestra posición no se sustenta sólo en la reciente norma que le acaba de restituir tal competencia,¹ sino en motivos de fondo.

En el presente trabajo expondremos las razones que nos llevan a sustentar esta opinión; asimismo, dejaremos anotados algunos lineamientos para plantearnos una posible delimitación de las materias que, por excepción, podrían destinarse al conocimiento del juez contencioso administrativo, siempre sobre la regla del juez laboral como juez “natural”. A tal efecto, el juez de trabajo podría resolver las impugnaciones judiciales en mención, aplicando las normas procesales que rigen el nuevo proceso contencioso administrativo, más aun cuando de éste se predicen hoy interesantes y novedosos alcances.

Particularmente, nuestro enfoque se centrará en las actuaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) referidas al régimen laboral de la actividad privada (en el entendido, asumido de parte nuestra, que existe un relativo consenso en asignar exclusiva competencia al juez contencioso administrativo para el cono-

¹ Con fecha 28 de junio de 2008, se publicó el Decreto Legislativo N° 1067, cuya primera disposición complementaria señala que “las demandas contra actuaciones administrativas de las Autoridades Administrativas de Trabajo, son competencia de los jueces especializados en materia laboral, siguiendo las reglas del procedimiento contenidas en la presente ley”.

cimiento de actuaciones relacionadas con el régimen laboral de la actividad pública).

Por lo demás, la exclusividad de la vía contencioso administrativa para efectos de tramitar las impugnaciones judiciales contra la Administración ha sido expresamente contemplada en el artículo 3° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), cuando dispone que *“las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”*.

Como ya quedó dicho, hasta hace poco tiempo, cuando se pretendía impugnar judicialmente una actuación administrativa de la AAT en materia laboral privada², se debía acudir a un juzgado especializado en lo contencioso administrativo o, en su defecto, a un Juzgado Civil o Mixto³.

De otra parte, merece destacarse cómo se ha venido intentando en estos últimos años configurar un moderno contexto regulatorio destinado a afianzar la tutela de los derechos de los ciudadanos, en línea de institucionalizar un estado democrático de derecho. En tal dirección debe verse la expedición de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), la promulgación de la LPCA y la más reciente del Código Procesal Constitucional.

Lamentablemente, carecemos en nuestro país de una jurisprudencia administrativa y judicial oportunas y, sobre todo, esclarecedoras, que contribuyan a delimitar los alcances de las normas y la debida articulación entre ellas. Nos estamos acostumbrando a que tal carencia intente ser suplida a partir de las sentencias que

² También podríamos atribuir tal contenido o sustantividad “laboral” a las actuaciones desarrolladas por otros organismos como la SUNAT o el INDECOPI, si se acepta que los mismos realizan actuaciones administrativas con incidencia en materia laboral privada (tales como las actuaciones que pudiesen estar referidas a las infracciones por incumplimientos en la declaración del PDT Planillas Electrónicas, en el primer caso, o las que se relacionan con los procedimientos concursales, en el segundo caso). Recordemos que el derogado artículo 80° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo (LPT), contemplaba la posibilidad de impugnar las actuaciones de la AAT “o de la Administración en general”, que hubieran causado estado.

³ Confrontar con el artículo 9° de la LPCA.

con el propósito de tutelar ningún derecho o posición subjetiva de cualquiera de los denunciantes, sino por su propio interés como órgano de control de la Administración y para depurar el funcionamiento regular de ésta. Así, el contencioso se limitaba a un control justamente “objetivo” de la legalidad del acto administrativo que se impugnaba, siendo por ello posible hablar de un “proceso hecho a un acto”. Este control constituía propiamente un autocontrol, ya que la Administración actuaba para depurar su actuación legal²².

Sin embargo, la concepción francesa fue superada por otros sistemas como el alemán o el italiano, donde no sólo se tutelan derechos, sino también intereses legítimos como posiciones o situaciones jurídicas subjetivas materiales y no sólo procesales (las cuales pueden justificar incluso el reconocimiento de indemnizaciones patrimoniales en caso de lesión). Así, se puede afirmar que el objeto del proceso contencioso administrativo dejó de ser la simple revisión de la legalidad del acto administrativo, para permitir, además, la obtención de una efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los administrados, esto es, una finalidad encaminada hacia una tutela judicial efectiva.

Siguiendo esta tendencia, Priori²³ afirma que en el proceso contencioso administrativo se pueden plantear fundamentalmente dos tipos de pretensiones: la clásica pretensión de anulación o de nulidad y la que podríamos denominar como pretensión de *plena jurisdicción*. En relación con la primera de ellas, tenemos que el particular acude al órgano jurisdiccional con la finalidad de que éste realice un control de la legalidad de una actuación administrativa, tratándose entonces de una pretensión con fines meramente declarativos. Mientras que la pretensión de plena jurisdicción, le permite al demandante obtener un pronunciamiento jurisdiccional que de manera real y eficaz le proporcione una tutela a las situaciones jurídicas de las cuales es titular.

²² *Ibíd.* Loc. cit.

²³ PRIORI POSADA, Giovanni. *Op. Cit.* p. 111 - 112.

El artículo 1º de la LPCA reconoce tanto el contencioso de nulidad como el contencioso de *plena jurisdicción*, al establecer que la finalidad del proceso contencioso administrativo no sólo se limita al control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública por parte del Poder Judicial, sino que también comprende la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.²⁴

2.2. Pretensiones y efectos de la sentencia estimatoria en el proceso contencioso administrativo.

En el artículo 5º de la LPCA se encuentran previstas las distintas pretensiones que pueden ser planteadas en el proceso contencioso administrativo, entre las cuales se encuentran tanto las tradicionales pretensiones de nulidad como las de plena jurisdicción.

En primer lugar, se encuentra regulada la pretensión de declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de los actos administrativos, la cual parte de concebir como presupuesto de la actuación jurisdiccional, una actuación administrativa que incurre en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 10º de la LPAG. En el ámbito laboral, cualquiera de las partes afectadas (ya sea trabajador o empleador), puede solicitar a través de este proceso, la declaración de la nulidad, total o parcial, o la ineficacia de los actos administrativos de la AAT.

La segunda pretensión que se encuentra regulada en la LPCA, es la que persigue el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines. Ésta viene a ser la formulación genérica de la pretensión de plena jurisdicción, a través de la cual se habilita a los particulares a acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitarle que reconozca o restablezca una situación jurídica (derecho subjetivo o interés legítimo) que ha sido vulnerada por la entidad administrativa.

²⁴ Sobre las bondades y algunas incongruencias presentes en el diseño de la LPCA, y su conexión con los procesos constitucionales, ver ESPINOZA - SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra Editores, 2004.

es identificar acto administrativo con resolución administrativa. Los actos administrativos no siempre se encuentran contenidos en resoluciones administrativas, sino que también pueden estarlo en oficios, cartas, y, en situaciones más ocasionales, en memorandos. Incluso, pueden no estar contenidos en instrumento alguno, como es el caso del acto administrativo ficto proveniente del silencio administrativo positivo, y de la propia actuación material *de facto* en que pudiera incurrir la Administración.

Por otro lado, la exigencia de que los actos administrativos se encuentren sujetos a los preceptos del Derecho Público, excluye la posibilidad de considerar como tales a las situaciones en las que la Administración interviene despojándose de sus potestades públicas⁷.

Asimismo, debe tenerse presente que los efectos de los actos administrativos son concretos, a diferencia de los reglamentos que son abstractos, generales e impersonales⁸.

Morón Urbina⁹, anota que existen casi tantas clasificaciones de los actos administrativos como el número de doctrinarios que han escrito al respecto. Sin embargo, para los efectos del presente trabajo, sólo nos interesa desarrollar dos de ellas.

La primera clasificación de los actos administrativos que revisaremos, es la que distingue entre los actos que causan estado y los actos firmes. La relevancia de esta distinción se vincula con el enunciado del artículo 148° de la Constitución

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los actos administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. p. 242 – 257. En: Derecho & Sociedad. Año XII. N° 17 (2001). p. 245. Así, los contratos que celebra la Administración y que no se encuentran dentro de la categoría de contratos administrativos, no califican como actos administrativos debido a que se rigen por el Derecho Privado. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit. p. 306.

⁸ Pero esta exigencia de concreción no es sinónimo de individualidad del administrado concernido con el acto, puesto que un acto administrativo también puede ser dirigido a un número incierto de personas pero dentro de una situación jurídico administrativa concreta. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. Loc. cit.

⁹ *Ibíd.* p. 247.

Política del Perú, el cual dispone que “*las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa*”.

En ese sentido, se puede definir como acto que causa estado a aquél que, por haberse seguido la vía administrativa hasta agotarla, resulta susceptible de ser impugnado en la vía contencioso administrativa. Mientras que el acto firme viene a ser aquél que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, debido a que los plazos para ejercer el derecho de contradicción ya se han extinguido¹⁰.

Una segunda clasificación de los actos administrativos, más funcional para los efectos del presente trabajo, es la que distingue entre actos reglados y actos discrecionales. Aquí, debemos anotar, ante todo, que cualquier actuación de la Administración Pública debe ceñirse al principio de legalidad, es decir, debe ejercerse dentro de los límites que la regulación jurídica le impone con el objeto de garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos contra posibles situaciones de arbitrariedad. Sin embargo, algunos de los asuntos que son sometidos a la competencia de la Administración requieren, de parte de ella, contar con cierto margen de libertad de apreciación. Surge entonces la distinción entre los actos “reglados” y los actos “discrecionales”.

Las actuaciones regladas de la Administración Pública implican el cumplimiento automático de las condiciones impuestas por las normas jurídicas administrativas vigentes. El acto administrativo producido como consecuencia de la actuación reglada traduce una mera ejecución de la ley, al señalar ésta cómo debe actuar la Administración¹¹.

¹⁰ Ibid. p. 251 - 252.

¹¹ CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando. “Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo”. En: <http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/Derecho%20Administrativo%20Fac.Derecho%20Cuba/Libro.%20Temas/Tema%20IV.doc>

Siguiendo a Cruz Villalón¹², el ejercicio de potestades regladas se refleja en aquellas actuaciones administrativas que no requieren mayor intervención por parte de la AAT, tales como: i) las funciones registrales formales y ii) las funciones registrales sustanciales que se tramitan ante ella. Vale anotar que en el ámbito de ejecución de las relaciones laborales de trabajo, en nuestro país, las actuaciones administrativas se encuentran contempladas principalmente en el vigente Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2006-TR, posteriormente modificado en varias oportunidades.

Con los riesgos de la arbitrariedad que toda clasificación supone, a nuestro entender, constituirían funciones registrales formales de nuestra AAT, es decir, de mera recepción de información de carácter laboral¹³, algunos procedimientos incluidos en el TUPA del MTPE, como son los de inicio de la negociación colectiva, el registro de convenios colectivos, la comunicación de trabajadores amparados por el fuero sindical, la comunicación del número y ocupación de trabajadores en empresas que desarrollan servicios esenciales, todos ellos en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. También lo serán -aunque en el plano de las relaciones individuales de trabajo- los trámites para registrar contratos de trabajo a tiempo parcial, contratos sujetos a modalidad, contratos de trabajo de futbolistas profesionales, entre otros.

En el caso de las funciones registrales sustanciales, se trata del cumplimiento de obligaciones de depósito ante la AAT de algún tipo de documentación, como requisito para la adquisición de una posición jurídica o la validez jurídica de un acto determinado¹⁴. Dentro de esta categoría ubicaríamos a la inscripción en el registro de sindicatos, la inscripción de federaciones y confederaciones sindicales, la

¹² CRUZ VILLALÓN, Jesús. Apuntes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tema 18: Proceso de trabajo y potestades administrativas. En: <http://www.personal.us.es/jesusacruz/18%20Proceso%20y%20Administracion.pdf>. p. 12 - 13.

¹³ Las funciones registrales formales no comportan ninguna competencia decisoria por parte de la Administración, ya que ésta se limita a determinar la procedencia del registro, luego de verificar el cumplimiento de la lista de requisitos establecida para ello. *Ibíd.* p. 12.

¹⁴ *Ibíd.* p. 13.

reinscripción de sindicatos, como requisitos para la adquisición de personalidad gremial de dichas organizaciones sindicales; así como la comunicación de reforma de estatutos, de la nómina de junta directiva de sindicatos y de los cambios que en ella se producen, como condición para tener una representación sindical y estatutos vigentes; o el caso de la incorporación en el régimen especial de la micro empresa o de la pequeña empresa, como requisito para acceder al respectivo régimen laboral especial.

De otro lado, la discrecionalidad tiene lugar más bien ante la falta de una norma administrativa, o cuando la norma deja libre al órgano estatal para la solución de un asunto, o cuando la norma existente hace depender la determinación del objeto del acto de un elemento que debe ser apreciado por la Administración. Así, la actividad discrecional responde a una necesidad del desarrollo de la Administración, realizando los intereses legítimos a los cuales ésta debe servir¹⁵.

La discrecionalidad se evidencia en el ejercicio de facultades administrativas que, a diferencia de las actuaciones regladas, implican una mayor capacidad de decisión por parte de la Administración. Resulta importante hacer una distinción entre la facultad de discrecionalidad que tiene la Administración en general y la arbitrariedad, pues si bien aquélla implica una mayor libertad de la actuación administrativa, la misma debe ser conforme al derecho. Por el contrario, las decisiones arbitrarias son las que carecen de una base legal, por ejemplo, cuando la AAT emite una resolución de multa sin una fundamentación que la sustente.

Ramón Fernández¹⁶ toma nota de los siguientes elementos que permiten establecer una diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario:

- a) Si no hay motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo será la sola voluntad de quien la adopta, lo cual resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen para el poder puramente personal.

¹⁵ CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando. Web cit.

¹⁶ RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional. Lima: Palestra, 2006, p. 96 - 105.

- b) Además, resulta necesario que la discrecionalidad se encuentre respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, para no devenir en simple arbitrariedad. En ese sentido, se puede afirmar que la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extiende, primero, a la verificación de la realidad de los hechos, y luego, a la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con los mismos.
- c) En tal dirección, se puede afirmar que los actos discrecionales deberán gozar de una justificación objetiva que sea el fruto de un proceso de razonamiento lógico. En cambio, en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, presenta escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa.

Dentro de las potestades discrecionales de la AAT, Cruz Villalón¹⁷ incluye: i) las facultades autorizatorias en sentido estricto, ii) las facultades autorizatorias supletorias de la autonomía colectiva, iii) las facultades de ordenación y conformación de derecho, iv) las intervenciones en el campo de la colaboración con la administración de justicia, y v) las facultades sancionadoras.

Con un menor grado de discrecionalidad administrativa, se encuentran las facultades autorizatorias en sentido estricto, por cuanto implican una capacidad de control por parte de la Administración del cumplimiento de una serie de requisitos legales precisados legalmente y la ampliación de la esfera jurídica de actuación del sujeto autorizado, de la que carecería sin dicha autorización. Este tipo de facultades se ejercitaría, por ejemplo, en los procedimientos previstos por el TUPA del MTPE para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral o la inscripción en el Registro Nacional de Agencias Privadas de Empleo. Asimismo, esta facultad autorizatoria se ejercería en los procedimientos de autorización de trabajo de adolescentes.

Luego, con una mayor discrecionalidad, se encuentran las facultades autorizatorias supletorias de la autonomía colectiva, las cuales si bien también im-

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Web cit. p. 13 - 14.

plican una capacidad de control por parte de la AAT del cumplimiento de una serie de requisitos legales precisados legalmente, materialmente suponen el ejercicio de una potestad básicamente arbitral frente a una discrepancia entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, aumentándose de esta forma la capacidad discrecional resolutoria de parte de la autoridad laboral. El ejercicio de esta facultad se encontraría previsto en algunos procedimientos como la suspensión temporal perfecta de labores por caso fortuito o fuerza mayor, la terminación colectiva de los contratos de trabajo por causas objetivas, la impugnación a la modificación colectiva de las jornadas, horarios de trabajo y turnos, la divergencia sobre el número y ocupación de trabajadores necesarios por servicios esenciales, o la observación del trabajador de la liquidación de la Compensación por Tiempo de Servicios, entre otros.

A su vez, las facultades de ordenación y conformación de derecho son las que implican el ejercicio de facultades decisorias, que dan lugar a fijación de derechos para las partes o bien de límites para los mismos. Ejemplos del ejercicio de estas facultades serían aquellos procedimientos como la verificación de paralización de labores o huelga, la declaratoria de huelga, a efectos de verificar su procedencia, la verificación de un despido arbitrario o de la disminución deliberada de las labores por parte de los trabajadores o la verificación de accidentes de trabajo.

Las intervenciones en el campo de la colaboración con la administración de justicia se encuentran representados por los procedimientos inspectivos que son iniciados de oficio frente a incumplimientos de las empresas, o el conocimiento de delitos penales durante el desarrollo de las diligencias inspectivas (en cuyo caso surge la obligación legal de comunicar tales hechos al Ministerio Público).

Finalmente, el ejercicio de las facultades sancionadoras de la AAT traduce una clara manifestación del ejercicio de potestades discrecionales, ya que en estos casos la Administración no sólo determina la existencia de incumplimientos por parte de los empleadores, sino que también procede a aplicar diversos criterios al momento de establecer las sanciones económicas respectivas.

En síntesis, las principales características de la actuación administrativa discrecional serían:

- a) La Administración que emite el acto discrecional tiene la facultad de elegir la más adecuada entre las posibles decisiones.
- b) Dicha elección se realiza en base a la valorización y la apreciación que la Administración hace de los hechos.
- c) En la valoración de los hechos se efectúa un juicio de oportunidad, en relación a normas o criterios de diversa naturaleza.
- d) Se da una mayor libertad de elección a la Administración, ya que al decidirse por una determinada posibilidad, no realiza una conducta automatizada sino que más bien lleva a cabo una apreciación y análisis de los hechos.

Debemos anotar que el artículo 1º de la LPAG excluye del concepto de acto administrativo, tanto a los actos de administración interna como a las actividades materiales de las entidades. Como nos recuerda Juan Carlos Morón¹⁸, los actos administrativos se caracterizan porque se dirigen hacia el exterior de la organización administrativa que los emite. Por tanto, no llegan a calificar como actos administrativos, los comportamientos que recaen al interior de las propias entidades, o actos internos (tales como los informes que, por ejemplo, con el fin de marcar una pauta interpretativa o para absolver consultas, son emitidos por la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo).

No obstante, como dijimos al principio de este acápite, la LPCA establece que no sólo los actos administrativos son recurribles en la vía del proceso contencioso administrativo, sino también las actuaciones materiales. De modo que, con algunas contadas excepciones¹⁹, se puede afirmar que cualquier actuación de la Administración Pública resulta susceptible de convertirse en objeto de impugnación judi-

¹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. p. 244 - 245.

¹⁹ Las únicas actuaciones administrativas que no pueden ser materia de impugnación a través del proceso contencioso administrativo, son: 1) la emisión de normas administrativas (actuación que es impugnada a través de la acción popular) y 2) las decisiones tomadas por la entidad en el marco de la ejecución contractual en materia de contratación administrativa (en cuyo caso la impugnación se efectúa a través del arbitraje). GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. cit. p. 307.

cial. Llevada esta posibilidad al ámbito laboral, ello se traduciría por ejemplo, en que se podría interponer un proceso contencioso administrativo derivado de una falta de notificación de un acta de inspección.

2. IMPUGNACIÓN DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA LABORAL.

2.1. Proceso contencioso administrativo de nulidad y contencioso de *plena jurisdicción*.

Una de las grandes novedades que representó la entrada en vigencia de la LPCA, es la superación del proceso contencioso administrativo como uno de nulidad, y su configuración como uno de *plena jurisdicción*.

En nuestro ordenamiento, ha estado arraigada hasta hace muy poco una visión clásica del proceso contencioso administrativo, como uno destinado a examinar tan solo la legalidad del acto. Así, nuestro ordenamiento era tributario de la centenaria doctrina francesa del contencioso de nulidad. Esta doctrina sostenía que, “por diferencia de lo que ocurre en la justicia ordinaria, en la justicia administrativa, con independencia de un sector de recursos muy limitados referidos a los derechos de carácter patrimonial, donde se ejerce una “plena jurisdicción”, equiparable a la otorgada por los demás Tribunales, se ejerce sobretodo una jurisdicción supuestamente “objetiva”, en la cual no habría propiamente partes en el sentido procesal del término y de cuya decisión o Sentencia no sale ningún reconocimiento de derechos ni ninguna protección o tutela a favor de éstos, sino sólo la eventual anulación de un acto administrativo como técnica de puro restablecimiento de la legalidad”²⁰.

En esa dirección, señala García de Enterría²¹, el Consejo de Estado francés conocía las denuncias sobre el funcionamiento irregular de la Administración, no

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo T. II. Lima - Bogotá: Palestra - Temis, 2006. p. 1527.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Contencioso - administrativo objetivo y contencioso - administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”. En: Revista de Administración Pública. N° 152 (mayo - agosto de 2000). p. 94.

con el propósito de tutelar ningún derecho o posición subjetiva de cualquiera de los denunciantes, sino por su propio interés como órgano de control de la Administración y para depurar el funcionamiento regular de ésta. Así, el contencioso se limitaba a un control justamente “objetivo” de la legalidad del acto administrativo que se impugnaba, siendo por ello posible hablar de un “proceso hecho a un acto”. Este control constituía propiamente un autocontrol, ya que la Administración actuaba para depurar su actuación legal²².

Sin embargo, la concepción francesa fue superada por otros sistemas como el alemán o el italiano, donde no sólo se tutelan derechos, sino también intereses legítimos como posiciones o situaciones jurídicas subjetivas materiales y no sólo procesales (las cuales pueden justificar incluso el reconocimiento de indemnizaciones patrimoniales en caso de lesión). Así, se puede afirmar que el objeto del proceso contencioso administrativo dejó de ser la simple revisión de la legalidad del acto administrativo, para permitir, además, la obtención de una efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los administrados, esto es, una finalidad encaminada hacia una tutela judicial efectiva.

Siguiendo esta tendencia, Priori²³ afirma que en el proceso contencioso administrativo se pueden plantear fundamentalmente dos tipos de pretensiones: la clásica pretensión de anulación o de nulidad y la que podríamos denominar como pretensión de *plena jurisdicción*. En relación con la primera de ellas, tenemos que el particular acude al órgano jurisdiccional con la finalidad de que éste realice un control de la legalidad de una actuación administrativa, tratándose entonces de una pretensión con fines meramente declarativos. Mientras que la pretensión de plena jurisdicción, le permite al demandante obtener un pronunciamiento jurisdiccional que de manera real y eficaz le proporcione una tutela a las situaciones jurídicas de las cuales es titular.

²² *Ibíd.* Loc. cit.

²³ PRIORI POSADA, Giovanni. Op. Cit. p. 111 - 112.

El artículo 1° de la LPCA reconoce tanto el contencioso de nulidad como el contencioso de *plena jurisdicción*, al establecer que la finalidad del proceso contencioso administrativo no sólo se limita al control jurídico de las actuaciones de la Administración Pública por parte del Poder Judicial, sino que también comprende la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.²⁴

2.2. Pretensiones y efectos de la sentencia estimatoria en el proceso contencioso administrativo.

En el artículo 5° de la LPCA se encuentran previstas las distintas pretensiones que pueden ser planteadas en el proceso contencioso administrativo, entre las cuales se encuentran tanto las tradicionales pretensiones de nulidad como las de plena jurisdicción.

En primer lugar, se encuentra regulada la pretensión de declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de los actos administrativos, la cual parte de concebir como presupuesto de la actuación jurisdiccional, una actuación administrativa que incurre en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 10° de la LPAG. En el ámbito laboral, cualquiera de las partes afectadas (ya sea trabajador o empleador), puede solicitar a través de este proceso, la declaración de la nulidad, total o parcial, o la ineficacia de los actos administrativos de la AAT.

La segunda pretensión que se encuentra regulada en la LPCA, es la que persigue el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines. Ésta viene a ser la formulación genérica de la pretensión de plena jurisdicción, a través de la cual se habilita a los particulares a acudir ante el órgano jurisdiccional para solicitarle que reconozca o restablezca una situación jurídica (derecho subjetivo o interés legítimo) que ha sido vulnerada por la entidad administrativa.

²⁴ Sobre las bondades y algunas incongruencias presentes en el diseño de la LPCA, y su conexión con los procesos constitucionales, ver ESPINOZA - SALDAÑA BARRERA, Eloy. Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado. Lima: Palestra Editores, 2004.

Por ejemplo, en materia de relaciones laborales, la terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos económicos se encuentra sujeta a una autorización de la AAT, que obliga a seguir un procedimiento para obtenerla. En ese sentido, cualquiera de las partes (trabajador o empleador) podría acudir ante el órgano jurisdiccional, para que a través de un proceso contencioso administrativo se determine el reconocimiento o el restablecimiento de una situación jurídica individualizada (la cual, en el caso de la parte trabajadora, sería la de mantención de su vínculo laboral y, en el caso de la parte empleadora, la terminación colectiva de los contratos de trabajo).

En tercer lugar, se encuentra la pretensión referida a la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustenta en un acto administrativo. Trasladado al ámbito laboral, materia del presente trabajo, ello podría plantearse con respecto a las actuaciones inspectivas realizadas por iniciativa de los Inspectores del Trabajo en virtud a las facultades conferidas por ley, frente a situaciones de peligro inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores (como en los casos de obras de construcción) de los cuales toman conocimiento, debiendo actuar sin que tengan una orden de inspección, sin perjuicio de la posterior convalidación.

Finalmente, en la LGPA se encuentra regulada la pretensión referida a que se ordene a la Administración Pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

En resumen, se puede afirmar que nuestro ordenamiento no sólo habilita la impugnación judicial de cualquier tipo de actuación administrativa, sino que además dota al administrado de una amplia variedad de pretensiones a su favor. Por ello, somos de la opinión que la interposición de las demandas contencioso administrativas estará condicionada más bien por razones de tipo fáctico, como puede ser la inmediatez en la ejecución de ciertas actuaciones de la Administración. Así, por ejemplo, si nos ponemos en el caso de un trabajador que solicite una visita inspectiva a su centro de trabajo para verificar la ocurrencia de algún acto de hostilización que se estuviese cometiendo en su contra, tendríamos que concluir

que para el mismo no tendría mucho sentido seguir un proceso contencioso administrativo que concluya ordenando la realización de la diligencia inspectiva al cabo de algunos años.

Cabe anotar que cada una de las pretensiones que hemos desarrollado, encuentra su correlato en los efectos de las sentencias estimatorias que se encuentran reguladas en el artículo 38° de la LPCA.

Queremos destacar también otras características relevantes de nuestra LPCA, teniendo en cuenta su reciente modificación normativa ha removido algunas limitaciones que venían siendo reclamadas. Así, por ejemplo, fruto de tales cambios hoy es posible demandar acumulativamente la pretensión de obtener el pago de una indemnización por parte de la Administración; se establece un plazo perentorio de 15 días para que el funcionario competente remita copia certificada del expediente relativa a la actuación impugnada; hay una nueva regulación en materia de notificaciones por medio de sistemas de comunicación electrónicos o telemáticos; se admite incorporar excepcionalmente al proceso medios de prueba de hechos nuevos o que no fueron alegados en la etapa prejudicial, si hubieran sido conocidos posteriormente a la iniciación del proceso.

3. UN ACERCAMIENTO A LA REALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN MATERIA LABORAL.

3.1. ¿Cómo viene funcionando la justicia contenciosa administrativa en la actualidad?

El Informe Defensorial N° 121, “Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”²⁵, contiene el resultado del estudio que fuera realizado por la Defensoría del Pueblo, con el propósito de determinar cuál es el estado de la vía contencioso administrativa en la actualidad.

²⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 121, “Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso-Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia”. Lima, 2007. 218 p.

En el referido informe se señala que si bien la Constitución y el ordenamiento jurídico establecen las pautas básicas para la correcta actuación de la Administración Pública, es necesario reconocer que la misma puede cometer errores en su actuación, los cuales resultan vulnerando los derechos de los administrados. Precisamente por ello, el Poder Judicial es el llamado a cumplir el papel de instancia adicional revisora y correctora de los vicios e irregularidades que en la vía administrativa se hubiesen podido cometer.

En cuanto a los problemas que se presentan en la tramitación de los procesos contenciosos administrativos, se ha bautizado como “indigencia legal” al escaso interés que presentan los particulares por buscar asesoría legal especializada para la defensa de sus derechos vulnerados. Se estima que las razones de este actuar son, principalmente, de índole económica (se prefiere evitar el pago de un abogado) o cultural (percepción de autosuficiencia).

Un punto importante a considerar es que los órganos contenciosos administrativos conocen demandas sobre diversas temáticas, ya que les corresponde ejercer el control jurisdiccional de la actuación de todas las entidades del Estado. Así, según los datos que se manejan en el Informe Defensorial²⁶, existen principalmente dos tipos de materias que son sometidas al proceso contencioso administrativo: la previsional (que concentra el 67% de los casos), y las impugnaciones referidas al personal del régimen laboral de la actividad pública (con un 12% del total).

El aumento de la materia previsional en el universo de los casos ha sido el factor determinante del exceso de carga procesal que existe en estos juzgados. Gran parte de estos procesos han sido iniciados contra ESSALUD (35%) y la ONP (35%), siguiéndoles a continuación los que se interponen contra los ministerios (7%) y las municipalidades (6%).

En el caso de los Ministerios, se ha constatado que los mismos generan el 17% del total de las demandas contencioso administrativas, siendo los más demandados los ministerios de Transportes y Comunicaciones (19%), Trabajo y Promoción del

²⁶ *Ibíd.* p. 51.

Empleo (16%), Defensa (12%) y Salud (10%). De estas demandas, la mayor parte se refiere a las actuaciones administrativas sobre el personal sujeto al régimen laboral público (36%), siguiéndoles los temas previsionales en un segundo lugar (12%).

Puede observarse que en el 66% de las demandas presentadas por personas jurídicas, lo que se busca es dejar sin efecto la sanción impuesta por la Administración, mientras que este porcentaje se reduce en el caso de las personas naturales al 10%.

Por el contrario, sólo en un 34% las personas jurídicas impugnan resoluciones administrativas que guardan relación con la vulneración de derechos (y no con la imposición de multas). En las personas naturales, este porcentaje asciende a 90%, principalmente por reclamos sobre el reconocimiento de derechos pensionarios²⁷.

De los datos recogidos en el Informe Defensorial N° 121, se aprecia que la justicia contenciosa administrativa toma conocimiento de diferentes materias, lo cual, evidentemente, afectó la posibilidad de no le permite avocarse plenamente a casos específicamente referidos a derechos laborales, más aún considerando la saturada carga procesal que soportan estos juzgados. Asimismo, se observa una elevada recurrencia por parte de las personas jurídicas a esta vía para impugnar las multas administrativas que les son impuestas, las cuales muchas veces requieren de un conocimiento especializado a fin de determinar si las referidas sanciones se ajustan a derecho o no.

Finalmente, para darnos una idea de la carga procesal que manejan los tribunales de primera instancia, podemos señalar que, a marzo de 2007, el 8° Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima conocía aproximadamente 7,500 casos, mientras que el 5° y el 6° bordeaban los 7,000, el 7° superaba los 6,000, y el resto de casos (que ascendería a unos 20,000) se distribuía entre los 6 Juzgados restantes.

²⁷ *Ibid.* p. 61.

3.2. La relación que podría existir entre el proceso contencioso administrativo y algunos procesos constitucionales en la defensa de derechos laborales.

Como hemos visto en el punto 2 de este artículo, el proceso contencioso administrativo vigente apunta a una clara superación de la concepción tradicional del mismo, pasando de ser un proceso de nulidad del acto cuestionado a uno de plena jurisdicción. Esta característica determina que, mediante el contencioso administrativo, se procure obtener una tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, entre los que se encontrarán, en muchos casos, algunos derechos constitucionales predicables tanto del trabajador como del empleador en su vinculación con la AAT.

Precisamente, debido a esta anotada expansión tuitiva que hoy exhibe la LPCA, tendríamos que en nuestro ordenamiento procesal el ámbito de actuación del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción podría confluir con el del proceso constitucional de amparo, en la medida que éste tiene por objeto la tutela de los derechos constitucionales que podrían entrar en juego en la vinculación entre el empleador y el trabajador con la AAT²⁸ (pues así fluye de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 200º inciso 2, y, desde luego, del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

De otro lado, conforme se vio en el punto 2.2., una de las pretensiones que pueden sustanciarse mediante el contencioso administrativo tiene por objeto que se ordene a la AAT *“la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme”*, en tanto que mediante el proceso constitucional de cumplimiento se perseguiría exactamente lo mismo.

Es, pues, en virtud de las zonas grises descritas, que corresponde efectuar una delimitación del campo de actuación de los procesos constitucionales de amparo y

²⁸ La confluencia entre el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y los procesos constitucionales recae fundamentalmente sobre el proceso constitucional de amparo, en la medida que tanto el hábeas corpus y el hábeas data tutelan otros derechos específicos.

de cumplimiento en relación con el proceso contencioso administrativo, más aun si, de acuerdo con el artículo 3º de la LPCA, que recoge el principio de exclusividad de esta vía procesal, se dispone que *“las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”*.

3.2.1. El proceso contencioso administrativo y el proceso de amparo.

Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, podemos afirmar que el juego entre el “amparo alternativo” de la Ley N° 23506²⁹ -o sea, la posibilidad de escoger entre el amparo y la vía procesal ordinaria- y la salvedad del artículo 3º de la LPCA en cuanto a admitir también la impugnación de una actuación de la Administración en sede procesal constitucional -cuando así correspondiera, por cierto- terminaron por privilegiar la recurrencia a la jurisdicción constitucional en desmedro de la contencioso administrativa. Seguramente en atención a las características de celeridad, gratuidad y mayor garantía que exhibía el amparo frente al contencioso administrativo, los justiciables optaban mayoritariamente por el amparo constitucional.

El marco normativo descrito sufrió una modificación sustancial a partir del mes de diciembre del año 2004, con la aprobación del Código Procesal Constitucional mediante la Ley N° 28237.

Este Código ha configurado un nuevo tipo de amparo constitucional³⁰, que ha sido adjetivado como subsidiario o residual, el cual se caracteriza por tratarse de un proceso excepcional, como respuesta al abuso en su empleo generado durante

²⁹ Antes del Código Procesal Constitucional regía la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, posteriormente modificada por la Ley N° 25398. A nivel doctrinario puede verse: ABAD YUPANQUI, Samuel. El Proceso Constitucional de Amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 120 – 121.

³⁰ Sobre el amparo en el Código Procesal Constitucional, ver: LANDAARROYO, César. “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Montevideo: Fundación Konrad -Adenauer- Stiftung, Montevideo, 2005, p. 361 - 384.

la vigencia de la Ley N° 23506. En buena cuenta, ello quiere decir que sólo se podrá acudir al amparo cuando no existan otras vías procesales ordinarias igualmente satisfactorias para la tutela del derecho constitucional invocado (inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional).

En este nuevo escenario normativo, entonces, la vía procesal para cuestionar la actividad de la Administración Pública -y por ende la actuación administrativa en materia laboral- es el proceso contencioso administrativo, el cual, además, por constituirse en uno de plena jurisdicción, se configuraría como la vía procesal ordinaria igualmente satisfactoria frente al amparo (propiciando que, en principio, al no transitar por ella, opere la causal de improcedencia del proceso constitucional prevista en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional).

A modo de delimitar cuándo el trabajador o el empleador han de acudir al amparo o al proceso contencioso administrativo, consideramos que la vía procesal idónea será la del proceso constitucional de amparo, siempre que la actuación de la AAT vulnere o lesione el contenido constitucional del derecho al debido proceso o de alguno de sus componentes (motivación, defensa, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad de las sanciones, legalidad y taxatividad de las infracciones administrativas, prueba, etc.) o de algún otro derecho constitucional (como el derecho a la igualdad o no discriminación, derecho a la jornada de trabajo, derecho a la libertad sindical, derecho al trabajo) reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos (convenios OIT y otros).

En cambio, si lo que se busca es la tutela de aquellos elementos no esenciales del derecho constitucional invocado, es decir, cuando se cuestiona la validez de la actuación administrativa por no ajustarse al ordenamiento legal vigente, la vía procesal idónea será el proceso contencioso administrativo (ya sea que se persiga la nulidad del acto administrativo cuestionado o el restablecimiento de los derechos afectados por la actuación administrativa).

3.2.2. El proceso contencioso administrativo y el proceso de cumplimiento.

Como ya se dijo, la LPCA establece como una de las pretensiones exigibles ante la jurisdicción contencioso administrativa el que “*se ordene a la administra-*

ción pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme". Esta pretensión se confunde con aquellas que pueden ser tramitadas ante el proceso de cumplimiento, ya que en ambos casos se busca controlar la inactividad de la Administración Pública.

Frente a la eventual concurrencia de estas dos vías procesales, el Tribunal Constitucional ha marcado una pauta de diferenciación a partir de su precedente plasmado en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC. En la sentencia recaída en dicho proceso, el TC establece las características mínimas comunes que debe tener el mandato contenido en la norma legal o en el acto administrativo, cuyo cumplimiento se pretende a través del proceso constitucional. Por tanto, para saber si debemos acudir al proceso de cumplimiento o al contencioso administrativo ya no se necesita calificar la omisión administrativa, es decir, determinar si ésta fue de tipo formal o material, sino que más bien se deberá calificar el tipo, o sea las características del mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo firme, cuyo cumplimiento se pretende.

Es decir, jurisprudencialmente se ha pasado de la calificación de la omisión de la actuación administrativa (calificación subjetiva), a la calificación del mandato cuyo acatamiento se pretende (calificación objetiva).

En este escenario, es necesario resaltar que el Tribunal, en el fundamento 14 del precedente citado, ha establecido que el mandato cuyo cumplimiento se pretende debe: "a) ser un mandato vigente, b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo, c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento, e) ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante, y g) permitir individualizar al beneficiario".

Entonces, hoy, acorde con los nuevos criterios del Tribunal Constitucional, para saber si debemos ir al proceso de cumplimiento o al proceso contencioso administrativo, debemos calificar el mandato cuya ejecución se pretende sobre la base de las reglas antes mencionadas. Por ende, si el mandato no se ajusta a los parámetros establecidos, es decir si existe cuestionamientos sobre su vigencia, existen dudas sobre la certeza del mandato, o está sometido a una actividad interpretativa compleja (existen remisiones normativas y administrativas), o está sometido a condiciones de dudoso cumplimiento, la pretensión deberá tramitarse conforme al artículo 5º numeral 4 de la Ley N° 27584 (LPCA).

Adicionalmente, debemos mencionar que si la sustentación de lo pretendido requiere de una actividad probatoria compleja, a tenor de lo establecido en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, nuestra pretensión deberá ventilarse a través del proceso contencioso administrativo.

Sintetizando lo expuesto tenemos las siguientes reglas de delimitación:

- a) Si el mandato cuyo cumplimiento se pretende no se ajusta a las características establecidas por el Tribunal Constitucional o la sustentación de la pretensión requiere de una actividad probatoria compleja, la pretensión deberá ventilarse a través del proceso contencioso administrativo.
- b) En cambio, si la vigencia, certeza e incondicionalidad del mandato es inquestionable y no se requiere mayor actividad probatoria que los anexos de la demanda, la vía procesal idónea para tramitar nuestra pretensión será el proceso de cumplimiento.

4. CONCLUSIONES.

De lo expuesto en el presente trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. La Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo (LPCA) ha determinado la exclusividad de dicha vía procesal a efectos de tramitar las impugnaciones judiciales contra la Administración Pública. El problema radicaba en que dicha norma había atribuido competencia al juez especia-

lizado en lo contencioso administrativo para el conocimiento de tales impugnaciones, soslayando la necesaria especialidad del juez en una materia tan peculiar como la laboral.

2. La variedad de temas laborales que es posible abordar durante el desarrollo de los procesos contencioso administrativos seguidos contra la actuación de la AAT, y la necesidad de que el juzgador cuente con una formación especializada por la naturaleza tan peculiar de las instituciones laborales, imponían la restitución de la competencia al juez laboral. En esa dirección, recientemente, mediante el Decreto Legislativo N° 1067, se ha restablecido la competencia del juez especializado en Derecho del Trabajo para conocer de tales demandas.
3. De acuerdo con la naturaleza de plena jurisdicción que adopta nuestra actual LPCA, ésta provee al administrado de una amplia variedad de pretensiones a su favor, entre las cuales destaca la posibilidad de obtener tutela para el reconocimiento o restablecimiento de un derecho laboral afectado. Por ello, se puede afirmar que la interposición de las demandas contencioso administrativas estará condicionada más bien por razones de tipo fáctico, como por ejemplo, la evaluación sobre la inmediatez en la ejecución de las actuaciones de la Administración.
4. Se aprecia como práctica común que durante el desarrollo de los procesos contencioso administrativos interpuestos contra la AAT, los empleadores soliciten el otorgamiento de medidas cautelares con el único propósito de suspender la actuación administrativa dirigida a la tramitación de la ejecución de una multa impuesta al empleador.
5. Existen zonas de eventual concurrencia entre el proceso contencioso administrativo y otros procesales constitucionales, que es preciso delimitar. Así, a fin de establecer una frontera entre el proceso de amparo y el contencioso administrativo, consideramos que si el petitorio y los hechos de la demanda tienen como finalidad el cuestionamiento de una actuación de la administración laboral, reglada o discrecional, siempre que, además, hubiera incidido sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional invocado, y si adicionalmente no existiera en el ordenamiento jurídico otra vía procesal idónea para tutelar ese contenido constitucional, la vía pertinente será la del proceso constitucional de amparo. En cambio, si el petitorio y los hechos de la demanda tuvieran como finalidad

impugnar una actuación, de carácter discrecional o reglada de la AAT, que no incidiera sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, la vía procesal adecuada será la del proceso contencioso administrativo.

6. La delimitación entre el proceso de cumplimiento y el proceso contencioso administrativo estará en función de la calificación objetiva del mandato cuyo acatamiento se pretenda. Si dicho mandato no se ajusta a las características establecidas por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC o la sustentación de la pretensión requiere de una actividad probatoria compleja, la pretensión deberá ventilarse a través del proceso contencioso administrativo. En cambio, si la vigencia, certeza e incondicionalidad del mandato es incuestionable y no se requiere mayor actividad probatoria que los anexos de la demanda, la vía procesal idónea para tramitar nuestra pretensión será el proceso de cumplimiento.
7. La actuación discrecional de la Administración se caracteriza básicamente porque implica una capacidad de decisión mayor que la que se ejerce en el caso de las actuaciones regladas. A partir de tal diferenciación, proponemos que se adopte un sistema de reparto de competencias entre la jurisdicción laboral y la contenciosa administrativa para el conocimiento de las impugnaciones judiciales de las actuaciones de la AAT en materia laboral privada, sobre la base o regla de la competencia del juez de trabajo como el juez natural para el conocimiento de dicha materia.
8. Sin perjuicio de la reciente restitución de la competencia al juez de trabajo, formulada en términos genéricos, y como una forma de evitar recargar sus tareas, postulamos que sólo sean de su conocimiento la tramitación de las demandas contenciosas administrativas dirigidas a impugnar actuaciones discrecionales de la AAT donde resulte en juego una valoración e interpretación de materia laboral sustantiva, dejando a la jurisdicción contenciosa administrativa conocer de la impugnación de las actuaciones regladas de la AAT. Reiteramos que el criterio orientador del mencionado reparto de competencias debería estructurarse sobre la clasificación del acto administrativo que distingue entre actos reglados y actos discrecionales.

9. En lo que respecta al proceso judicial de revisión de las actuaciones coactivas de la AAT, consideramos que el mismo debería de permanecer dentro de la órbita de la jurisdicción contenciosa administrativa, dada la naturaleza reglada de la actuación que es objeto de impugnación.

BIBLIOGRAFÍA

-ABAD YUPANQUI, Samuel.

El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

-CAÑIZARES ABELEDO, Diego Fernando.

"Lo reglado y lo discrecional en lo administrativo". En: <http://www.fgr.cu/Biblioteca%20JuridicaDerecho%20Administrativo%20Fac.Derecho%20Cuba/Libro.%20Temas/Tema%20IV.doc>

-CASTAÑEDA OTSU, Susana.

Derecho Procesal Constitucional. Tomo II, Lima: Jurista Editores, 2005.

-CRUZ VILLALON, Jesús.

Apuntes de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tema 18: Proceso de trabajo y potestades administrativas. En: <http://www.personal.us.es/jesusacruz/18%20Proceso%20y%20Administracion.pdf>

-DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

Informe Defensorial N° 121, *"Propuestas para una reforma de la Justicia Contencioso – Administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia"*. Lima, 2007.

-ESPINOZA - SALDAÑA BARRERA, Eloy.

Código Procesal Constitucional. Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Lima: Palestra, 2004.

-GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.

“Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista”. En: Revista de Administración Pública. Nº 152 (mayo - agosto de 2000).

-GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández.

Curso de Derecho Administrativo. T. II. Lima - Bogotá: Palestra - Temis, 2006.

-GUZMÁN NAPURÍ, Christian.

“El concepto de acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”. p. 303 - 309. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 13. Nº 114 (marzo de 2007).

-LANDA ARROYO, César.

“El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Montevideo: Fundación Konrad -Adenauer- Stiftung, Montevideo, 2005.

-MORÓN URBINA, Juan Carlos.

“Los actos administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. p. 242 – 257. En: Derecho & Sociedad. Año XII. Nº 17 (2001).

-PRIORI POSADA, Giovanni.

Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: ARA, 2002.

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza

César Puntriano Rosas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

La relación laboral supone la existencia de un vínculo jurídico entre una persona natural que pone sus servicios subordinadamente a disposición de otro a cambio de una retribución. Así, como lo considera la doctrina, son elementos para calificar este vínculo obligacional, la prestación personal, la retribución, llamada remuneración y la subordinación, siendo la contrapartida de esta última las atribuciones que ostenta el acreedor de los servicios y que se conoce como poder de dirección.

Estas partes en la relación jurídico-laboral son denominadas trabajador, quien es el deudor de la prestación y acreedor de la remuneración y el empleador, quien ocupa la posición de deudor de la remuneración y acreedor de la prestación.

Esencialmente la relación laboral se caracteriza por una desigualdad formal y material entre las partes, con la primera nos referimos a que el empleador ocupa la posición de director de la actividad que va a realizar el trabajador, mientras que este último ocupa la posición de dirigido, mientras que con desigualdad material nos referimos al hecho evidente de que, quien dirige o maneja la organización en la cual se enmarca la relación laboral tiene una posición más ventajosa que quien realiza la misma, toda vez que es capaz de determinar cómo, cuándo y dónde se laborará, pudiendo impartir órdenes o directivas, supervisar su cumplimiento e inclusive sancionar su trasgresión, sanción que puede llegar a la culminación del vínculo que los une.

La posición jurídica de trabajador no es uniforme, pues existe una categoría distinta o especial de trabajadores que ostentan una posición diferente, un status distinto en la organización empresarial. Nos referimos a aquellos que ocupan una posición directiva, de responsabilidad o de dirección y quienes son catalogados como trabajadores de confianza, que en la práctica son aquellos que jerárquicamente se ubican por debajo de los trabajadores de dirección pero por ello no pierden el especial status laboral que su calificación les otorga.

Este personal distinto, en cuanto a responsabilidades y exigencias laborales se refiere, e inclusive también en el aspecto retributivo, ha sido objeto de un tratamiento especial a nivel normativo y jurisprudencial.

En la presente ponencia comentaremos el tratamiento especial otorgado a dicho personal en relación a la protección contra el despido arbitrario a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Debemos precisar que no es objeto del presente trabajo analizar la relación laboral entre el trabajador de dirección o de confianza y una entidad o institución del Sector Público como su empleadora, aunque aquél se encuentre comprendido en el régimen laboral privado.

2. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL-LABORAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN O CONFIANZA.

2.1. Los tipos de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que adquieren la condición de fuente de Derecho: precedente vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante (doctrina constitucional).

En este punto queremos dejar sentada nuestra posición en el sentido que la jurisprudencia constitucional emanada del Tribunal Constitucional¹, constituye fuente

¹ En su condición de supremo intérprete de la Constitución.

de Derecho, en tanto el Tribunal es un auténtico creador del mismo, toda vez que sus sentencias vinculantes serán verdadera fuente a aplicarse por los tribunales inferiores, el legislador y los operadores jurídicos en general².

Lo anterior surge dada importancia de la interpretación constitucional que realiza el TC como instancia máxima (supremo intérprete), y fundamentalmente merced al propio mandato de la Constitución³, pues ese sentido de fuente se desprende del artículo 139 inciso 8 de la norma suprema (“no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”), como del artículo 201 del mismo cuerpo normativo (que le otorga al TC la función de control de la Constitución), las que se refuerzan por preceptos legales contenidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴, el tercer párrafo del artículo VI del mismo⁵ Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC⁶.

Asimismo, la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por su parte, se desprende de nuestro texto Constitucional, en específico del principio de seguridad jurídica (artículo 43, artículo 3, artículo 2 inciso 24, literales a y d, y artículo 139, inciso 3), del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 2, inciso 2), de la propia

² MARTINEZ SOSPEDRA, M. El Tribunal Constitucional como órgano político. Citado por: ADRIAN. op.cit. p.5

³ ADRIAN CORIPUNA, Javier. La jurisprudencia vinculante de los Altos Tribunales como límite al principio de independencia judicial. En: Estudios al precedente constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia. 1ª edición febrero 2007. p. 112.

⁴ Artículo VII.- Precedente

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

⁵ Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

⁶ “PRIMERA.- *Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.*”

potestad de administrar justicia (artículo 138), y, tratándose de la jurisprudencia constitucional, además, del artículo 201 de la Constitución.

Esta fuerza vinculante es entendida por la doctrina como *“aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige tanto a los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (precedente vinculante vertical)”*⁷.

Resulta importante para los efectos del presente trabajo hacer una breve distinción entre la jurisprudencia constitucional vinculante y el precedente vinculante pues como se advertirá, las resoluciones que comentaremos carecen de la condición de precedente vinculante pero constituyen jurisprudencia constitucional vinculante.

Según Roger Rodríguez⁸ la jurisprudencia constitucional vinculante alude a la repetición de criterios normativos contenidos en la sentencias del Tribunal Constitucional, *“y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República (...)”*. Sin embargo, Adrián⁹, en su concepción de la jurisprudencia vinculante del TC, a la que denomina “doctrina jurisprudencial”, afirma que la misma vincula también a los ciudadanos, en la medida que en ejercicio de su función institucional, proveen los criterios, orientaciones y principios que sirven para crear la regla que soluciona los casos, *“de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos pue-*

⁷ ADRIAN, La jurisprudencia.. op.cit. p.119.

⁸ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. El precedente constitucional en el Perú. En: Estudios al precedente constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia. 1ª edición febrero 2007. p.59

⁹ ADRIAN, La jurisprudencia.. op.cit. p.120.

dan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico”.

Si bien el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto a los jueces se encuentra expresamente prevista en el artículo VI del Título Preliminar del CPC, así como en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, creemos que esta obligatoriedad en su aplicación es extensiva a los ciudadanos en la medida que, es el TC el supremo intérprete constitucional, y la Constitución vincula a todos los ciudadanos en general.

Además, en la medida que existiría predictibilidad en el contenido de las resoluciones judiciales al seguir lo dispuesto por el TC, es de esperar que el ciudadano adecue sus conductas a la jurisprudencia del Colegiado, pues, si no se da el cumplimiento efectivo en la práctica y el conflicto se judicializa, entonces el ciudadano sabrá que esperar de los tribunales.

El precedente vinculante, por su parte, es la regla jurídica contenida en una resolución del TC que soluciona un caso particular y que debe ser de observancia obligatoria para el propio Tribunal (precedente vinculante horizontal), así como para todos los jueces y tribunales inferiores (precedente vinculante vertical), en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales¹⁰. Debemos precisar que el precedente vinculante no solamente se encuentra en sentencias del Tribunal que resuelvan procesos de control concreto de constitucionalidad como el amparo, hábeas corpus o hábeas data sino también en el proceso de control abstracto, o proceso de inconstitucionalidad¹¹.

La base legal del precedente vinculante se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del CPC, el cual dispone que, *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apar-*

¹⁰ Ibid. p.121.

¹¹ Véase caso de la Barrera Electoral (Expediente N° 0030-2005-AI/TC) en el cual el TC estableció un precedente vinculante respecto al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas”.

tándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

De lo expresado en este acápite podemos colegir que el atributo vinculante de la jurisprudencia constitucional y del precedente constitucional proviene tanto de nuestra Constitución como de las leyes, siendo por ende exigibles a todos los operadores jurídicos.

2.2. Jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección o de confianza

Inicialmente el TC no establecía diferencia alguna con los trabajadores de dirección o de confianza en cuanto a su acceso a la justicia constitucional mediante el proceso de amparo para obtener la tutela restitutoria (reposición) frente a un despido lesivo de su derecho fundamental al trabajo.

Posteriormente, el Colegiado descarta toda posibilidad de reposición de los trabajadores de dirección o de confianza merced a la especial relación laboral que poseen con el empleador.

2.2.1. Caso César Antonio Cossio y otros contra Telefónica del Perú S.A., Expediente N° 1112-98-AA/TC, sentencia publicada el 17 de Agosto de 1999.

En el presente caso los demandantes interponen su demanda de amparo solicitando su reposición alegando que su despido vulneró su derecho constitucional al trabajo, toda vez que la demandada le cursó cartas de preaviso de despido denunciando la comisión de la falta grave de disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción, aunque en las cartas se aludió a la “disminución de su productividad”, imputación no prevista en la normatividad laboral.

Añaden los demandantes que la demandada no acreditó los hechos que configuran su despido, incumpliendo su carga probatoria.

El Tribunal Constitucional ampara su demanda ordenando su reincorporación, fundamentando su pronunciamiento en que la ausencia de material probatorio al imputar la falta grave atentó contra el derecho de defensa de los trabajadores, siendo el despido inconstitucional. El TC dispone la reincorporación de los trabajadores demandantes al considerar que la empresa demandada vulneró su derecho al debido proceso.

No existe análisis alguno relativo a la condición de trabajadores de dirección o de confianza de los demandantes.

2.2.2. Caso Gloria Ordoñez contra Telefónica del Perú S.A., Expediente N° 482-99-AA/TC, sentencia publicada 18 de Diciembre de 1999.

En forma similar al caso comentado anteriormente, la demandante interpone su demanda de amparo solicitando su reposición alegando que su despido vulneró su derecho constitucional al trabajo, toda vez que la demandada le cursó la carta de preaviso de despido denunciando la comisión de la falta grave de disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción, aunque en la carta se aludió a la “disminución de su productividad” imputación no prevista en la normatividad laboral.

El Tribunal Constitucional ampara su demanda ordenando su reincorporación, aplicando un razonamiento similar al citado en el numeral precedente.

2.2.3. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica del Perú Holding, Expediente N° 1124-2001-AA/TC, sentencia publicada el 11 de setiembre de 2002.

En el presente caso, las organizaciones sindicales interpusieron una acción de amparo contra las demandadas, con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un

Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

El TC sostiene en su sentencia que el análisis tendrá por objeto determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo.

El Colegiado resuelve declarar fundada la demanda y ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A.

Fundamenta su posición en que el despido se ha motivado en la afiliación sindical, y que deviene en una lesión al derecho constitucional a la sindicación.

Con este fallo, el TC comienza a consolidar su posición jurisprudencial en cuanto a la reposición como mecanismo reparador *per se* ante un despido fundado en el artículo 34° de la LPCL, es decir, un despido arbitrario más el pago de la indemnización, inaplicando dicho dispositivo por considerarlo inconstitucional.

2.2.4. Caso Eusebio Llanos contra Telefónica del Perú S.A, Expediente N° 976-2001-AA/TC, sentencia publicada el 13 de Mayo de 2003.

El demandante interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de despido de fecha 16 de febrero de 2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, ya que las faltas graves imputadas no eran tales.

El TC si bien declara improcedente la demanda, debido a que la dilucidación de la controversia requería de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en el proceso de amparo por carecer de estación probatoria, deja sentado un importante pronunciamiento relativo al ejercicio de los derechos laborales frente al empleador.

El Colegiado sostuvo que la readmisión en el empleo *derivada de la infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: Despido nulo (...) Despido incausado (...) Despido fraudulento*” (FUNDAMENTO JURÍDICO 15 DE LA STC).

Añade el Tribunal Constitucional que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso”. (FUNDAMENTO JURIDICO 16 DE LA STC).

Vemos también un retroceso en cuanto a la declaratoria de inconstitucional *inter partes* (control difuso) efectuado en el caso seguido por el Sindicato de Telefónica y que hemos comentado en el numeral anterior.

No existe en este caso referencia alguna a los trabajadores de dirección o de confianza por lo que un empleado que ostente dichas categorías podría recurrir a la vía procesal constitucional de amparo para ser repuesto, en la medida que su despido se enmarque en algunos de los supuestos indicados por el TC.

2.2.5. Caso Nelly Catia García contra Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Expediente N° 746-2003-AA/TC, publicada el 19 de abril de 2004.

La demandante interpone acción de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en la persona de su Presidente, a fin de que se ordene su reposición a su centro de trabajo como Jefe de la Oficina de Administración de la citada entidad judicial, pues mediante Oficio N.º 478-2002-P-CSJAY/PJ, del 28 de junio de 2002, en forma arbitraria y sin expresar causa alguna, dio por concluida su designación como Jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Ayacucho, con efectividad al 30 de junio de 2002.

El TC declara infundada la demanda, sin embargo sostiene que “*en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante*”

a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos” (FUNDAMENTO JURÍDICO 3 DE LA STC). (subrayado nuestro).

En cuanto a la falta de calificación de la demandante como cargo de confianza, el TC añade que, “si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes. (FUNDAMENTO JURÍDICO 2 DE LA STC).

El Tribunal Constitucional evidencia un cambio de criterio en lo relativo a la reposición de trabajadores de dirección o de confianza¹² pues sostiene que, si la demandada acreditara que la demandante poseía dicha condición, no le correspondería la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización.

Lamentablemente en esta sentencia no encontramos una motivación del TC respecto a este criterio.

Este pronunciamiento fue reiterado en los siguientes casos:

- Caso Aníbal Leonardo Salmón contra CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S.A. (CORPAC), Expediente N° 4492-2004-AA/TC, sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005.
- Caso Segundo Juan Argomedo contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPS SEMAPA BARRANCA S.A.), Expediente N° 2358-2005-PA/TC, sentencia publicada el 25 de agosto de 2005.

¹² Como veremos después, cuando el TC se refiere a los trabajadores de confianza comprende también a los de dirección.

- Caso Consuelo Muñante contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A. (EPS EMAPICAS.A.), Expediente N° 4040-2004-AA/TC, sentencia publicada el 8 de noviembre de 2005.
- Caso Josué Tejada Alaya contra el Directorio y la Gerencia General de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Expediente N° 3572-2005-PA/TC, sentencia publicada el 22 de marzo de 2006¹³.

2.2.6. Caso César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO, Expediente N° 0206-2005-PA/TC, sentencia publicada el 14 de diciembre de 2005.

El actor interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.

El Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda, sin embargo, atribuye a la presente sentencia la condición de precedente vinculante relativo a los criterios de procedencia de la acción de amparo en materia laboral.

El TC ratifica los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-200-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos.

Asimismo afirma que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos

¹³ En esta sentencia se hizo extensiva la imposibilidad de la reposición a los trabajadores de dirección lo cual resulta razonable pues si el fundamento para impedir la reposición del personal de confianza radica en las responsabilidades que poseen, con mayor razón debería aplicarse dicho razonamiento a los trabajadores de dirección, y además, señalamos que para el TC la condición de trabajadores de dirección supone la de confianza.

controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.

Es interesante indicar que el precedente no incorpora en la sentencia su posición, ya constante hasta ese momento, respecto a la improcedencia de la reposición de trabajadores de confianza.

Creemos que su omisión no debilita la jurisprudencia sentada por el TC sobre el particular sin embargo la misma hubiese sido fortalecida si el Colegiado se refería a la misma en el precedente.

2.3. Comentarios acerca de la decisión del Tribunal Constitucional de excluir a los trabajadores de dirección o de confianza de la tutela resarcitoria proveniente del proceso de amparo frente a un despido lesivo de derechos constitucionales

En el último grupo de sentencias comentadas hemos podido verificar que el TC, a partir de la sentencia correspondiente al Expediente N° 746-2003-AA/TC, considera que los trabajadores de dirección o de confianza poseen únicamente el derecho a ser resarcidos frente a un despido lesivo de derechos constitucionales con la indemnización y no con la reposición o reinstalación en el puesto de trabajo.

Las razones en que se funda este pronunciamiento radican en que, en la medida que el trabajador que ocupa estas categorías posee una relación especial con el empleador en razón a un mayor grado de responsabilidad por las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de la empresas, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades (Exped. 2348-2005-PA/TC), carecería de sentido pretender que sean readmitidos en el centro de trabajo cuando el empleador les perdió la confianza.

Este razonamiento es adecuado debido a que, si la relación se basa en la confianza del empleador hacia su trabajador y la misma se pierde, no tiene sentido imponer a las partes la reinstalación del vínculo laboral.

Así lo entiende Arévalo Vela¹⁴ al afirmar que, “(...) *el problema surge cuando el empleador procede a despedir al trabajador que ocupa un cargo de confianza en forma arbitraria. Dada la naturaleza del cargo, que radica en la confianza del empleador, no se podría obligar a este a que vuelva a confiar en el trabajador; pues es una posición que solo nace de la voluntad del empleador, motivo por el cual es inviable pensar que a través de un proceso constitucional de amparo se pueda lograr reponer al trabajador de confianza en el puesto que venía ejerciendo (...)*”

Arce¹⁵ sin embargo discrepa con esta postura del TC pues “*sólo se podría despedir lícitamente a un trabajador de confianza o de dirección, cuando concurre un hecho que se tipifique como causa justa de despido. (...) Añade que este criterio del Tribunal “(...) permitiría que muchos despidos inconstitucionales no sean declarados como tales, sino simplemente arbitrarios (...)*”¹⁶”.

Frente a estas dos posiciones interesantes respecto al criterio del TC, opinamos siguiente:

(i) El cuestionamiento del despido de los trabajadores de dirección o de confianza debe realizarse en la vía judicial ordinaria.

Esta alternativa, a nuestro entender acorde con la Constitución supondría que el TC modifique su precedente vinculante relativo a la reposición a través del proceso de amparo como reparación ante un despido arbitrario.

¹⁴ AREVALO VELA, Javier. La protección de los trabajadores de confianza frente al despido arbitrario. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima. Gaceta Jurídica. Año 13, N° 112, Enero de 2008. p. 30.

¹⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006. p. 112.

¹⁶ *Ibid.* p.115.

En relación a la protección contra el despido arbitrario o injustificado, consideramos que nuestro ordenamiento constitucional, en armonía con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador), aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio de 1995, reconoce una adecuada protección contra el mismo, siendo válida la reserva de ley para su desarrollo así como la reparación prevista en el artículo 34° de la LPCL, esto es la indemnización¹⁷.

Asimismo, la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo N° 166 de 1982, establece en su artículo 18° que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho, a una indemnización por fin de servicios u otras prestaciones análogas, a prestaciones del seguro de desempleo o a una combinación de tales prestaciones.

En consecuencia, el artículo 27° de la Constitución, en concordancia con su artículo 22°¹⁸ y lo establecido en el Protocolo de San Salvador, que forma parte de nuestra legislación, y el Convenio 158° OIT que la orienta,¹⁹ delega al legislador la facultad de decidir que protección contra el despido arbitrario es adecuada, y éste

¹⁷ En efecto, el artículo 6° del Protocolo, al desarrollar el Derecho al Trabajo, señala que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (...)”.

A su vez, el artículo 7° que regula las “condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo” determina que los Estados “garantizarán en sus legislaciones nacionales de manera particular: ... d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso 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”. (subrayado agregado).

¹⁸ Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

¹⁹ Adicionalmente, el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no ratificado por nuestro país, pero que posee carácter de recomendación, precisa que si el órgano jurisdiccional llega “(...) a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (arbitraria) y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

a su vez, consagra a la indemnización como única reparación frente al despido arbitrario y a la reposición como mecanismo restitutorio frente al despido nulo. Dichas opciones en buena cuenta son válidas a la luz de nuestra Constitución.

En ese sentido, siendo la indemnización por despido arbitrario una adecuada reparación contra el mismo, dejamos *ab initio* sentada nuestra discrepancia con la jurisprudencia del TC que permite accionar a través de un proceso constitucional de amparo la obtención de la reposición ante un despido arbitrario. Similar consideración sería aplicable a los denominados “despidos fraudulentos” pues al ser en el fondo injustificados o arbitrarios, la reparación conveniente sería la indemnización.

Por ende, y basándonos en los argumentos precedentes, el cuestionamiento del despido de un trabajador que ocupaba un puesto de dirección o de confianza debería dilucidarse en la vía judicial ordinaria, en la cual se podrá esclarecer la causalidad del despido, la categoría del trabajador entre otros aspectos. De estimarse la demanda, el trabajador de dirección o de confianza tendrá derecho a la indemnización, salvo que se acredite que su despido se fundó en alguno de los motivos prohibidos del artículo 29 de la LPCL, en cuyo caso procede la reposición en la vía judicial ordinaria.

(ii) Los trabajadores de dirección o de confianza deberán obtener un resarcimiento económico en el entendido que su reclamación deba ventilarse únicamente en el proceso laboral ordinario.

En sus resoluciones iniciales el TC sostuvo que, en tanto la parte demandante calificaba como empleado de confianza, únicamente podía acceder a una indemnización por despido arbitrario como reparación frente a un despido arbitrario (incausado o fraudulento, en términos del Colegiado).

La Corte Suprema, en diversas ejecutorias, como las Casaciones N° 1489-2000-Lima, 820-2002-Lambayeque o 2037-2000 Piura, ha venido sosteniendo que los trabajadores de dirección o de confianza tienen derecho a la tutela indemnizatoria como reparación frente al despido arbitrario.

Compartimos el pronunciamiento de la Corte Suprema, en el sentido que, si los trabajadores de dirección o de confianza son objeto de un despido arbitrario les corresponderá la indemnización como única reparación.

(iii) Partiendo de la jurisprudencia del TC sobre protección contra el despido arbitrario, con la cual discrepamos, compartimos la posición del TC en que la indemnización es la única reparación que les corresponde.

Esta posición del Tribunal parecería evidenciar un retroceso de su jurisprudencia inicialmente absoluta en materia de protección contra el despido arbitrario, como lo hemos visto en los acápites anteriores, pues se limitaría el acceso al proceso constitucional de amparo de una categoría especial de trabajadores, aquellos que ocupan posiciones de dirección o de confianza.

La motivación del TC se funda en la especial relación de responsabilidad y de compromiso con los resultados de la empresa del trabajador de dirección o de confianza.

En consecuencia, resulta razonable que, quien ocupa un cargo de especial relevancia no pueda ser readmitido, teniendo en cuenta además que existe un mecanismo de protección adecuado como la indemnización por despido arbitrario, salvo que, nos encontremos en alguno de los supuestos previstos como causales de nulidad de despido previstos en la LPCL.

(iv) Los trabajadores de dirección o de confianza podrían ser readmitidos en el empleo si su despido es nulo conforme al artículo 29° de LPCL.

Sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial en materia de protección contra el despido, que sin duda posee la condición de fuente de Derecho, como es sabido, nuestro ordenamiento laboral ya contemplaba dos tipos de tutela frente a un despido arbitrario, la indemnización por despido y la reposición, este último caso en la medida que el acto extintivo de la relación laboral sea calificado como nulo por contravenir algún derecho constitucional en la medida que se presenten los moti-

voy prohibidos regulados en el artículo 29 de la LPCL²⁰ Así, establece la norma en mención, es nulo el despido que tenga por motivo:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; .

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha dispuesto en su doctrina sentada a partir del caso Llanos (Expediente N° 976-2001-AA/TC) y ratificada en el caso Baylón (Expediente N° 0206-2005-PA/TC), que si el trabajador es víctima de un despido fundado en alguno de los motivos prohibidos antes indicados puede recurrir a la justicia constitucional.

Siguiendo al precedente del TC, en la medida que en el proceso de amparo los trabajadores de confianza no se podrán reponer, entonces resulta idóneo, y una vía satisfactoria para que se cumpla lo previsto en la LPCL que recurran como ya está previsto en la ley a la vía judicial ordinaria.

Además, tengamos en cuenta que en los procesos de nulidad de despido existe normalmente una carga probatoria importante que no puede desplegarse en un proceso de amparo, pues éste carece de etapa probatoria y además resulta improcedente si existen hechos controvertidos²¹ (Expediente 0206-2005-PA/TC).

En ese sentido, es más conveniente sin duda, y legalmente posible, que los trabajadores de confianza despedidos mediante un acto lesivo de sus derechos

²⁰ Así, establece la norma en mención, es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Esto es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

²¹ A esto le debemos añadir que en el proceso de amparo no se dispone el pago de remuneraciones dejadas de percibir (“salarios caídos”) lo que sí ocurre en el proceso ordinario de nulidad de despido.

constitucionales enumerados en el artículo 29 de la LPCL, recurran a la justicia laboral ordinaria.

2.4. Análisis del nuevo criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza.

En esta sección veremos como el Tribunal varía su posición al establecer una distinción entre aquellos trabajadores que ingresaron a ocupar un puesto de confianza y quienes accedieron a los mismos por una promoción.

2.4.1. Caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.

El actor solicita que se le reponga como Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, manifiesta haber sido despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, Asimismo, sostiene que la empleada invocó como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral.

El Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo, estableciendo un nuevo criterio en materia de reposición de trabajadores de confianza:

(i) *“Los trabajadores que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos”.* (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 3 DE LA STC).

(ii) *“A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor*

de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 5 DE LA STC).

(iii) "La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 11 DE LA STC).

(iv) "Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 13 DE LA STC).

(v) " (...) Si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 19 DE LA STC).

El pronunciamiento anterior ha sido reiterado en los casos Jesús Canessa Román contra PETROLEOS DEL PERU, Expediente N° L-2007-PA/TC, publicado el 26 de marzo de 2008²² y recientemente en el caso María Elizabeth Santisteban contra SEDAPAL, Expediente N° 03926-2007-PA/TC, publicado el 5 de junio de 2008.

2.4.2. Comentarios acerca de la decisión del Tribunal Constitucional de considerar al “retiro de confianza” como causa justa de despido de un trabajador de dirección o de confianza sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Discrepamos con el nuevo criterio del supremo intérprete constitucional toda vez que, a nuestro entender, el trabajador al ser promovido a la condición de confianza (se entiende comprende a la de dirección) ya adquiere ese status en la empresa, con lo cual sería inviable su reposición²³, no existiendo diferencia basada en fundamentos objetivos entre un trabajador promovido y uno que directamente ingresa a ocupar un cargo de confianza en la empresa²⁴.

Esta ausencia de criterios objetivos de diferenciación nos induce a afirmar que el Tribunal estaría realizando un acto discriminatorio entre los trabajadores de confianza ascendidos y los que ingresaron a dichos puestos.

Además, pareciera que el TC se hubiera obsesionado con el personal que se incorporó desde el inicio a un puesto de confianza ya que, en forma excesiva, estaría creando una nueva causal de despido, “el retiro de confianza”. Respecto a este punto coincidimos con Arce²⁵ quien sostiene que, “(...) *el retiro de confian-*

²² Caso particular pues quien pretendía su reposición era el Gerente General que había ocupado puestos de dirección (cargos gerenciales) con anterioridad a su designación como Gerente General, por lo que el TC resuelve que sea repuesto como Coordinador de Comercialización de la Gerencia de Planeamiento Corporativo o en otro similar de la empresa demandada como el de Jefe de Unidad de Monitoreo en el Departamento de Planeamiento Estratégico.

²³ Partimos de la existencia y obligatoriedad del precedente vinculante recaído en el caso Baylón, Expediente 026-2005-PA/TC.

²⁴ Podría alegarse que el TC tiene por objetivo el fortalecer la situación de aquellos trabajadores que hicieron línea de carrera en la empresa, ¿pero qué sucede con aquellos que hicieron línea de carrera en cargos de dirección o de confianza?

²⁵ ARCE. Ibid. p.121.

za, como es fácil deducir, es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia el derecho al trabajo, el derecho de defensa y el principio de tipicidad en el despido. Agravia el derecho al trabajo en tanto la pérdida de confianza no configura una causa justa de despido en el orden laboral peruano. El derecho de defensa no puede operar por cuanto el trabajador no conoce con precisión cuál es el motivo de despido. Y, al mismo tiempo, lesiona el principio de tipicidad, en la medida que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como causa justa de despido en el artículo 22 y siguientes de la LPCL (...)”.

Adicionalmente consideramos que se estaría vulnerando el artículo 27° de nuestra Constitución que dispone una adecuada protección contra el despido arbitrario; ¿de qué adecuada protección estamos hablando, si se permite despedir por “retiro de confianza”? ¿Cómo el trabajador podría cuestionar esta “falta”?, creemos que el TC se ha excedido.

En ese sentido, el retiro de la confianza es inconstitucional. Como lo sostiene Arévalo²⁶, “(...) *El Tribunal Constitucional debe velar por el respeto de los derechos de los trabajadores de confianza (...). La inobservancia del artículo 27 de nuestra Constitución no es aceptable bajo ninguna perspectiva y menos aún si dicha vulneración proviene del Supremo Intérprete de la Constitución, que en múltiples fallos manifiesta ser el órgano encargado de velar por la plena vigencia de los derechos constitucionales (...)*”.

No olvidemos sin embargo, que frente a un “retiro de confianza” como causa de despido, el trabajador podría, en la medida que acredite el motivo prohibido del artículo 29° de la LPCL en que se base el acto extintivo, demandar la nulidad del mismo al amparo de la LPCL.

Tengamos en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema habilita al ex trabajador a demandar el pago de su indemnización, aunque si bien los pronuncia-

²⁶ AREVALO. Ibid. p. 32.

mientos del Tribunal Constitucional priman sobre cualquier órgano jurisdiccional, existe cierta tendencia de los jueces a desacatar la jurisprudencia de este órgano y darle cierta preeminencia a aquellas provenientes de la Corte Suprema.

Creemos además que el justiciable podría ampararse en la norma laboral, que no realiza distinciones entre los trabajadores de dirección o de confianza y aquellos que no lo son y de todas maneras intentar una reparación en la vía laboral, pero de ninguna manera recurrir al proceso de amparo.

Sin embargo, es evidente que el TC estaría generando indefensión por lo que, esperemos cambie de opinión.

Una consecuencia cuestionable adicional del fallo del Tribunal es el efecto perverso que pueda causar pues el empleador preferirá contratar a trabajadores de dirección o de confianza directamente que promover a su propio personal, lo cual a la larga podría desincentivar a la organización en tanto los trabajadores sentirán la ausencia de una línea de carrera en su empresa.

Ello vaciaría de contenido al derecho al ascenso, reconocido en el Protocolo de San Salvador, que fuera ratificado por nuestro país, el cual dispone en su artículo 7° que los Estados deben garantizar el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, teniendo en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio. Con la jurisprudencia del TC, el empleador, reiteramos, preferirá no ascender a sus trabajadores a puestos de dirección o de confianza para gozar de una mayor flexibilidad para cesarlos.

Finalmente, el fallo bajo comentario carece de motivación respecto al cambio de criterio del TC al establecer dos clases de trabajadores de dirección o de confianza, los que pueden ser repuestos y los que no, lo cual añade un vicio de inconstitucionalidad al mismo.

Sobre el particular, si bien la doctrina jurisprudencial en materia de protección contra el despido arbitrario de trabajadores de dirección o de confianza no ha sido calificada como precedente vinculante, y por ende no se le aplica el artículo VII

del Título Preliminar del CPC que exige que, cuando el TC se aparte de su precedente deba expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente, somos de la opinión que, en la medida que se trata de doctrina jurisprudencial producida por el Supremo Intérprete de la Constitución, lo apropiado hubiese sido tener una sentencia que exprese con claridad y precisión sus fundamentos, y que además fuese precedente vinculante²⁷.

La falta de motivación del TC añadiría un vicio de inconstitucionalidad al pronunciamiento, pues se vulneraría el derecho al debido proceso. Si no se tratara de una sentencia emitida por el TC, podríamos aplicar lo indicado por el Colegiado en el ya citado Expediente N° 00654-2007-PA/TC, en el sentido que la falta de motivación supone que, "(...) el derecho-garantía a la debida motivación de las resoluciones judiciales puede ser enjuiciada por este Colegiado en un proceso de amparo contra resoluciones judiciales (...)".

En consecuencia, el cambio de criterio inmotivado del Tribunal, resulta inadecuado pues es discriminatorio, atenta contra el Derecho al Trabajo, el Derecho de defensa y el principio de tipicidad, y por ende resulta inconstitucional.

3. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en el presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Los trabajadores de dirección o de confianza ocupan un status especial en la empresa en razón no a su condición personal sino a las características del trabajo

²⁷ En cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, el propio Tribunal ha sostenido que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 139.5 de la Constitución "(...) es al propio tiempo un derecho de quienes comparecen en el proceso judicial, como también una garantía y principio de la función jurisdiccional. En cuanto derecho subjetivo obliga a los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, a fundamentar sus decisiones en base al derecho vigente y a los hechos expuestos por las partes, dando respuesta afirmativa o negativa a las cuestiones planteadas. En tanto garantía y principio de la función jurisdiccional constituye en cambio un valioso instrumento para el control público de las decisiones judiciales y, a la vez, un medio que presta legitimidad de ejercicio a los jueces.(...)" (Expediente N° 00654-2007-PA/TC). (subrayado nuestro).

que realizan. Un trabajador de dirección posee la condición de trabajador de confianza, pero no todo trabajador de confianza es a su vez personal de dirección.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional es fuente de Derecho, dada la importancia de la interpretación constitucional que realiza como instancia máxima (supremo intérprete), y fundamentalmente merced al propio mandato de la Constitución, pues ello se desprende del artículo 139 inciso 8 de la Constitución (“no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”), y del artículo 201 del mismo cuerpo normativo (que le otorga al TC la función de control de la Constitución), viéndose reforzado ello por preceptos legales contenidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tercer párrafo del artículo VI del mismo y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la jurisprudencia emitida por el TC en relación a la protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza es sin duda vinculante, sin embargo, carece de la condición de precedente vinculante, toda vez que el TC no la ha calificado como tal conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sin embargo, ello no impide que el Colegio fundamente debidamente las razones de hecho y de derecho de cualquier cambio en su criterio.

Como se ha visto, los pronunciamientos jurisprudenciales del TC inicialmente habilitaban a los trabajadores de dirección o de confianza a demandar su reposición en un proceso de amparo frente a un despido arbitrario, nulo, fraudulento, pues en sus resoluciones no analizaba si los demandantes poseían dicha categoría. Posteriormente, negó de plano esa posibilidad sosteniendo que al personal de dirección o confianza no le correspondía la reposición en razón a la naturaleza especial de su cargo, para luego realizar una diferencia inconstitucional.

La inconstitucionalidad radica en que el Colegio discriminó a los trabajadores de confianza que ocupaban dicha posición desde el inicio de su relación laboral con aquellos que accedieron a puestos de esa categoría por promoción, pues a los primeros no les permitía reponerse y a los segundos sí. Adicionalmente dejó en un

estado de indefensión a los primeros pues señaló que el “retiro de confianza” es una causa justa de despido, cuando la misma no se encuentra contemplada en la legislación.

Esta situación genera que, si un trabajador de dirección o de confianza que ocupó su puesto desde el inicio de su relación laboral no pueda cuestionar el “retiro de confianza” de su empleador mediante una acción de amparo; el problema radica en que tampoco lo podría hacer en la vía judicial ordinaria en la medida que los jueces deben acatar los criterios vinculantes del TC, situación que en este caso esperemos no se de en la práctica, pues se estaría materializando una abierta violación de la Constitución por su parte de su propio guardián.

Finalmente, el nuevo criterio vacía de contenido el derecho al ascenso previsto en el Protocolo de San Salvador en tanto el empleador preferirá contratar personal para que directamente ocupen puestos de dirección o de confianza, y así poder despedirlos sin generar la contingencia de una reposición vía acción de amparo en vez de promover a sus propios cuadros, lo cual, sin duda, generará descontento laboral y una falta de identificación con los objetivos empresariales.

La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación

Mauro Ugaz Olivares

1. INTRODUCCIÓN.

La globalización del modelo capitalista tiene como característica fundamental que los sistemas financieros influyan sobre la regulación de los sistemas productivos y, con ello, se incida también sobre las formas de organización del trabajo, lo que a la larga ha venido produciendo una crisis en las regulaciones clásicas de las relaciones laborales.

Para ello, la globalización procuró la drástica disminución de la intervención estatal en las regulaciones de las actividades económicas, políticas y sociales. De ese modo, la denominada “integración económica” propuesta a nivel mundial por parte de la globalización plantea la desregulación o una nueva regulación de las estructuras productivas y, con ello, de las relaciones laborales, procurando que éstas se adapten a sus postulados.

De esa manera, dicho fenómeno trajo como consecuencia que la actuación y regulación estatal se sintiera más alejada de las relaciones laborales, brindando a la autonomía privada un ámbito mayor en la intervención de las reglas que rigen a los actores del contrato de trabajo.

Es, en dicho contexto, donde la presencia de las organizaciones de trabajadores y sus manifestaciones (sindicación, negociación colectiva y huelga) debieron tener

especial relevancia a fin de compensar la huída de la intervención estatal en el esquema de las relaciones laborales.

Sin embargo, la actuación estatal –como sucedió en nuestro país– evitó fomentar y/o consolidar las actuaciones emanadas de la autonomía colectiva; es decir, no sólo huyó el Estado del panorama laboral sino que a dicho escape debemos agregar el desinterés por fortalecer las relaciones colectivas de trabajo¹, lo que ocasionó la ausencia de negociaciones colectivas y de la actividad gremial, mermando el movimiento sindical.

Esto puede ser fácilmente advertido, en el caso peruano, con la reducción del número de organismos sindicales que se constituyeron, la aminoración de los convenios colectivos suscritos y la merma de las huelgas producidas si comparamos las décadas del ochenta y noventa.

Como es obvio, una desregulación o flexibilización laboral traducida en formas de contratación temporales más condescendientes, en la finalización de vínculos labores reparados únicamente con la indemnización, en la preferencia de la negociación colectiva a nivel de empresa, en la utilización del destaque de mano de obra sin límites cualitativos; trajo como consecuencia la reducción del movimiento sindical y, con ello, la ausencia de sus manifestaciones exteriores más evidentes (negociación colectiva y huelga).

La secuela más saltante de lo acabado de señalar es la aparición de la empresa como una unidad exclusiva de producción de directivas laborales: ausente la regulación heterónoma y la autónoma colectiva, la empresa pasó a ser el centro de la producción de las reglas sobre las relaciones de trabajo.

En ese sentido, debido a la desigualdad entre los actores labores (trabajadores y empleadores) y a la poca actividad sindical o colectiva que logre aminorar tales

¹ En efecto, las reformas laborales que inciden en América Latina demuestran como éstas muchas veces debilitaron la autonomía colectiva. Sobre dichas reformas recomendamos ver Vega Ruiz, María Luz. *La Reforma Laboral en América Latina*. Oficina Internacional del Trabajo. Lima. 2001. Págs. 248.

desigualdades, empiezan a surgir reglas emanadas de manera unilateral por parte del empleador, que tienen como característica, ser un poder único sin ningún tipo de limitaciones estatales ni de la autonomía colectiva.

Precisamente, en el escenario antes descrito, se interiorizó unilateralmente la necesidad de flexibilizar los sistemas productivos en aras de mejorar su adaptación ante las constantes variantes del mercado, razón por la cual, se propone que la original estructura empresarial que concentraba todos los sistemas productivos en una gran unidad sea sustituida por un sistema que permita descentralizar las etapas de la operación.

Así, aparece el fenómeno mediante el cual las empresas empiezan a desprenderse de partes de su unidad productiva y encargarlas a terceros, lo que ha sido denominado de manera indistinta como “*outsourcing*”, “externalización”, “tercerización” o “descentralización productiva”.

Como consecuencia de la ausencia de la regulación estatal propuesta por la globalización, estos fenómenos repercutieron en las relaciones laborales de manera directa y sin ningún tipo de freno², situación que poco a poco fue acentuando sus consecuencias extremas en los vínculos de trabajo, sobretodo en los derechos colectivos de los trabajadores. Precisamente, tal situación desencadenó la necesidad de regular esta institución, lo que en mayor o menor medida ha sido asumido por los distintos estados³.

En lo que respecta al presente trabajo, éste tiene por finalidad analizar las repercusiones que se derivan de la subcontratación⁴ y su influencia en las relaciones colectivas de trabajo, en particular de la libertad de sindicación.

² Tomando en cuenta, además, la poca o nula resistencia de los trabajadores por no mantener dentro de los centros de trabajo una presencia sindical.

³ En el Perú no existe una regulación específica acerca de la descentralización productiva que integre todos sus fenómenos, aunque ha sido promulgada recientemente la Ley 29245 y su Reglamento que pretenden normar la subcontratación. De otro lado, figuras como el suministro de personal temporal o los servicios complementarios o especializados son regulados por la Ley de Intermediación Laboral (Ley 27626) aunque con una normativa confusa que no permite, en ocasiones, diferenciar de manera clara la diferencia de ambos institutos.

⁴ En el siguiente punto definiremos qué es la subcontratación como parte de una de las manifestaciones de la descentralización productiva.

Para ello, partimos de las siguientes pautas:

(i) Nuestro análisis se centra únicamente en aquellas subcontrataciones legítimas. Las subcontrataciones inválidas, es decir, aquellas que únicamente representan un suministro de mano de obra o que son una mera apariencia, no son parte de nuestro estudio ya que la intención de éste es poner énfasis en las repercusiones del fenómeno cuando carece de una motivación antilaboral o antisindical y, mas bien, responda a una real necesidad empresarial, la que como es obvio, también merece reconocimiento y protección.

(ii) El presente trabajo se va a enfocar en aquellas subcontrataciones que impliquen un destaque de personal ya que en tales supuesto es donde se puede apreciar con mayor detenimiento la poca eficacia de los derechos colectivos de trabajo tal y como aparecen en nuestro actual ordenamiento laboral.

2. CONCEPTO DE SUBCONTRATACIÓN.

El fenómeno de la descentralización productiva tiene como principal premisa el abandono de la empresa tradicional que concentraba toda la actividad productiva en una sola unidad. Precisamente, las nuevas exigencias de los mercados han acentuado la necesidad de contar con organizaciones flexibles y pequeñas, que centren toda su atención en aquellas actividades que consideren más nucleares.

La descentralización productiva, pues, consiste en una forma de

“(...) organización del proceso de elaboración de bienes y o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo.”⁵

⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales. Revista de Trabajo y Seguridad Social No. 13. 1994. Pág. 8.

Conforme a lo anterior, cuando hablamos de descentralización productiva en realidad nos referimos a la colaboración empresarial que buscan o requieren ciertas entidades para afrontar de manera viable o más eficiente una determinada operación industrial. Así, la operación productiva se redefine de forma tal que aparecen en escena diversas empresas o personas naturales que coadyuvan a la realización de tales actividades.

De ese modo, dentro de las expresiones de colaboración empresarial presentes en los fenómenos de descentralización productiva podemos encontrar el suministro de personal para servicios temporales, los grupos de empresas, el trabajador autónomo, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y la subcontratación de obras o servicios⁶. Todos ellos forman parte del gran género denominado descentralización productiva.

Sin embargo, entre todas las especies nombradas, la que genera mayor tipo de polémicas y que repercute de manera más evidente en los cimientos tradicionales del derecho laboral es, sin duda, la subcontratación. La subcontratación es la principal manifestación de los procesos de descentralización productiva, que tiene como principal ventaja constituir una fórmula idónea para desintegrar la producción de una empresa en diversas colaboraciones exteriores a ella, donde terceros (contratistas) asumen con sus propios recursos las labores encomendadas por la empresa principal.

De ahí que entendamos por subcontratación a la decisión de una empresa (denominada principal) de desprenderse de una parte de su unidad productiva a fin que sea asumida por un tercero (denominado contratista).

En esencia, este fenómeno tiene como premisa el desinterés de la principal de ocuparse de ciertas actividades porque existe una necesidad estructural detrás de tal decisión: es más eficiente delegar la labor a un contratista que cuente con experiencia y especialidad para ejercer el trabajo encomendado.

⁶ ARCE ORTIZ, Elmer. Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Colección Derecho PUCP, Serie Derecho Laboral. Palestra Editores. Lima, 2006. Pág. 15.

De ese modo, la subcontratación requiere que la empresa que asuma la actividad desprendida cuente con un soporte organizativo propio y con una infraestructura suficiente para desarrollar, sin inconvenientes, la actividad delegada; pudiendo ser la actividad encomendada al contratista un servicio o la producción de un bien determinado.

Como se puede apreciar, la subcontratación debería descartar la motivación laboral o el ahorro de los costos sociales como único referente para proceder a ejecutar dicho fenómeno. El aligeramiento de la planilla de la principal es muchas veces consecuencia directa de la participación de un contratista en una determinada actividad productiva, pero sin duda no es el propósito u objetivo primario que se busca a través de la subcontratación⁷.

De otro lado, no es necesario que el contratista tenga una participación activa desde el inicio de las operaciones de una empresa principal. Es decir, pueden existir válidamente subcontrataciones congénitas en una determinada actividad⁸ como también que sobrevienen⁹.

Tampoco interesa para la ejecución válida del fenómeno analizar la vinculación del accionariado entre las empresas participantes o si una mantiene una dependencia económica respecto de la otra: estos hechos no desvirtúan la subcontratación aunque son relevantes para investigar hasta qué punto el contratista es una real sociedad y no una mera apariencia.

⁷ Si la motivación de la subcontratación es únicamente laboral, se podría suponer legítimamente que ésta no responde a una necesidad empresarial sino, mas bien, está orientada a la reducción de los derechos y beneficios de los trabajadores. Así lo ha entendido, además, nuestra jurisprudencia al señalar que en los casos donde el desprendimiento de una parte de la operación de una empresa no tenga una motivación distinta a la laboral se pone "(...) en total evidencia que, en efecto, entre las empresas (...) y existieron actos dirigidos a encubrir la real situación del actor (...) con la finalidad de reducir sus costos laborales vía desmedro de sus derechos (...)" (Sentencia emitida por el Décimo Juzgado de Trabajo de Lima referido al Expediente No. 001-2003)

⁸ Por ejemplo, una empresa desde sus inicios decide trasladar toda la carga de la contabilidad a un tercero especializado.

⁹ Piénsese en el caso de una empresa que luego de muchos años de funcionamiento decide contratar a una empresa especializada en la fuerza de ventas para que se encargue de posicionar sus productos en el mercado.

Asimismo, debemos tener cuidado en no confundir la subcontratación con la simple provisión de personal. El suministro de personal es un fenómeno más de la descentralización productiva que únicamente implica que trabajadores que pertenecen formalmente a planilla de una determinada empresa sean utilizados por otra. Ello no ocurre en la subcontratación donde lo que se contrata es un servicio o la ejecución de una obra, razón por la cual, el personal involucrado en el servicio o en la obra se encuentra exclusivamente sujeto a las directivas y lineamientos del contratista.

Finalmente, la subcontratación puede ser configurada con el desplazamiento del personal del contratista hacia el centro de trabajo de la principal o sin él. El destaque de personal a un centro de trabajo no es determinante para verificar la configuración de una relación válida de subcontratación pero sí es causante de las más drásticas distorsiones a la relación de trabajo por lo que será el específico objeto del presente análisis.

3. CONSECUENCIAS DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LOS DERECHOS DE SINDICACIÓN.

3.1 Peculiaridades de la subcontratación.

La subcontratación, legítimamente implementada, plantea ciertas dificultades para las relaciones laborales debido a que distorsiona el binomio inicial compuesto entre trabajadores y empleadores, en el cual, el esfuerzo del primero era exclusivamente disfrutado por el segundo.

De ese modo, como expresión fáctica, la subcontratación permite a la empresa principal beneficiarse con el servicio desplegado por el personal del contratista¹⁰ pese a que entre ellos no existe ningún tipo de vinculación. Como es fácil advertir, la original relación bilateral reconocida en el contrato de trabajo, pasa a convertirse en una relación triangular donde una persona distinta al empleador también goza

¹⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús. Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas. En Relaciones Laborales. Año 1992, Tomo I. Pág. 118. Citado por ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit. Pág. 18.

de los beneficios ocasionados por el despliegue de los trabajadores involucrados en el servicio o en la obra.

Sin embargo, pese a que la presencia de los trabajadores de los contratistas es notoria para afianzar la rentabilidad y eficiencia de la empresa principal, éstos no participan de los ingresos a los cuales han contribuido de manera directa o indirecta.

En efecto, las utilidades generadas por la empresa principal no se comparten con los trabajadores del contratista quienes únicamente disfrutan lo que haya generado su empleador. Es mas, la empresa principal muchas veces desconoce el nivel salarial del personal del contratista, aunque esa indeferencia no se presenta al momento de verificar la idoneidad del servicio u obra comprometida.

Lo anterior, fragmenta el esquema clásico del contrato de trabajo donde al trabajador se le reconoce el esfuerzo por haber contribuido a maximizar las rentas del empleador, ya sea a través de una mejora remunerativa o de la participación en las utilidades.

A esta anomalía hay que agregarle el hecho que, a consecuencia del desprendimiento de ciertas unidades productivas, la subcontratación importa una reducción de la nómina de la empresa principal o, en todo caso, el funcionamiento de tal empresa con una planilla reducida. La interrelación entre contratistas y la empresa principal permite que esta última opere con un número reducido de trabajadores, lo que alivia la administración de una planilla extensa y, de otro lado, focaliza la contratación de trabajadores calificados o de personal que a la principal le interesa mantener.

Precisamente, ese afán de preservar en su planilla a personal calificado, ha originado que la empresa principal les brinde condiciones laborales apreciables, lo que evidentemente no sucede con los contratistas, donde el nivel del personal tiene una rotación alta y su retribución es comprimida en comparación con las ventajas del personal de la principal. De esa manera, la conflictividad laboral es trasladada desde la empresa principal hasta la empresa contratista, lo que protege a la primera ya que aleja el conflicto y alivia la carga que ello genera.

Por otro lado, este escenario de remuneración dispar entre el personal de la contratista y de la principal, usual en los esquemas de subcontratación, produce que en un mismo centro de trabajo confluyan dos tipos de trabajadores desde el punto de vista remunerativo: los privilegiados y los precarios¹¹.

Consecuente con lo expuesto, la precariedad del trabajo también se extiende hacia la modalidad de contratación ya que lo usual es que los contratistas contraten a sus trabajadores mediante vínculos temporales, sustentado dicho término contractual en la vigencia de la vinculación del contratista con la principal.

Finalmente, la subcontratación puede presentar un escenario donde el contratista no tenga un gran margen negocial con respecto a la empresa principal, ya sea porque depende económicamente de ella (por ejemplo, en caso sea su único cliente) o por la posición de dominio de la empresa principal en el mercado¹².

Debemos tener en cuenta que en este último escenario no nos encontramos ante entidades fraudulentas sino ante contratistas que, teniendo una real vida societaria, presentan un margen de acción o negocial endeble en comparación con la empresa principal.

La empresa principal no altera la autonomía ni estructura interna del contratista pero, en cambio, tiene un poder económico que impone al momento de pactar la retribución del servicio que decididamente influye sobre las remuneraciones del personal de ésta. En estos casos nos encontramos ante una vinculación comercial netamente subordinada o jerarquizada, donde prima la voluntad de la principal.

¹¹ MONEREO PÉREZ, José Luis. La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos. Madrid., *Ibidem*, 1994. Págs. 27-28. Citado por ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. Cit.* Pág. 20.

¹² Debe tenerse en cuenta que muchas veces la empresa principal es la única expuesta en el mercado debido a que la empresa contratista realiza una labor no exteriorizada, lo que de alguna manera la relega de la participación activa frente a la gran masa de consumidores.

Características de las relaciones laborales en las empresas contratistas

| | |
|---------------------|---|
| Relación triangular | Quien se beneficia con el esfuerzo desplegado por los trabajadores de la contratista no es únicamente su empleador sino también la empresa principal. |
| Contratación | Los trabajadores del contratista pueden ser contratados mediante contratos temporales. |
| Remuneración | Los trabajadores del contratista pasan a percibir menores beneficios que los trabajadores de la empresa principal. |
| Planilla | Se reduce el número de trabajadores vinculados directamente con la empresa principal. |
| Poder negocial | Generalmente el contratista tiene un poder de negociación reducido respecto de la empresa principal. |

3.2 Libertad de sindicación y subcontratación.

Las singularidades que se perciben en el fenómeno de la subcontratación tienen consecuencias nocivas en la libertad sindical, sobretudo en lo que se refiere a la constitución de organismos sindicales o representación de los trabajadores¹³.

En efecto, como ya hemos observado, una de las consecuencias de la subcontratación es el aligeramiento de la nómina de la empresa principal, con lo cual, la libertad de sindicación en tales empresas se ve gravemente condicionada y, en ocasiones, pierde presencia o eficacia. La rebaja de la población de una

¹³ Nos referimos a la libertad sindical en sentido estricto, la que involucra una serie de derechos que pueden ser clasificados en cuatro categorías: (i) dependiendo de su titularidad –individual o colectiva- y (ii) dependiente de su contenido – orgánico o de actividad-. De ese modo, los derechos que se incluyen en la libertad sindical en sentido estricto son los siguientes: de sindicación, de afiliación positiva y negativa, de federación, de reglamentación, de representación, de disolución, de actividad sindical y de gestión. Al respecto, para un estudio más detallado es conveniente revisar VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en el Perú. Lima, Organización Internacional del Trabajo. Año, 1999.

empresa reduce la expectativa de contar con un organismo sindical ya que quizá no exista la suficiente densidad laboral para formar un ente gremial.

A esto, debemos agregarle el hecho que usualmente la mano de obra mayor calificada es la que se mantiene en la principal acompañada de beneficios gratificantes, siendo ésta generalmente cercana a la dirección de la empresa y, por tanto, no mantiene ningún tipo de interés en la formación de un organismo sindical.

Lo expuesto se agrava en el caso que ya exista un ente gremial constituido y, como consecuencia de la subcontratación, éste pierda afiliados o termine con una masa sindical que no supere el mínimo previsto por Ley.

Este problema de disminución de la densidad sindical en el centro de trabajo de la principal se vuelve más preocupante cuando los trabajadores que mantienen su afiliación a un organismo gremial dentro de tal empresa, son involucrados en una labor que se pretende subcontratar, siendo desplazados o transferidos a una empresa contratista.

En nuestra coyuntura, para estos casos, se recurre a la renuncia e inmediata contratación del trabajador en la empresa principal y contratista respectivamente, cuando en realidad nos encontramos ante un mismo contrato de trabajo que únicamente ha mutado en la parte empresarial, manteniendo su continuidad.

Aquí, el contexto sindical sufre un duro revés debido a que el trabajador se instaure dentro de una organización que probablemente no tenga presencia sindical, perdiendo no sólo su afiliación original sino, además, a sus representantes gremiales y a los beneficios que tales representantes procuran para sus afiliados.

De ese modo, el fenómeno de la subcontratación, pese a no tener una motivación antisindical, produce de manera objetiva grietas en el movimiento gremial de las empresas principales ya que dificultan su aparición o merman su consolidación.

Del lado de las empresas contratistas, la situación tampoco es alentadora. En primer lugar, la posibilidad de formación de un sindicato, en ocasiones, se ve mermada

por la presencia de la contratación temporal de los trabajadores, quienes temiendo una represalia del empleador procuran no constituir un organismo gremial. En efecto, los trabajadores de las empresas contratistas generalmente mantienen una vinculación temporal debido a que su vínculo se condiciona a la vigencia de la relación contractual del contratista con la empresa principal. Este panorama del trabajador contratado a un plazo determinado evidencia una precariedad en el puesto de trabajo, lo que sumado a la temporalidad del servicio del contratista desalienta la configuración de entidades gremiales.

Asimismo, en caso el personal de los contratistas decidan constituir un organismo gremial, es probable que en la generalidad de los casos tal constitución no tenga el efecto deseado por los trabajadores: influenciar en la empresa principal.

El actual régimen recogido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo únicamente reconoce – de manera expresa – la posibilidad que un organismo sindical tenga como contraparte a la empresa que congrega en su nómina a sus afiliados. Precisamente, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo tiene como premisa que los trabajadores prestan un servicio directo a determinados empleadores, a los cuales puede emplazar sin intermediarios a través de la acción sindical. Existe, pues, la manera de presionar sobre el empleador y tener un contacto inmediato con él a fin de plantear la reivindicación de intereses gremiales.

De esa manera, los sindicatos constituidos en el nivel negocial de empresa o al interior de ella (categoría o establecimiento) sólo pueden negociar con el empleador de sus afiliados. De igual manera, los sindicatos que trascienden a la empresa (gremio o actividad) únicamente pueden vincularse con los empleadores del personal sindicalizado.

Pues bien, este esquema de modo alguno se adapta a las particularidades de la subcontratación, donde el trabajador es destacado a un centro de trabajo que no pertenece a su empleador y genera riqueza a favor de una persona distinta del contratista.

De esa manera, en caso los trabajadores tengan algún reclamo al propietario o administrador del centro de trabajo, las organizaciones sindicales no tendrán manera

directa de emplazar a la empresa principal en defensa de sus afiliados ya que no mantienen ningún vínculo de carácter jurídico con ellos aunque sí fáctico.

También hemos podido notar que la subcontratación acarrea verdaderas dificultades al movimiento sindical cuando la empresa principal detenta un poder mayor sobre el contratista.

Si la formación de un sindicato tiene por objeto compensar la capacidad negocial entre empleadores y trabajadores ya que los primeros tienen la potestad de incidir sobre la regulación de sus contratos de trabajo, tal propósito se incumple cuando el contratista no tiene mayor margen retributivo que el impuesto por la principal.

Es decir, la retribución que pacte la principal con la contratista contempla un presupuesto que atañe a todos los gastos de la operación (entre ellos los referidos a las planillas de pago), en el cual se incluyen los ingresos de los trabajadores.

Pues bien, si los ingresos del contratista no pueden ser negociados y dependen de la decisión de la empresa principal, es poco probable que los trabajadores organizados puedan acceder a mayores beneficios si el otorgamiento de éstos no depende de su empleador sino de la principal, con la que no tienen la más mínima relación jurídica o contractual.

La subcontratación y su relación con la libertad de sindicación

| | |
|---------------------|---|
| Empresa principal | <ul style="list-style-type: none">• La reducción de la nómina repercute desfavorablemente en la acción sindical• La concentración de personal altamente calificado debilita las expectativas de formación de una entidad gremial. El traspaso de personal evita el conflicto en la empresa principal• e impide la permanencia de la afiliación. |
| Empresa contratista | <p>La contratación temporal impide la consolidación del movimiento sindical.</p> <ul style="list-style-type: none">• Las organizaciones de trabajadores de las empresas contratistas no incide sobre la empresa principal porque los afiliados no• mantienen con ella alguna conexión jurídica sino simplemente de hecho |

3.3 Alternativas de la libertad de sindicación frente a la subcontratación.

Las complicaciones que se presentan en la implementación de la subcontratación para los trabajadores u organismos sindicales, ha llevado a éstos a buscar soluciones que permitan hacer efectiva la acción sindical para el personal de los contratistas.

Es indudable que la primera respuesta de las consecuencias nocivas de la subcontratación tenía que provenir de los principales interesados o afectados¹⁴: existe por parte del personal de los contratistas la necesidad de interactuar con la empresa principal debido a que ésta tendría la posibilidad de mejorar ciertas condiciones labores debido a la vinculación fáctica que los une o debido a la posición de dominio que ostentan dicha empresa con relación a los contratistas.

Sin embargo, la búsqueda no ha tenido únicamente un protagonista gremial: el Estado consciente de las secuelas perniciosas de la figura, ha empezado por tener un activo interés a fin de afrontar tal tema.

Sin embargo, en nuestro país, la regulación de la subcontratación¹⁵ se ciñe casi exclusivamente a enumerar los requisitos necesarios para su configuración, establecer ciertas obligaciones para su contratación o para verificar el cumplimiento de las normas legales que posibilitan su existencia. Tal es el caso, por ejemplo, de las directivas emanadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo Nos. 001-2007/MTPE/2/11.4, 002-2007/MTPE/2/11.4 y 003-2007/MTPE/2/11.4, las mismas que ponen el énfasis en la verificación del cumplimiento de los presupuestos que ameritan la subcontratación de servicios u obras en las actividades de fiscalización laboral.

Por su parte, la Ley 29245, el Decreto Legislativo 1038 y el Decreto Supremo 006-2008-TR, también acentúa su preocupación en la definición de los fenómenos de subcontratación al disponer sus elementos y características esenciales. De ese

¹⁴ Un ejemplo de ello sería la constitución de sindicatos de contratistas, muestra inequívoca de las respuestas gremiales que hacen frente a las nuevas coyunturas que desencadena la subcontratación.

¹⁵ No entraremos a analizar los defectos de tal regulación en nuestro ordenamiento ya que involucra una materia ajena al objetivo del presente trabajo.

modo, entienden al instituto como la contratación de empresas que desarrollan actividades especializadas o ejecuten obras, bajo su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, siendo responsables por los resultados de sus actividades, y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Asimismo, han contemplado una serie de deberes para aquellas subcontrataciones que involucran una actividad principal y un destaque continuo: solidaridad, derecho de información, registro de la empresa contratista, etc.

Como se puede apreciar, nuestras normas o proyectos normativos no hacen un esfuerzo por entender las situaciones o consecuencias que se pueden derivar de la subcontratación y que podrían afectar los derechos colectivos de los trabajadores. Parecen privilegiar la definición del instituto y velar el cumplimiento de los elementos esenciales que lo sustentan, en lugar de regular de manera precisa y contundente las consecuencias de la aplicación del mismo en las relaciones laborales.

Si bien es cierto que Ley 29245, el Decreto Legislativo 1038 y el Decreto Supremo 006-2008-TR contienen mandatos que buscarían la defensa de los derechos sindicales, éstos pierden eficacia debido a las fórmulas generales y abiertas que los dispositivos prevén, lo que les resta total eficacia.

Así, por ejemplo, el artículo 7.3 de la Ley 29245 prevé que la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical. Como consta de una lectura inmediata de la norma, éste presume que la subcontratación puede tener un elemento volitivo contrario a los derechos colectivos de los trabajadores, con lo cual, regula una situación anómala y maligna de la figura, donde ésta tiene como eje principal dañar intencionalmente las estructuras sindicales de los trabajadores. En definitiva, el esquema propuesto por la Ley evade afrontar aquellas situaciones donde no existe el más mínimo interés en atropellar los derechos sindicales pero que presentan consecuencias funestas para la actividad sindical en la empresa principal como en la contrata.

Como se puede apreciar, los esfuerzos normativos de modo alguno regulan de manera efectiva o concreta las posibles alteraciones de los derechos sindicales, máxime si éstas pueden ocasionarse con prescindencia de la motivación antilaboral del empleador o de la empresa principal.

Frente al escenario normativo endeble que nuestro ordenamiento presenta para afrontar el tema de la subcontratación y sus efectos sobre el derecho de sindicación, existen formas de permitir la consolidación de un movimiento sindical efectivo por parte de los trabajadores que pertenecen al contratista y, con ello, lograr la efectividad de sus derechos colectivos.

Tales supuestos son los que pasamos a enumerar a continuación:

a. El sindicato de contratistas.

Como ya hemos mencionado, las contratistas permiten a la empresa principal aliviar los conflictos que pudieran sucederse en su centro de trabajo a través de la dispersión de la densidad laboral hacia otros empleadores. Ello, naturalmente, impide que los trabajadores de los contratistas mantengan un esquema de interrelación con la empresa principal ya que formalmente no es su empleadora.

Incluso, en el caso que los trabajadores de un contratista decidieran formar un sindicato, la interacción con la empresa principal sería básicamente nula debido a que tal organismo gremial se concentraría en el empleador de los trabajadores, es decir, en el contratista.

Pues bien, una posibilidad de agrupar los esfuerzos de los trabajadores de los contratistas que brinden servicios a una determinada empresa principal es formalizando un ente gremial único que los represente a todos. Es decir, los trabajadores de los contratistas se concentrarían en un mismo ente gremial que canalice sus problemas frente a sus empleadores y a la empresa principal.

Esta entidad gremial combatiría la dispersión de la densidad laboral y propiciaría una unidad de tal magnitud que obligaría a los contratistas y a la empresa principal a coordinar estrategias de acción a fin de analizar sus reivindicaciones.

Claro está, que tal entidad debería tener una estructura singular que le permita la consecución de sus fines. En primer lugar, el sindicato de contratistas podría configurarse por locaciones geográficas o por centros de trabajo. Si la actuación de la empresa principal y de los contratistas se focaliza en un determinado ámbito geográfico, será ideal pensar en una entidad gremial que extienda su representación a una determinada localidad. De lo contrario, bastaría con focalizar la representación en un determinado centro de trabajo donde concurren los trabajadores de la contratista a laborar.

En segundo lugar, debería únicamente afiliarse a los trabajadores que realizan sus servicios en los centros de trabajo de propiedad o bajo la administración de la empresa principal. En nuestra opinión, los trabajadores de las contratistas que no son destacados al centro de trabajo de la principal no tienen la necesidad de afiliarse a este organismo debido a que no mantienen ningún tipo de relación fáctica con la empresa principal. Precisamente, lo que se busca a través de este organismo es interactuar con la principal ya que los trabajadores brindan servicios en su centro de trabajo y podrían pretender obtener ciertas condiciones más favorables en el desarrollo de su labor.

En nuestro país, poco a poco, se empieza a reconocer los sindicatos de contratistas pese a que nuestra legislación no los prevé expresamente. En efecto, ninguno de los supuestos contemplados en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo encaja con la descripción del sindicato de contratista. Sin embargo, en muchas dependencias regionales los sindicatos de contratistas han sido asumidos como sindicatos de actividad y registrados bajo dicha tipología¹⁶.

b. Las secciones sindicales.

Otra posibilidad de interrelación de los trabajadores pertenecientes a los contratistas con la empresa principal, sería la posibilidad de configurar en el centro

¹⁶ Ello ocurrió en la ciudad de Cerro de Pasco, por parte de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de tal localidad, referido al Expediente No. 019-2005-SDNCRG/PAS.

de trabajo de la empresa principal secciones sindicales de los organismos gremiales constituidos en las contratatas.

En efecto, el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que *“Tratándose de sindicatos de alcance local, regional o nacional, los trabajadores afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que labore, la que ejercerá su representación al interior del mismo.”*

Esta posibilidad tiene como premisa la existencia de un sindicato en el contratista de alcance local, regional o nacional, que representa a los afiliados que son desplazados al centro de trabajo de la empresa principal.

En dichas circunstancias será totalmente válida la constitución de una sección que tenga por objeto sensibilizar al ente gremial de grado superior de las vicisitudes de las tareas afrontadas en el centro de trabajo de la empresa principal. Quizá la sección no mantenga con la empresa principal una interacción intensa o constante pero sí con el órgano gremial que permitió su configuración, motivo por el cual, su principal papel será estar atenta a las necesidades que requieran satisfacer los afiliados en el desarrollo de sus actividades.

Ahora bien, para que las secciones sindicales puedan tener una actividad realmente relevante es necesario que la empresa principal le otorgue una serie de facilidades que permitan ejecutar sus propósitos. De ese modo, se podría facilitar el uso del local de la principal, del periódico mural, acceso a Internet y al correo electrónico, etc.

c. El desplazamiento de la representación a los sindicatos de la empresa principal¹⁷.

Esta propuesta implica que los trabajadores de los contratistas carezcan de representación sindical y, por ello, quienes asumen el rol de representación en tales circunstancias sean los representantes gremiales de la empresa principal.

¹⁷ SORIANO CORTÉS, Dulce. Las contratatas en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Andalucía, 2006. Págs. 254-255.

En otras palabras, *“en los supuestos de que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan [el] centro de trabajo.”*¹⁸

Esta interesante posibilidad tiene recepción legislativa en el Estatuto de Trabajadores de España y tiene como premisa la existencia de un organismo gremial en el centro de trabajo de la principal y, además, una estrecha colaboración del sindicato de la principal con los trabajadores de los contratistas.

De ese modo, el sindicato de la empresa principal asume la defensa de las reivindicaciones de los trabajadores de los contratistas vinculados a las necesidades que aparezcan en el desarrollo de las actividades en el centro de trabajo.

d. Permanencia de la representación gremial en caso de sucesión de contratistas

Una opción que también es recogida por el Estatuto de Trabajadores de España es la continuidad de la representación sindical en los casos que exista un cambio en la titularidad del contratista o una transmisión de empresas que involucre a la contrata¹⁹.

Precisamente lo que se quiere evitar en estos casos es que el cambio de titularidad del empresario extinga los mandatos de los representantes gremiales de los trabajadores.

Para ello, se debe considerar que esta posibilidad en realidad contiene dos situaciones: (i) el derecho del colectivo de trabajadores a no verse afectado por la transmisión y, por ende, a conservar las instituciones representativas; y (ii) el derecho de los representantes de los trabajadores a no perder sus potestades ni medidas de protección con ocasión de la transmisión de la empresa.

¹⁸ SORIANO CORTÉS, Dulce. Op. Cit. Pág. 254.

¹⁹ SORIANO CORTÉS, Dulce. Op. Cit. Pág. 260.

Como se puede apreciar, esta posibilidad refuerza la representación de los trabajadores ante un escenario de sucesión de contratistas, la que no implicará de manera inmediata la pérdida de los representantes sindicales y, con ello, impedirá la merma de la actividad sindical ya ganada y consolidada en la anterior contrata.

e. Sindicación conjunta

Una alternativa de los trabajadores para afrontar las repercusiones de la subcontratación es la sindicación conjunta entre el personal de la empresa principal y los trabajadores de los contratistas. En efecto, esta opción tiene como peculiaridad la conformación de un sindicato donde los afiliados tengan en común desplegar un esfuerzo (directo o indirecto) a una o varias empresas principales, pese a que no todos mantienen una vinculación contractual directa con ella o ellas.

En este escenario el punto de eje para la sindicación no es la realización de una actividad similar por parte de los afiliados (sindicato de gremio), como tampoco que los empleadores realicen operaciones afines (sindicato de actividad). El interés común a los afiliados es, mas bien, la ejecución de tareas a favor de una misma empresa principal o de varias de ellas.

Así, podríamos pensar en un sindicato que agrupe a los trabajadores de diversas empresas principales conjuntamente con las personas que pertenecen a los contratistas.

Al respecto, existe ya una experiencia producida en Colombia, donde la autoridad administrativa de tal país, denegó la inscripción de una organización que afiliaba simultáneamente a trabajadores de empresas farmacéuticas y a trabajadores de empresas temporales (“*services*”) debido a que los afiliados pertenecían a empresas que no realizan la misma actividad.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, en el Informe No. 349, Caso No. 2556 señaló que “*los trabajadores (...) deberían gozar del derecho de constituir la organización de industria que consideren conveniente, desde el momento que todos ellos desempeñan sus labores en el seno de empresas farmacéuticas,*

independientemente del tipo de relación que los une a las mismas.” Agrega el Comité que *“la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades.”*

4. CONCLUSIONES

- a. Nuestro ordenamiento no plantea una regulación integral a la problemática de las subcontrataciones. Simplemente regula esta materia tomando en consideración los elementos esenciales que conforman tal fenómeno y prevé algunas respuestas a las anomalías que se presentan en su implementación cuando ésta tiene una finalidad antisindical o antilaboral.
- b. En ningún momento se ha planteado la necesidad de regular este instituto tomando en consideración que su presencia no responde siempre a una intencionalidad nociva para los trabajadores. La subcontratación por sí sola acarrea consecuencias graves para las relaciones laborales –en particular los derechos de sindicación- con prescindencia de su motivación.
- c. Quizá la consecuencia más perjudicial de la subcontratación sea la rebaja de la planilla en la empresa principal, lo que irremediabilmente quiebra la expectativa de un movimiento sindical consolidado dentro de ella.
- d. Por el lado de la contratista, la actividad sindical no alcanza a tener mayor influencia en la empresa principal debido a que nuestro esquema de sindicación no prevé como contraparte a un sujeto distinto al empleador.
- e. Existen medidas destinadas a permitir la interrelación entre los trabajadores de los contratistas y la empresa principal, pero éstas aún no tienen, en nuestro país, un eco legislativo ya que nuestro ordenamiento se ha centrado en regular las motivaciones ilegales de la subcontratación mas no las consecuencias graves que dicha figura tiene pese a que su implementación es legítima.

El Artículo 62 de la Constitución, su aplicación a los contratos de trabajo y a las normas que modifican las relaciones individuales de trabajo

Roberto Juan Servat Pereira de Sousa

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, ante la reforma de la legislación laboral en materias puntuales tales como la normatividad especial para las micro y pequeñas empresas, la solidaridad de pago de los beneficios legales en la tercerización con desplazamiento de personal o la posible limitación de los contratos de trabajo de exportación no tradicional, entre otros, que ha surgido como una acción natural de los actores sociales frente a la falta de definición y voluntad política de aprobar una Ley General de Trabajo postergada por años que regule las mismas, una serie de iniciativas que buscarían reformar algunos artículos del actual texto constitucional (especialmente en el capítulo económico), llegándose hasta formular el retorno integral a la Constitución del año 1979, lo cual traería de por sí un cambio en la regulación laboral.

Es así que, sea por una modificación de leyes de trabajo o por una reforma constitucional total o parcial, resulta relevante analizar, al amparo de la normatividad vigente, hasta qué punto los cambios que puedan introducirse en las relaciones laborales, más específicamente en los contratos de trabajo, estarían limitadas en su eficacia por la protección de la denominada intangibilidad o inmutabilidad de los contratos consagrada en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado.

Recordemos que el citado artículo 62 recoge dos supuestos sobre la denominada intangibilidad o inmutabilidad de los contratos: en el primer párrafo trata sobre los contratos en general, y en el segundo párrafo, regula los denominados contratos ley.

Con respecto a los contratos ley, que no es materia de atención del presente trabajo, debemos mencionar que estamos ante contratos que celebra el Estado con particulares con la finalidad de otorgar estabilidad jurídica en diversos campos relacionados con la operación económica que desarrollará en nuestro país el inversionista nacional o extranjero.

Podemos afirmar que el Estado, con la celebración de dichos contratos, luego de evaluar los beneficios y sacrificios que representan las obligaciones contractuales durante el tiempo pactado, se somete a las reglas de los particulares para otorgar seguridad jurídica al inversionista, es decir, estabilidad para el privado, que le permitirá evitar los cambios de reglas en el tiempo, creando una protección a través de la ultractividad de las reglas pactadas. Esto permite al inversionista confiar y planificar su actividad económica, y al Estado, garantizar la inversión y el desarrollo económico del país. Los contratos ley han tenido un desarrollo normativo en el artículo 39 del Decreto Legislativo No. 757.¹

En líneas generales, los autores coinciden en la conveniencia que el Estado tenga este mecanismo jurídico que contribuya a la captación de capitales y dirigir las inversiones de aquellas actividades que tienen una importante participación en el desarrollo económico y social del país. Tema aparte, que para nosotros no afecta la validez jurídica y conveniencia de la regulación de los contratos ley, es la evaluación que se viene realizando en esferas políticas sobre la adecuada negociación que hizo el Estado peruano al celebrar algunos de los convenios de estabilidad en la década del noventa.

¹ Decreto Legislativo No. 757. Artículo 39.-"Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo de partes".Código Civil. Artículo 1357.- "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".

En cambio, el supuesto regulado en el primer párrafo del artículo 62 del texto constitucional, sobre la intangibilidad de los contratos en forma general, a diferencia de los contrato ley, tiene, en nuestra opinión, serios cuestionamientos sobre su conveniencia, validez y efectos legales en la esfera del Derecho del Trabajo.

Cabe mencionar que el presente trabajo, a pesar de reconocer que el artículo bajo comentario incluye a todo tipo de contratación, se enfocará únicamente en su repercusión con respecto al contrato de trabajo, y determinar si es correcto afirmar que, las recientes modificaciones a normas que afectan las relaciones individuales de trabajo, y otros cambios legislativos que podrían darse en el futuro, no serían de aplicación a las relaciones laborales vigente por la protección del artículo 62.

2. TEORÍAS DE LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

El primer párrafo del artículo 62 de nuestra Constitución señala que “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes y otras disposiciones de cualquier clase (...)”.

A partir de lo dispuesto, resulta conveniente analizar el mismo y si tiene algún efecto con respecto a la aplicación de las normas en el tiempo, para lo cual, es necesario previamente evaluar en forma breve las dos teorías sobre la materia, es decir, la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos.

2.1. Teoría de los derechos adquiridos

La inmutabilidad de las normas bajo las cuales se adquieren derechos o crean relaciones jurídicas, permite cumplir con el objetivo de otorgar a las personas una seguridad en un sistema jurídico. Esta teoría sostiene que “una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden modificarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico

que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido.”² Como se desprende, esta teoría busca proteger la seguridad y estabilidad de los contratantes conforme a lo acordado al momento de la celebración del contrato, pacto que recoge beneficios contenidos en la legislación.

Se entenderá un derecho adquirido como aquellos que “(...) han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquél de quien los tenemos”³.

Sobre el origen del derecho adquirido en materia laboral, parte de la doctrina excluye su nacimiento a una norma en el sentido amplio, rescatando que éste debe nacer necesariamente de un contrato de trabajo, un convenio colectivo o una costumbre laboral, pero otras posturas doctrinarias admiten su origen a las diferentes fuentes del Derecho del Trabajo.

Con respecto a la finalidad de la teoría de los derechos adquiridos, podemos señalar que la norma bajo la cual nació el derecho, y que ya entró al dominio de las partes, continúa rigiendo mientras tal derecho surta efectos, aunque en el trayecto exista un momento en el que dicha norma haya sido derogada o sustituida.

2.2. Teoría de los hechos cumplidos

La teoría de los hechos cumplidos, a diferencia de la de los derechos adquiridos, destaca la naturaleza innovadora de la norma, privilegiando su aplicación inmediata frente a la ultractividad de las derogadas. Esta teoría se sustenta en el postulado que las leyes posteriores deben suponerse mejores que las anteriores, con lo cual deben aplicarse de manera inmediata.

Así tenemos que la teoría de los hechos cumplidos “sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Entonces si se genera un derecho bajo una primera ley y

² RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 2007. p. 27.

³ *Idem*.

luego de producir cierto número de efectos dicha ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a ésta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho que de que se trate”⁴.

El origen de esta teoría provendría del respeto hacia el *ius imperium* del Estado en cuanto al respeto a las leyes de orden público vigente. Adicionalmente a lo manifestado, recogiendo lo señalado por Marcial Rubio Correa, la teoría privilegia la transformación del Derecho al impulso del legislador.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta teoría plantea la existencia de una retroactividad prohibida cuando una norma nueva suprime o altera los efectos producidos por un hecho posterior. En consecuencia, el nuevo precepto no puede alterar hechos, situaciones o relaciones ya verificadas, así como tampoco modificar las consecuencias realizadas.

3. ¿QUE TEORÍA CONSAGRA LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

De la revisión de los fundamentos de las dos teorías desarrolladas sobre la aplicación de la norma en el tiempo, se puede advertir que éstas no son excluyentes si tomamos en cuenta que la norma siempre se aplica a los hechos ocurridos durante su vigencia. A partir de ello, para ambas teorías, el problema radica en el conflicto en cuanto a la aplicación de una ley a un determinado contrato una vez producido un cambio de regulación.

Este conflicto se evidencia ante el hecho que la teoría de los derechos adquiridos alega que la regla original debe ser aplicada ultractivamente, mientras que la teoría de los hechos cumplidos señala que los hechos, situaciones o relaciones jurídicas se deben regir por la ley vigente, es decir a partir de una aplicación inmediata, y no por la norma que reguló tal situación.

Si bien no tenemos una norma constitucional que trate sobre el conflicto en la sucesión de normas, y que nos permita advertir con facilidad la teoría recogida,

⁴ Ibidem. p. 29.

algunos autores consideran relevante analizar los artículos 103 y 62 de la Constitución, como lo realizaremos a continuación.

Así tenemos que, el segundo párrafo del artículo 103 precisa que “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

La cita constitucional reconoce en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación inmediata de la norma, teniendo como excepción la retroactividad en materia penal. Esta propuesta normativa se confirma con la redacción del tercer párrafo del citado artículo constitucional que reconoce que “la ley se deroga sólo por otra ley”, con lo cual queda reconocida que las nuevas normas se aplican en forma inmediata reemplazando la anterior.

La regulación sobre aplicación inmediata de la ley expuesta en el párrafo anterior, ha permitido que los estudiosos del Derecho puedan presumir por vía interpretativa (aunado al desarrollo de normas infra constitucionales) que la teoría general adoptada por nuestra actual Constitución es la de los hechos cumplidos.⁵ Asimismo, las últimas modificaciones que reconoce como excepción para materia provisional la teoría de los derechos adquiridos, fortalecería esta posición.

⁵ Cabe señalar que en la normativa infra constitucional de naturaleza sustantiva se ha recogido la teoría de los hechos cumplidos. Así tenemos que el numeral III del Título Preliminar del Código Civil señala que “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”. Esta regla es confirmada por la Disposición Transitoria del artículo 2121 del referido código al señalar que “A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Sin embargo el artículo 2120 del Código Civil aceptaría la teoría de los derechos adquiridos pues precisa que “Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este código no los reconozca”. No obstante que la redacción podría conllevar una contradicción dentro del código sustantivo, consideramos que para descartar esta posibilidad sería necesario realizar una interpretación histórica para determinar que el citado artículo 2120 constituye una trascripción del artículo 1826 del Código Civil de 1936, de tal manera se debe entender que este artículo aludía a que cuando el Código Civil no regulaba derechos si reconocidos en el código anterior (en este caso el Código Civil de 1854) éste los seguía regulando en forma ultractiva.

Sin embargo, el principio de intangibilidad de los contratos recogido en el primer párrafo del artículo 62 del texto constitucional, permite que las normas derogadas, pero vigentes al momento de la celebración del contrato, sean aplicables a los hechos derivados de la relación contractual, con lo cual, si bien estamos ante un artículo que versa sobre contratos y no leyes (a diferencia del artículo 103) podría hacernos incurrir que abrazaría la teoría de los derechos adquiridos.⁶

En ese sentido, consideramos que si bien el ordenamiento jurídico se ha inclinado por la teoría de los hechos cumplidos como principio regulador de la aplicación de las normas en el tiempo, en el caso de la regulación del artículo 62 de la Constitución nos encontramos frente a una regulación particular para materia contractual, y no de leyes, por lo cual es necesario analizar el alcance del mismo cuando una ley posterior busca modificar lo pactado en el contrato de trabajo. De este modo, la norma en mención debe ser entendida como una especial “para los contratos, frente a la regla general contenida en el artículo 103 de la Constitución y aplicable a las demás circunstancias.”⁷

Bajo este orden de ideas, y retomando el tema central del trabajo relativo a los alcances del primer párrafo del artículo 62 con respecto al contrato de trabajo, se podría advertir a primera lectura que para estas relaciones contractuales la teoría aplicable sería la de los derechos adquiridos y no la de los hechos cumplidos. Vamos apreciar en las líneas siguientes que esta apreciación no resulta necesariamente válida para los contratos de trabajo.

⁶ Según NEVES MUJICA, Javier. La Constitución ha asumido expresamente en el artículo 62 una teoría sobre la vigencia de las normas en el tiempo, que es la de los derechos adquiridos, de tal manera que “en adelante, todo el ordenamiento vigente al momento de celebrar un contrato acompañará el desarrollo de la relación subsiguiente mientras ésta exista, independientemente de que aquél sea sustituido por otro ordenamiento más o menos favorable”. En “La Negociación y el Convenio Colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993”; Asesoría Laboral, enero, 1994. p.29.

⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la norma jurídica en el tiempo. Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 2007. p. 42.

4. ¿ES APLICABLE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS A LOS CONTRATOS DE TRABAJO?

4.1. La Autonomía de la Voluntad en los Contrato de Trabajo

Como bien se puede apreciar, el primer párrafo del artículo 62, norma bajo análisis, alude a dos aspectos a partir de los cuales, consideramos, se delimitará su aplicación, tal como son la libertad de contratar y como consecuencia lógica de ésta, el contrato.

Al referirnos a la autonomía de la voluntad, damos relieve a la voluntad real o psicológica del agente, la cual al no ser manifestada o declarada mediante un acto jurídico no crea efectos jurídicos.⁸ Es importante indicar que la manifestación de voluntad, no es sólo una simple manifestación sino que realizada a través del acto jurídico, expresa la intención de obligarse válidamente a algo en sentido definitivo, de tal modo que el sujeto quede vinculado por su declaración.

Con la manifestación de voluntad los sujetos no se limitan a comunicar sus intenciones sino a regular sus relaciones. “Lo que está garantizado y tutelado por el Derecho no es la simple manifestación de voluntad sino la manifestación vinculante de intereses. Así el itinerario que recorre la voluntad concluye en una decisión cuya exteriorización constituye un precepto de autonomía privada, como podría ser un contrato cualquiera.”⁹

En materia contractual, la autonomía de la voluntad privada comprende a la libertad de contratar y a la libertad contractual. La primera de ellas ha sido reconocida como un derecho fundamental en nuestra Constitución en el numeral 14 del artículo 2.¹⁰

⁸ FERRI Luigi, citado por TORRES, Anibal. Acto Jurídico. Editorial San Marcos, 1998. p. 93.

⁹ TORRES, Anibal. Acto Jurídico. Editorial San Marcos, 1998. p. 94.

¹⁰ “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:(...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan normas de orden público. (...)”

Para la mejor comprensión de ambos conceptos, resulta conveniente remitirnos a pronunciamientos que sobre la materia ha expedido el Tribunal Constitucional peruano. Así tenemos que, la libertad de contratar, como señala este órgano, es también llamada “libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata”¹¹, la misma que comprende a “la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato”.¹²

Puede apreciarse que la libertad de contratar como derecho, le permitiría a una persona decidir respecto a cómo contratar. Es a partir de ello que se ha establecido en el Código Civil que el contrato es “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”¹³, acuerdo que emana de la autonomía de la voluntad.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho Civil, en el cual predomina la autonomía de la voluntad y es la que determina el contenido de los contratos, en materia laboral, “la reducción de la autonomía privada en el contrato de trabajo ha sido uno de los elementos que ha dado sustantividad propia al Derecho del Trabajo que surgió contra el imperialismo del contrato, por negar en el contrato de trabajo el predominio de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora y restringir la aplicación del “dogma” civil de la autonomía de la voluntad”.¹⁴

“El papel regulador de la autonomía privada individual en el contrato de trabajo, y por ello el espacio de la libertad contractual, ha sido una variable dependiente de la dinámica evolutiva de dos sistemas normativos heterónomos, la ley y la contratación colectiva, dando lugar a un alto grado de regulación heterónoma del contrato de trabajo”.¹⁵

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2185-2002-AA/TC.

¹² Idem.

¹³ Artículo 1351 Código Civil.

¹⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”; en: Los principios del derecho del trabajo, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 107.

¹⁵ Ibidem. p. 108.

Dentro de esta regulación heterónoma que restringe la autonomía de la voluntad en la contratación laboral, deberá tenerse en cuenta el grado de imperatividad o dispositividad de la misma.

A partir de ello, dicha autonomía estará delimitada por diferentes tipos de normas, que podrán ser “normas de derecho dispositivo, que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución); derecho necesario relativo, que fijan pisos a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de esta queda prohibida; máximos de derecho necesario, que establecen techos a la autonomía privada, que no puede sobrepasar; y derecho necesario absoluto, que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada. La gran masa de normas laborales es del segundo tipo”.¹⁶

Como se desprende de lo señalado, la autonomía de la voluntad derivada en el contrato de trabajo ocupa un espacio de “complemento” y concurrencia con productos normativos como la ley y/o el convenio colectivo. A partir de ello, “el espacio que le queda es limitado: (por lo que) puede ocuparse de lo no previsto por las normas, o de lo previsto dispositivamente por ellas (en este caso en cualquier sentido) o de lo previsto con imperatividad relativa (pero entonces, solo en sentido de mejora de piso)”.¹⁷

Adicionalmente, en doctrina se ha precisado que en muchos casos, por la desventaja que se encuentra el trabajador frente al empleador al momento de la negociación del contrato de trabajo, especialmente por la necesidad de obtener el empleo, pueden darse vicios del consentimiento, que afectan el contenido del pacto, viéndose obligado el trabajador aceptar condiciones desfavorables.

4.2. El Artículo 62 y los Contratos de Trabajo

Luego de analizar las particularidades que se presentan en el nacimiento del contrato de trabajo con respecto a la autonomía de la voluntad de las partes, auna-

¹⁶ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, 2004. p. 48.

¹⁷ *Ibidem*. p. 84.

da a las situaciones propias que pueden afectar la negociación teniendo en cuenta la desigualdad de los sujetos de la relación laboral, debemos analizar si el primer párrafo del artículo 62 que recoge el principio de intangibilidad de los contratos, impediría que una nueva legislación laboral afecte lo pactado en el contrato de trabajo, especialmente cuando lo acordado recoge derechos o beneficios consagrados en normas de orden público vigente al momento de su celebración.

Como puede apreciarse del tenor de la primera parte del artículo 62 de la Constitución, se reconoce expresamente el carácter intangible del contrato, de tal manera que no admitiría ninguna posibilidad de modificación del mismo durante su vigencia, a partir de lo cual se puede concluir que “se establece una regulación complementaria según la cual los términos en que fue pactado un contrato no pueden ser modificados por leyes o disposiciones posteriores de cualquier clase”¹⁸, con lo cual “se garantiza la santidad del contrato”.¹⁹

Este artículo constitucional, en materia laboral, tiene un desarrollo legal a través de la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que dispone lo siguiente: “A efectos de lo dispuesto en el artículo 62 de la misma, debe entenderse que la Ley Laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso”.

En ese sentido, a partir de una lectura conjunta del artículo 62 de la Constitución con la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se entendería que en materia laboral, solamente si se incorpora en forma expresa en el contrato de trabajo la ley laboral, el mismo se mantendría intangible. Bajo este orden de ideas, si las partes, no han acordado “contractualizar la ley laboral” se admitiría la modificación porque se ha dejado de lado la posibilidad de hacerlo en forma autónoma, por tanto ambas prefieren el interés colectivo, el cual podría entenderse a partir de la dación de una ley. En caso las partes hayan acordado “contractualizar” la ley laboral, de

¹⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Editora RAO S.R.L.. Quinta Edición, 1999. p. 362.

¹⁹ CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Editorial Grijley. Cuarta Edición, 1997. p. 114.

acuerdo a lo señalado, se rechazaría la modificación porque prima el interés individual.

Sin perjuicio de lo señalado, en nuestra opinión, la citada Disposición es contraria al texto constitucional por las siguientes razones:

- a. Si bien estamos ante una norma de desarrollo del artículo constitucional, la Disposición va más allá de ésta (que versa sobre materia contractual y no de sucesión de normas en el tiempo) al pretender establecer la posibilidad de acogerse vía pacto la aplicación inmediata de la ley (hechos cumplidos) o a la teoría de los derechos adquiridos. Sin embargo, el propio texto del artículo 62 de la Constitución no reconoce excepción alguna como si lo hace la Disposición bajo comentario. En otras palabras, la norma legal regula un supuesto contrario a la norma constitucional que debe desarrollar.
- b. Establece un requisito para la aplicación del artículo 62 que no aparece en el texto constitucional, y que no se condice con la naturaleza jurídica del contrato de trabajo. Es así que la Disposición legal señalaría que para que sea aplicable la teoría de los derechos adquiridos, las partes de la relación laboral tendrían que acordar pactar en forma expresa la incorporación de la ley laboral.²⁰

En nuestra opinión y tal como lo hemos desarrollado líneas arriba, al tratar sobre la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, las particularidades propias del carácter protector del Derecho del Trabajo, hace que en las relaciones laborales se incorporen automáticamente al contrato la legislación laboral de orden público, no siendo necesario su incorporación expresa en el texto del mismo, más aún, cuando por su naturaleza de contrato realidad no se requiere formalizar el mismo a través de la suscripción de un documento.

²⁰ Entendemos que la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al referirse a la incorporación de la ley laboral al contrato de trabajo, no permitiría que este requisito se cumpliera con una simple remisión – como se acostumbra en los contratos de trabajo, civiles o comerciales – al carácter supletorio de la legislación vigente. Tampoco podemos aceptar como pretendería esta Disposición que tal incorporación dejaría de tener un carácter puramente convencional al poder primar sobre una norma posterior.

La heteronomía de las normas laborales, conforme a lo determinado en la doctrina tiene como finalidad “corregir la debilidad contractual del trabajador y reestablecer en el plano formal una paridad entre los contratantes que no existe en los hechos”²¹, toda vez que los contratos de trabajo no se rigen por la autonomía de la voluntad. De este modo, podemos afirmar que la heteronomía, en cuanto al establecimiento de normas de derecho necesario relativo, “está íntimamente conectada a la estructura desigual”²² de las reglas de juego en las relaciones de trabajo.

No comprendemos por otro lado, cuál sería el criterio jurídico o lógico, en el hipotético caso que sea válido, para que este requisito de incorporación de la legislación al contrato sea exigido para los contratos de trabajo y no para otros tipos de contratos, cuando es en lo laboral donde por la desigualdad de las partes resulta más difícil la negociación, y por ende, la inclusión expresa de términos en beneficio del trabajador.

Es más, esta “contractualización de la legislación laboral”, podría prestarse, siendo un documento privado, ha convertirse en un mecanismo perverso ante la amenaza o posibilidad de una modificación legislativa en materia laboral, porque permitiría a un mal empleador “exigir” al inicio o durante la relación laboral incluir en el contrato leyes laborales menos protectoras o excluir expresamente del contrato leyes laborales más protectoras, según como venga la modificación legal que se discute en el Congreso de acuerdo a los intereses del contratante.

Por consiguiente, en base a los argumentos legales expuestos, podríamos afirmar que la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral al ser contraria al texto del artículo 62 de la Constitución no es oponible ni puede limitar los alcances del mismo, de tal manera que la regla de los contratos de trabajo es la intangibilidad de los contratos, no debiéndose exigir “contractualizar la ley” para que prime sobre la nueva normatividad.

²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”; en: Los principios del derecho del trabajo, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 110.

²² Ibidem. p. 111.

No obstante ello, aunque reconozcamos que el artículo 62 consagra la intangibilidad de los contratos de trabajo, y que lo pactado de origen legal (vigente al momento de su celebración) prevalecería sobre la nueva norma laboral que busque modificar el mismo, consideramos, como desarrollaremos a continuación, que existen fundamentos legales sólidos que nos permitirán precisar que ello no es siempre de aplicación para los contratos de trabajo.

4.3. Las normas de orden público y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales

El artículo 62 se encuentra ubicado en la parte dogmática del texto constitucional y tiene un efecto general para cualquier tipo de contratación, incluyendo el contrato de trabajo. Sin embargo, es necesario indicar que cualquier análisis del referido artículo tiene que comprender lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución que determina que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Esto ha sido precisado, también, por el propio Tribunal Constitucional en diversas sentencias, señalando que en ningún caso ambos artículos pueden ser tomados de manera independiente, sino de manera conjunta. A partir de lo expresado, es evidente que de la interpretación sistemática de los citados artículos no se pretende “que las partes acuerden por decisión propia, regular su conducta de manera distinta de cómo estableció el legislador”.²³

Por otro lado, deberá tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional²⁴, en el sentido que la libertad de contratar no puede contravenir las leyes del orden público, esto es, las normas que contienen los valores y reglas esenciales de la vida en común.

A partir de este criterio jurisprudencial, el orden público puede convertirse en una carga que limita la libertad de contratación, por ello las personas deben ser

²³ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones De Palma, 2da Edición 1978. p. 128.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente No. 3283-2003-AA-TC.

concientes que no pueden imponer sus intereses individuales frente a dicho orden y, es más, que el Estado debe dar primacía al orden público cuando los particulares pretendan enfrentarlo con derechos puramente individuales aunque aparezcan en los contratos.

En lo que respecta a la interpretación del artículo 62, dicho órgano jurisdiccional nos dice que si bien en la Constitución la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato, y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicho derecho no es ilimitado.²⁵

En atención a lo desarrollado, si bien el mandato del artículo 62 consagra la intangibilidad de los contratos, ésta no es absoluta, toda vez que su regulación se encuentra sujeta a normas de orden público, que en el caso del Derecho Laboral se “aplican necesaria, directa e inmediatamente al contrato, y se imponen a la voluntad de las partes del contrato”²⁶. Por tanto, a pesar que no exista una norma específica que nos permita la exclusión del contrato de trabajo de la aplicación del artículo constitucional referido, el mismo no puede tener el adjetivo de inmodificable.

Conforme se recoge al citar a Rubén STIGLITZ²⁷, todo contrato siempre está sometido a un orden público, que de acuerdo con las circunstancias que rodean determinadas coyunturas pueden variar. Consideramos que estas situaciones son mucho más evidentes y relevantes en materias como la laboral, que regulan conductas humanas y que busca a través del Derecho crear mecanismos de protección y de igualdad entre los trabajadores, como medios de obtener un desarrollo personal y familiar a través del trabajo, y un mecanismo eficaz y eficiente de distribución de riqueza y justicia social en una sociedad.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente No.2670-2002-AA-TC.

²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”; en: Los principios del derecho del trabajo, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 113.

²⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La intervención estatal y la intangibilidad contractual laboral: ¿Hacia una modificación constitucional y legal? En Asesoría Laboral, abril 1999. p. 29.

Por lo que, en nuestra opinión, el mecanismo jurídico que sustentaría la no aplicación de un artículo constitucional a un caso concreto, es a través de la oposición de otro artículo constitucional que por criterios objetivos debe primar sobre el cuestionado. Es así que hay dos artículos constitucionales que nos permite alegar porque no es siempre de aplicación el primer párrafo del artículo 62 a los contratos de trabajo, que son el artículo 2 numeral 14 y el artículo 26 numeral 2 de la Constitución.

El numeral 14 del artículo 2, desarrollado párrafos arriba, exige que toda contratación debe respetar las leyes de orden público, conforme lo ha determinado la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Siendo éste un artículo que consagra los derechos fundamentales de la persona, no puede ser obviada por otra norma del texto constitucional.

Con respecto al otro artículo citado de la Constitución, es decir el numeral 2 del artículo 26 que estipula el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley²⁸, si bien consagra una norma de orden público de obligatorio cumplimiento, ésta además forma parte de los principios constitucionales del Derecho del Trabajo, y por tanto, por su especialidad, también resulta oponible al primer párrafo del artículo 62 bajo comentario.

Recordemos que el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales recogido en el texto constitucional, que contiene lo que se ha llamado el “orden público laboral”, dispone que el trabajador no puede exonerarse de beneficiarse con los derechos laborales de origen constitucional o legal, pues al permitirlo, carecería de eficacia la legislación laboral que con este principio busca atenuar la condición de desigualdad entre el empleador y el trabajador.²⁹

²⁸ La irrenunciabilidad de los derechos guarda directa relación con el principio de progresividad de los derechos laborales que es unidireccional, es decir, “dirigido a los empleadores con su imperatividad protectoria de los trabajadores”. CORNAGLIA, Ricardo. *Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en crisis*. Fondo Editorial de Derecho y Economía; Buenos Aires, 2001. p. 108.

²⁹ FERRO DELGADO, Víctor. “El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional”; en: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 112.

Aunque no es materia de análisis del presente estudio el segundo párrafo del artículo 62 sobre los contratos ley, es conveniente mencionar que, en nuestra opinión, los convenios de estabilidad jurídica tampoco podrían excluir la aplicación del principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, de tal manera que no es posible limitar o impedir que los derechos sean mejorados por la normativa laboral.

Sin embargo, deberá tenerse presente que la no aplicación del artículo 62 a los contratos laborales no impide que, al haber recogido nuestra regulación la teoría de los derechos cumplidos, la propia ley determine si es o no de aplicación para los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Cabe precisar que resulta evidente que la consagración de la denominada santidad o inmutabilidad de los contratos de trabajo en la Constitución, no permitiría que ninguna de las partes de la relación laboral que pactó válidamente (es decir, respetando la legislación vigente al momento del nacimiento del contrato) podría modificar unilateralmente dicho contrato.

Si bien esta precisión legal no es materia de estudio por el presente trabajo, no podemos dejar de mencionar que podrían existir opiniones conservadoras que salvo que estemos frente a una norma de orden público, la legislación no podría dejar en la esfera del empleador la facultad de modificar el contrato de trabajo, llegando al absurdo, en nuestra opinión, de llegar a limitar la facultad del *ius variandi*³⁰ intrínseco al poder de dirección del empleador, o peor, asumir que las mejores condiciones de trabajo que modifican las existentes requerirían de una aceptación expresa del trabajador para que tengan eficacia jurídica.

³⁰ La importancia del *ius variandi* las grafica como suma claridad DE FERRARI, al señalar que éste cumple dos funciones, una como facultad unilateral del empleador que le permite ejercer su poder de dirección, y desde el lado del trabajador, “funciona como una especie de “válvula de escape” que, al permitir ciertas adaptaciones del contrato a la realidad, alivia las inevitables tensiones que con el correr del tiempo se van planteando entre uno y otra, permite, entonces, la continuidad o durabilidad del vínculo”. En Derecho del Trabajo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, p.370.

5. NORMAS QUE MODIFICAN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

La teoría de los hechos cumplidos, aunada a la no aplicación de la intangibilidad de los contratos de trabajo regulada en el primer párrafo del artículo 62 por oposición de las normas de orden público, y más específicamente por oposición del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, permite al legislador modificar las relaciones laborales individuales – contratos de trabajo - con la dación de una norma.

En efecto, resulta evidente que de estar ante derechos laborales de origen legal modificados por una nueva norma, los sujetos de la relación laboral solamente podrían exonerarse de sus efectos si habría un reconocimiento constitucional a la teoría de los derechos adquiridos, situación que no se da siempre en las relaciones individuales de trabajo.

Frente a ello nos preguntamos, según el ordenamiento jurídico constitucional peruano ¿Estaría obligado el Estado a modificar las relaciones individuales existentes antes de la vigencia de una nueva normatividad o puede únicamente delimitar sus efectos a las relaciones laborales que nazcan después de su vigencia? ¿Si en un caso concreto el legislador aplica los efectos de una nueva normatividad únicamente a los contratos celebrados luego de la vigencia del dispositivo legal estaría amparando la intangibilidad de los contratos?

Estas preguntas resultan importantes porque como indicamos al desarrollar la introducción, en la actualidad se vienen discutiendo proyectos de ley tales como la supresión de los contratos de exportación no tradicional y aprobando leyes como el régimen laboral especial de las micro empresas o la inclusión de la solidaridad en el pago de las empresas tercerizadoras y la principal con respecto a los trabajadores desplazados de la primera que podrían configurar modificaciones a los contratos de trabajo.

Sobre el particular somos de opinión que, el reconocimiento de la teoría de los hechos cumplidos, no obliga que la nueva normatividad tenga que aplicarse nece-

sariamente a las relaciones laborales nacidas con anterioridad a la vigencia de la misma. En otras palabras, el legislador puede determinar libremente a quiénes se aplica una nueva ley laboral, siendo extensiva o delimitada con respecto a los afectados o beneficiados, según como se quiera evaluar la ley, lo cual no conlleva que se esté o no cumpliendo con la intangibilidad de los contratos por disposición del artículo 62 de la Constitución sino que se está ejerciendo una opción de la propia ley.

La limitación que podría hacer el legislador consistente en que un determinado dispositivo legal se aplique únicamente a las relaciones laborales que surjan luego de su vigencia, en nuestra opinión, no conlleva un incumplimiento a la aplicación inmediata de la ley y menos un reconocimiento de la ultractividad de la norma anterior, porque simplemente estamos ante una norma con un campo de aplicación limitado, que no ha derogado la normativa anterior.

Es más, conforme a lo señalado, gracias a la no exigibilidad de la intangibilidad de los contratos de trabajo, conforme al análisis realizado en el presente trabajo, es que el legislador podría dictar un dispositivo legal que cubra a todas las relaciones laborales o que pueda limitarse a un grupo objetivo.

Siguiendo este orden de ideas, podemos advertir que muchas de las últimas normas laborales que tienen un efecto modificadorio en los contratos de trabajo, y otros proyectos que están en discusión en el Congreso de la República, se ha reconocido en su aplicación, un trato diferenciado entre las relaciones laborales anteriores con las nuevas.

Así a manera de ejemplo podemos comentar que con la dación de la Ley No.28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, que reguló un régimen laboral especial para los trabajadores de las micro empresas, expresamente se excluyó de la aplicación de dicho régimen a los trabajadores que tenían derechos ya nacidos de una relación laboral.³¹

³¹ Ley No.28015, artículo 56.- Disposición complementaria al régimen laboral "(...) Los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales"

Por otro lado, el legislador también podría modificar los contratos de trabajo aplicando la nueva normatividad a todas las relaciones existentes, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley. Es así por ejemplo como se ha formulado los proyectos que se vienen discutiendo para la eliminación de los contratos de trabajo de exportación no tradicional o se ha consagrado legalmente la inclusión del derecho del trabajador de reclamar solidariamente el pago de sus beneficios legales a su empleadora (empresa contratista que presta servicios de tercerización destacando a su personal) y a la empresa contratante (empresa principal).

De estos ejemplos mencionados, y de la revisión de la legislación laboral dictada luego de la actual Constitución, resulta evidente que el legislador al aprobar una ley en materia laboral, no ha considerado aplicable el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución sobre la intangibilidad de los contratos laborales, porque en muchos casos se ha variado las relaciones contractuales anteriores a la vigencia del nuevo dispositivo legal.

Merece un estudio adicional el analizar en qué casos es conveniente o razonable que la nueva ley laboral se aplique a todas las relaciones laborales o establezca un criterio objetivo que limite sus alcances entre los “antiguos” y los “nuevos” contratos de trabajo, y evitar que bajo el criterio de respetar un supuesto mecanismo protector de los trabajadores, pueda obtenerse una reacción contraria por parte del empleador, del trabajador o del mercado de trabajo.

Sin embargo, sobre la base la tendencia progresiva que debería tener la legislación laboral para obtener sus fines de protección y distribución entre los miembros de la sociedad, en nuestro caso los trabajadores dependientes, buscando la justicia social, somos de opinión que a pesar que la legislación nacional no reconoce el principio de la condición más beneficiosa³², puede el dador de la norma, y de hecho se ha realizado en muchas leyes laborales, tomar como referencia los al-

³² Una forma de aplicación de la condición más beneficiosa frente a un cambio normativo, como señala SALA FRANCO, se resuelve con que esta nueva norma tenga una disposición transitoria que precise el respeto a las condiciones más beneficiosas anteriores nacida de normatividad anterior. Otra forma de aplicar la condición más beneficiosa que haya nacido a nivel convencional, es que la nueva ley reconozca este hecho para no afectar los derechos que tiene el trabajador mediante su contrato de trabajo.

cances y criterios del referido principio para lograr una mayor protección en favor del trabajador.

6. REFLEXIONES FINALES

Como lo hemos desarrollado en el presente trabajo, consideramos innecesario, y puede resultar hasta contraproducente, reconocer a nivel constitucional la inmutabilidad o intangibilidad de los contratos de trabajo como lo hace el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, más aún cuando entra en directa contraposición, como lo hemos revisado líneas arriba, con respecto a las normas de orden público, y específicamente en materia laboral, al principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la Ley.

La naturaleza particular del contrato de trabajo, de permanencia indefinida en el tiempo y de contrato realidad, hace que en algunos casos cualquiera de las partes o el propio Estado, cree mecanismos legales de modificación del contrato que no requieran la aceptación expresa del otro, porque obedecen a fines que van más allá de la esfera individual de los sujetos laborales hacia un espacio mayor y de trascendencia social.

En todo caso, frente a las modificaciones legales que podrían variar las condiciones normativas y convencionales de los contratos de trabajo, hemos advertido que existen mecanismos jurídico válidos que permiten que la aplicación esté limitada en un caso concreto a hechos que nazcan a partir de la vigencia de la nueva norma sin tener que recurrir al artículo 62 del texto constitucional.

Finalmente, en etapas de cambios legislativos, resulta muy importante evitar que por desconocimiento legal o como mecanismo de generar una falsa controversia jurídica, se repita sin fundamento alguno que no se pueden modificar las condiciones pactadas en los contratos de trabajo argumentando una errónea aplicación de la intangibilidad contractual recogida en el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución que ha merecido nuestra atención en el presente trabajo.

La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente

José Ignacio Castro Otero

INTRODUCCIÓN

Mediante sentencia recaída en el Expediente N° 10422-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha ordenado la reposición de un trabajador despedido el 26 de setiembre de 2005 por la causal de detrimento de la facultad física o mental o ineptitud sobrevenida, por considerar que su despido es nulo al haberse producido una discriminación derivada de su condición de invalidez, como consecuencia de no haber acreditado la empresa que la ineptitud sobrevenida del demandante sea determinante para el desempeño de sus labores. Sin embargo, el fallo ordena que se reponga al trabajador en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegabá antes de ser despedido, pero de igual nivel o categoría.

De la lectura de la sentencia se puede apreciar que no existía controversia entre las partes respecto de la ineptitud sobrevenida (invalidez parcial permanente) ni respecto de la relación directa entre dicha ineptitud sobrevenida y las tareas que realizaba el trabajador.

El hecho controvertido radicaba en el origen de la ineptitud sobrevenida y en las consecuencias de ello. Para el trabajador, la invalidez tuvo su origen en un accidente de trabajo, por lo que no podía ser despedido en aplicación del artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que señala que el empleador se encuentra prohibido de prescindir de los servicios del trabajador declarado con una invalidez

parcial permanente inferior al 50% pero igual o superior al 20% basado en su condición de invalidez.

La empresa, por su parte, negaba que la causa de la invalidez parcial permanente del trabajador haya sido un accidente de trabajo, por lo que alegaba que el Decreto Supremo N° 003-98-SA invocado por el trabajador no era aplicable al caso concreto, ya que, por un lado, está referido al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, dispositivo que no regula la invalidez originada en accidentes y enfermedades comunes, y, por el otro, por un tema de aplicación temporal de la norma, ya que el despido del trabajador se produjo antes de la entrada en vigencia de dicho dispositivo. Asimismo, de considerarse que dicha norma era aplicable, por el principio de jerarquía normativa, el Tribunal Constitucional debía preferir la ley que permitía el despido por ineptitud sobrevenida por encima de una norma reglamentaria que lo prohibía.

En una aparente violación del principio de congruencia, el Tribunal señala en su parte considerativa que el despido es discriminatorio por no haberse acreditado que el detrimento físico del demandante sea determinante para el desempeño de sus labores (hecho no controvertido) y ordena en su parte resolutive que el trabajador sea repuesto en un cargo que demande un esfuerzo físico menor que el que desplegaba antes de ser despedido, pero de igual nivel o categoría, lo que llama la atención porque si el Tribunal Constitucional concluye que el despido es discriminatorio por no haberse demostrado que el detrimento físico del demandante sea determinante para el desempeño de sus labores, entonces debe luego reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, disponiendo la reposición del trabajador en el mismo cargo que desempeñaba antes de ser despedido y no en otro que demande menor esfuerzo físico, que supone una oculta aceptación de que la ineptitud sobrevenida al trabajador le impedía realizar las labores para las cuales fue contratado.

Más allá de los abundantes aspectos constitucionales y procesales que nos enrostra esta sentencia, nos hemos centrado específicamente en la procedencia en nuestro ordenamiento del despido por ineptitud sobrevenida, cuando es determinante para el desempeño de las labores del trabajador, incluso en los casos en

los que el trabajador tenga una invalidez parcial permanente originada por una enfermedad profesional o un accidente de trabajo.

Adicionalmente, hemos analizado la obligación de reubicación del trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad ocupacional, contenida en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, de cara también a que, como consecuencia del indicado accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, haya sufrido una ineptitud sobrevenida que es determinante para el desempeño de sus labores.

I. LA INEPTITUD SOBREVENIDA COMO CAUSA JUSTA DE DESPIDO

El literal g) del artículo 16º del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, incluye al despido como una de las causas justas de extinción del contrato de trabajo; mientras que el artículo 22º de la misma norma establece que para el despido de los trabajadores del régimen privado, siempre que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, *<<es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada>>*. Si los trabajadores impugnasen su despido, el empleador deberá demostrar la causa del despido en el correspondiente proceso judicial.

Para determinar cuándo un trabajador labora cuatro o más horas diarias debemos recurrir al artículo 12º del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, el que considera cumplido ese requisito en los casos en los que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis o cinco días, según corresponda al número de días en los que el empleador haya distribuido la jornada semanal, resulte en promedio no menor de cuatro horas diarias. Así, por ejemplo, en una empresa en la que se labore de lunes a sábado (6 días), el trabajador deberá laborar por lo menos 24 horas semanales (24 horas / 6 días = 4 horas diarias); mientras que si se labora de lunes a viernes (5 días), éste

deberá laborar por lo menos 20 horas a la semana (20 horas / 5 días = 4 horas diarias).

Ahora bien, el artículo 22° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que la causa justa de despido puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

En el primer caso, el artículo 23° de dicha ley establece como causa justa de despido: (i) el detrimento de la facultad física o mental del trabajador o la ineptitud sobrevenida, siempre que sea determinante para el desempeño de sus tareas; (ii) el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; y, (iii) la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Coincidimos con el profesor Carlos Blancas Bustamante¹ cuando señala que <<la literalidad del precepto permite sostener que el supuesto de hecho está configurado por la pérdida o disminución significativa de las aptitudes físicas o mentales del trabajador, por lo que consideramos que la expresión <<ineptitud sobrevenida>> deviene reiterativa, pues sólo puede obedecer a las mismas razones>>, razón por la cual, en adelante, utilizaremos exclusivamente dicha frase para hacer mención a la primera causa justa de despido relacionada con la capacidad prevista en la ley.

En el segundo caso, el artículo 24° de la misma ley indica que (i) la comisión de falta grave, (ii) la condena penal por delito doloso y (iii) la inhabilitación del trabajador² son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador.

¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, "El Despido en el Derecho Laboral Peruano", ARA Editores, Lima, 2002, p.142.

² Inhabilitación impuesta por autoridad judicial o administrativa que le impida desempeñar las labores para las cuales fue contratado, siempre que sea por un período de tres o más meses, conforme luego precisa el artículo 28° de la misma ley. Si la inhabilitación fuese por un período inferior estaríamos frente a la causa de suspensión del contrato de trabajo prevista en el literal j) del artículo 12° de la misma norma.

De acuerdo con los artículos 33° y 34° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, la ineptitud sobrevenida del trabajador, determinante para el desempeño de sus tareas, debe ser debidamente certificada por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy Seguro Social de Salud), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador; mientras que, en el caso del rendimiento deficiente, el empleador puede solicitar el apoyo de la Autoridad Administrativa de Trabajo o del sector al que pertenece la empresa.

Asimismo, en la parte final del artículo 33° del Reglamento se precisa que <<la negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa de despido>>, disposición que consideramos adecuada porque, de no existir, la efectividad de esta causa justa de despido estaría sometida a la exclusiva voluntad del trabajador, quien simplemente podría no asistir a las citaciones efectuadas por las entidades antes mencionadas o por el empleador, según sea el caso, para bloquear su utilización; aún cuando, en el último supuesto, consideramos que el trabajador incurriría en la falta grave de reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, que es una causa justa de despido vinculada con la conducta del trabajador³.

Cabe precisar que, para que proceda la ineptitud sobrevenida como causa justa de despido, la incapacidad del trabajador tiene que ser determinante para el desempeño de sus tareas, por lo que debe necesariamente existir una innegable vinculación entre dicha incapacidad y las labores que desempeña el trabajador. De no ser la ineptitud determinante para el desempeño de las labores del trabajador, entonces no estaremos frente a la causa justa de despido.

Asimismo, conforme con el artículo 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el empleador no puede despedir por causa relacionada con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable

³ El artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral considera falta grave a <<la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral>>.

no menor de treinta días naturales para que demuestre su capacidad, plazo que consideramos necesario en los casos en los que exista discrepancia entre el empleador y el trabajador sobre la existencia de la ineptitud sobrevenida o sobre si ésta es determinante para el desempeño de las labores o, incluso, sobre si la ineptitud es sobrevenida.

Ahora bien, la vinculación entre la ineptitud sobrevenida del trabajador y las labores por él desempeñadas pueden estar contenidas en la misma certificación expedida por las entidades de salud antes mencionadas, en especial, si tomamos en cuenta que el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo señala que *“el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas (...)deberá ser debidamente certificado (...)”*, por lo que podría entenderse que incluye no sólo la certificación de la existencia de la ineptitud sobrevenida sino también su relación directa con las labores que desempeña el trabajador. No obstante ello, resulta poco probable que las entidades designadas por ley para certificar tal ineptitud estén en condiciones de determinar si la misma impide el desempeño de las labores para las cuales el trabajador fue contratado, salvo en los casos en donde ello sea evidente y manifiesto por el tipo de labores realizadas por el trabajador, como podría ser el caso de un Operador de Volquete de una empresa minera a quien le sobreviene una lesión en la columna vertebral originada por un accidente de tránsito común.

De ahí que consideramos que la ausencia de dicha vinculación en la certificación expedida por las antes indicadas entidades no impide la procedencia de la causa justa de despido si el empleador posee otros mecanismos que le permitan relacionar de manera directa la ineptitud sobrevenida al trabajador con el hecho de ya no poder continuar desempeñando sus labores.

A riesgo de ser reiterativos -y evidentes por cierto, el detrimento de las facultades físicas o mentales o la ineptitud sobrevenida o, en palabras del profesor Carlos Blancas, la pérdida o disminución significativa de las aptitudes físicas o mentales del trabajador⁴ puede o no impedirle realizar las labores para las cuales

⁴ Descripción tomada de BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, op. cit., p.142.

fue contratado. Sólo en el primer caso estaremos frente a la causa justa de despido prevista en el literal a) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En el segundo caso, tal ineptitud sobrevenida, de llegar incluso a ser una ineptitud, no podrá ser alegada como causa justa de despido, aún cuando probablemente tenga otras repercusiones al interior del derecho del trabajo como sería el caso, por ejemplo, en la suspensión del contrato.

II. INVALIDEZ

Con relación a la invalidez, debemos mencionar que nuestro ordenamiento la menciona como causal de suspensión⁵ y como causal de extinción del contrato de trabajo⁶.

En el primer caso, la invalidez absoluta temporal suspende el contrato de trabajo por el tiempo de su duración; mientras que la invalidez parcial temporal lo suspende sólo si impide el desempeño normal de las labores del trabajador⁷.

En el segundo caso, se precisa que la invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada por el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy Seguro Social de Salud), el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador⁸.

Como se aprecia, nada se dice acerca de la invalidez parcial permanente. Consideramos que, al igual que lo que ocurre con la invalidez parcial temporal respecto de la suspensión, si dicha invalidez impide el desempeño normal de las labores del trabajador, estaremos frente al supuesto de despido por causa justa previsto en el literal a) del artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es decir, la ineptitud sobrevenida que es determinante del desempeño de las labores del trabajador.

⁵ Literal a) del artículo 12° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

⁶ Literal e) del artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

⁷ Artículo 13° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

⁸ Artículo 20° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Si la invalidez parcial permanente que sufre el trabajador no es determinante para el desempeño de sus labores, entonces el trabajador continuará laborando normalmente, toda vez que no estaremos frente a una causa de suspensión ni de extinción del contrato de trabajo. En este caso, es posible que, como consecuencia de la invalidez, se pretenda, por ejemplo, una reubicación a otro puesto de la empresa que eventualmente represente menor riesgo para la seguridad y salud del trabajador.

III. ¿ES IMPORTANTE EL ORIGEN DE LA INVALIDEZ?

Sabemos ya que es de lo más importante conocer si la ineptitud sobrevenida es determinante para el desempeño de las tareas del trabajador. Ahora bien, cabe preguntarse, entonces, si el origen de la invalidez es determinante para cambiar alguna de las conclusiones antes expuestas.

Desde ya, adelantamos nuestra posición, en el sentido que ello no es así. No interesa para estos propósitos cuál es la causa de la invalidez.

En efecto, consideramos que independientemente del motivo que la origine, la invalidez absoluta temporal suspenderá el contrato de trabajo por el tiempo de su duración y la invalidez parcial temporal lo suspenderá sólo si la misma le impide al trabajador desempeñar normalmente sus labores, toda vez que las causas de las mismas sólo tienen relación con las prestaciones de seguridad social que le pudieran corresponder al trabajador como consecuencia de ellas, ya sea subsidio por incapacidad temporal en el caso de la enfermedad o accidente común⁹ o pensión por invalidez temporal en el caso de enfermedad ocupacional o accidente de trabajo¹⁰.

⁹ Según el punto 8.1.7 de la Res. 251-GG-ESSALUD-2000, el Seguro Social de Salud pagará el subsidio por incapacidad temporal durante los primeros 11 meses y 10 días, aún en los casos que se trate de asegurados regulares del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo que sufran accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 18.2.3 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, en caso de invalidez temporal la aseguradora pagará al asegurado la pensión mensual que corresponda según el grado total o parcial de la invalidez, hasta el mes en que se produzca su recuperación.

En igual sentido, consideramos que la invalidez absoluta permanente extinguirá de pleno derecho y automáticamente la relación laboral desde que es declarada, independientemente de su origen, toda vez que las causas de la misma sólo tienen relación con las prestaciones de seguridad social que le correspondan al trabajador como consecuencia de ellas, ya sea pensión por invalidez de cargo de la Oficina de Normalización Provisional¹¹ o de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones¹², según la entidad a la cual el trabajador se haya encontrado afiliado, en los casos de enfermedad o accidente común, o de cargo de la Compañía de Seguros o de la Oficina de Normalización Provisional, según la entidad con la que la empresa haya contratado el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, en los casos de enfermedad ocupacional o accidente de trabajo¹³.

En el caso de la invalidez parcial permanente que es determinante para el desempeño de las tareas del trabajador, estaremos frente a una causa justa de despido, independientemente de si su origen es una enfermedad ocupacional o común o un accidente de trabajo o común; mientras que si la ineptitud sobrevenida no es determinante para el desempeño de las labores del trabajador y su origen es una enfermedad o accidente común, entonces no se suspenderá ni extinguirá su contrato de trabajo; al contrario, el trabajador debe continuar laborando normalmente, salvo que se pretenda una reubicación a otro puesto de la empresa que eventualmente represente menor riesgo para la seguridad y salud del trabajador.

A continuación analizaremos las repercusiones en caso el origen de la invalidez parcial permanente sea una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo.

IV. LA INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE ORIGINADA EN ACCIDENTES DE TRABAJO O ENFERMEDADES OCUPACIONALES

De acuerdo con las normas que regulan el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, la invalidez es total permanente cuando el trabajador queda disminuido en su capacidad o trabajo en forma permanente en una proporción igual o superior

¹¹ Artículo 25° del Decreto Ley N° 19990.

¹² Artículo 115° del Decreto Supremo N° 004-98-EF.

¹³ Artículo 18.2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

a los dos tercios¹⁴, mientras que si la proporción es igual o superior al 50% pero menor a los dos tercios, entonces la invalidez es parcial permanente¹⁵. Si la proporción es menor del 50% pero igual o mayor al 20%, entonces la invalidez parcial permanente le genera al trabajador el derecho a percibir por única vez una pensión equivalente a veinticuatro sueldos, quedando en este caso prohibido el empleador de prescindir de los servicios del trabajador basado en su condición de invalidez¹⁶.

Recordemos que este es el supuesto invocado por el Tribunal Constitucional para declarar que el despido es nulo al haberse producido una discriminación derivada de su condición de invalidez.

Por eso, consideramos que cabe preguntarse si el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, en cuanto prohíbe prescindir de los servicios del trabajador basada en su condición de invalidez, es incompatible con la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y si, por consiguiente, en los casos que la invalidez parcial permanente originada por una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo¹⁷ sea inferior al 50% pero igual o mayor al 20%, el empleador no puede despedir al trabajador basado en su condición de invalidez.

Al respecto, debemos señalar que, por su literalidad, una lectura *prima facie* de dicha disposición nos lleva a pensar que estaría prohibiendo todos los despidos de trabajadores con declaración de invalidez parcial permanente originados por accidente de trabajo o enfermedades profesionales. Y esa lectura es claramente incompatible con una norma de mayor jerarquía, como sería la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, produciéndose por consiguiente una contradicción con ella, ya que esta última permite el despido de los trabajadores con ineptitud sobrevinida cuando dicha ineptitud es determinante para el desempeño de sus tareas, con prescindencia del origen de la ineptitud, lo que incluye por cierto a los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.

¹⁴ Artículo 18.2.2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

¹⁵ Artículo 18.2.1 del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

¹⁶ artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA

¹⁷ Recordemos que el Decreto Supremo N° 003-98-SA aprueba las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que a su vez se aplica exclusivamente a las enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo de trabajadores que realizan actividades consideradas riesgosas.

En tal sentido, consideramos que debemos partir de la premisa que ya la norma de nivel primario ha establecido la procedencia del despido en los casos de ineptitud sobrevenida que sea determinante para el desempeño de las labores del trabajador, entonces el Decreto Supremo N° 003-98-SA no podría contener una disposición en contrario, es decir, no podría estar refiriéndose a aquellos casos en donde la ineptitud sobrevenida es determinante para el desempeño de las labores.

Consecuentemente, si estamos obligados a buscar aquella interpretación que permita una coexistencia armónica y pacífica de ambas normas en el ordenamiento, la norma de nivel secundario tendría que estar haciendo referencia a aquél supuesto que no está regulado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, esto es, a la ineptitud sobrevenida que no es determinante para el desempeño de las labores del trabajador, interpretación que consideramos no tiene ninguna incompatibilidad con la norma de nivel primario.

Y no podría tenerla, toda vez que, en tal supuesto, el despido del trabajador con invalidez parcial permanente que no es determinante para el desempeño de sus tareas estaría basado exclusivamente en su condición de invalidez, lo que sería discriminatorio.

En efecto, el artículo 23° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece como causa justa de despido al supuesto de hecho configurado por una pérdida o disminución significativa¹⁸ de las aptitudes físicas o mentales del trabajador que le impide realizar las labores para las cuales fue contratado, por lo que el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, que prohíbe el despido del trabajador declarado con invalidez parcial permanente inferior al 50% originada por una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, debe ser interpretado de manera tal que no entre en contradicción con la norma de nivel primario.

Consideramos que una interpretación plenamente compatible con la norma de nivel primario consiste en centrarse en la ineptitud sobrevenida que no impide el desempeño de las labores del trabajador, situación en la que habíamos concluido

¹⁸ Descripción tomada de BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, op. cit., p.142.

con anterioridad que el trabajador deberá continuar realizando sus labores. Es en ese supuesto que consideramos que la norma de nivel secundario establece que el empleador queda prohibido de prescindir de los servicios del trabajador basado en su condición de invalidez, situación en la que el despido será discriminatorio, y no en aquel otro en el que la ineptitud sobrevenida al trabajador le impide desempeñar las labores para las que fue contratado, en donde consideramos que existe una causa objetiva y razonable para proceder a su despido por justa causa.

Es en este orden de ideas, reiteramos, que la prohibición de despedir al trabajador declarado con invalidez parcial permanente inferior al 50% originada por una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, es plenamente compatible con el artículo 23º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siempre que sea entendida aplicable a la ineptitud sobrevenida que no es determinante para el desempeño de las labores del trabajador.

Cabe señalar que si bien la prohibición de prescindir de los servicios del trabajador con invalidez parcial permanente inferior al 50% está contenida en una norma del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y que, por consiguiente, se aplica directamente a situaciones en las que el origen de la indicada invalidez es la enfermedad ocupacional o el accidente de trabajo, consideramos que no por ello el empleador se encuentra legitimado para despedir al trabajador con la misma invalidez pero cuyo origen sea una enfermedad o accidente común, toda vez que, como ya hemos concluido con anterioridad, es la vinculación directa entre la ineptitud sobrevenida y el desempeño de las labores del trabajador lo que determina que el empleador pueda válidamente despedir por causa justa al trabajador.

De ahí que consideramos que si el origen es la enfermedad o el accidente común, de suyo, el empleador se encuentra sujeto a similar prohibición, toda vez que, de lo contrario, incurriría en un despido lesivo de derechos constitucionales.

En este sentido, siempre que estemos frente a una ineptitud sobrevenida que es determinante para el desempeño de las labores del trabajador, con independencia del origen de la invalidez, estaremos también frente a una causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador; mientras que si a pesar de encontrarnos frente a una ineptitud sobrevenida, ésta no es determinante para el

desempeño de las labores del trabajador, entonces el empleador no podrá despedir al trabajador, también con independencia del origen de la invalidez.

V. ¿ES OBLIGATORIO REUBICAR AL TRABAJADOR VÍCTIMA DE UN ACCIDENTE DE TRABAJO O DE UNA ENFERMEDAD OCUPACIONAL?

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 69° del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-TR¹⁹, ha establecido que *<<los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, siempre y cuando éste exista, debiendo ser capacitados para ello>>*.

Nuevamente, consideramos que una lectura literal del precepto podría ser incompatible con el mismo artículo 23° de la Ley de Productividad Laboral, en la medida que dispone que ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el trabajador tiene derecho a ser reubicado, lo que podría ser entendido como que si tienen derecho a ser reubicados, entonces no pueden ser despedidos.

Si tomamos como punto de partida una de nuestras conclusiones anteriores, tenemos que si la ineptitud sobrevenida es determinante para el desempeño de las labores del trabajador, con prescindencia del origen de la misma, entonces estamos ante una causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador. Contrariamente, si la ineptitud sobrevenida no es determinante, entonces el trabajador debe continuar laborando.

Por consiguiente, al igual que lo que sucede con el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, el artículo 69° del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo sólo se aplicará a aquellos trabajadores que, habiendo sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, la lesión causada no es determinante para el desempeño de sus labores. Igualmente podrá ser reubicado si siendo la

¹⁹ Vigente a partir del 30 de setiembre de 2005.

ineptitud sobrevenida determinante, el empleador decide no despedir al trabajador y, en su lugar, lo reubica, pero en este último caso consideramos que ya no estamos frente a un derecho del trabajador, como dispone la norma.

Cabe precisar que al indicar que procede la reubicación en los casos de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional en donde la lesión causada no es determinante para el desempeño de sus labores, nos estamos poniendo en el supuesto que, a pesar de no ser determinante, sea igualmente necesaria la reubicación para evitar que la lesión sufrida se agrave o agudice, algo que muy probablemente ocurra más con las enfermedades ocupacionales.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones, presentamos las siguientes:

- (i) La ineptitud sobrevenida que es determinante para el desempeño de la labor es causa justa de despido, con prescindencia del origen de la ineptitud. Así, tal origen podrá ser una enfermedad o accidente común, una enfermedad ocupacional o un accidente de trabajo.
- (ii) La invalidez parcial permanente que es determinante del desempeño de las labores del trabajador es una causa justa de despido relacionada con la capacidad. De no ser determinante, el trabajador continuará laborando normalmente.
- (iii) La prohibición de despedir al trabajador basado en su condición de invalidez parcial permanente inferior al 50% originada por enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, contenida en el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, no es aplicable a los despidos por ineptitud sobrevenida determinante del desempeño de las labores del trabajador por incompatibilidad con un precepto de mayor jerarquía normativa.
- (iv) El empleador no puede despedir al trabajador con invalidez parcial permanente que no es determinante del desempeño de su labor, sea que su origen sea la enfermedad o el accidente común, la enfermedad ocupacional o el accidente de trabajo.

- (v) El derecho de reubicación contenido en el artículo 69° del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo se aplicará a aquellos trabajadores que, habiendo sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad ocupacional, la lesión causada no es determinante para el desempeño de sus labores.
- (vi) Igualmente podrá ser reubicado si siendo la ineptitud sobrevenida determinante, el empleador decide no despedir al trabajador y, en su lugar, lo reubica, pero en este último caso consideramos que ya no estamos frente a un derecho del trabajador como dispone dicha norma.

SUGERENCIA – PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A manera de propuesta de solución, sugerimos precisar los alcances de los artículos 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA y 69° del Decreto Supremo N° 009-2005-TR, de tal manera de limitar el enunciado de la prohibición del despido del trabajador con invalidez parcial permanente, originada en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, y del enunciado del derecho de reubicación del trabajador en los mismos supuestos, a los casos legalmente posibles, evitando con ello pronunciamientos judiciales contrarios a ley y generando infundadas expectativas en los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA

-ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo.

“La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

-ARÉVALO VELA, Javier.

“Compendio de Jurisprudencia Laboral”, Cultural Cuzco, Lima, Perú, 2000.

-BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

“El Despido en el Derecho Laboral Peruano”, ARA Editores, Lima, Perú, 2002.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

“La Extinción de la Relación de Trabajo en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo”, En Laborem N° 3, Año 2003.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo.

"Compendio de Derecho Laboral", Editorial Heliasta, Cuarta edición, Buenos Aires, Argentina, 2001.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos.

"Flexibilidad en la Terminación de la Relación de Trabajo por Decisión Unilateral del Empleador", En: "Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú", OIT, Lima, Perú, 2000.

GRISOLIA, Julio Armando.

"Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia, Modelos", Ediciones Depalma, LexisNexis, Sexta edición, Buenos Aires, Argentina, 2002.

KROTOSCHIN, Ernesto.

"Manual de Derecho del Trabajo", Ediciones Depalma, Cuarta edición, Buenos Aires, Argentina, 1993.

MARTINEZ VIVOT, Julio.

"La Discriminación Laboral. Despido Discriminatorio", Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2000.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé.

"Comentarios al Estatuto de los Trabajadores", Editorial Aranzadi, Tercera edición, Navarra, España, 2000.

NEVES MUJICA, Javier.

"Introducción al Derecho del Trabajo". ARA Editores. Lima, Perú, 1997.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio.

"Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Editorial Astrea, Octava edición, Buenos Aires, Argentina, 1999.

VEGA RUÍZ, María Luz, Editora.

"La Reforma Laboral en América Latina: 15 Años Después. Un análisis comparado", OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, Perú. 2005.

El problema que todos quieren

Aproximaciones al ámbito subjetivo de la participación en las utilidades

Mario Pasco Lizárraga

INTRODUCCIÓN

La participación de los trabajadores en las utilidades es materia fascinante, por su significación como elemento de enlace entre trabajadores y empleadores pero también por los esfuerzos a que obliga en materia de técnica legislativa, dada su singularidad en relación con cualquier otro beneficio laboral.

A ello se agrega, en nuestro país y en especial durante los últimos años, la trascendencia que ha alcanzado para una serie de grupos sociales, que la han puesto más de una vez en la primera plana de la discusión laboral.

La participación¹ tradicionalmente ha sido alabada por “estimular el rendimiento del trabajador con la perspectiva de obtener una mayor remuneración suplementaria, en la medida de la prosperidad de la empresa”², y porque implica “reconocer que el factor <<trabajo>> es fundamental en la creación de la riqueza, razón por la cual también debe resultar beneficiario de las ganancias obtenidas por la respectiva empresa”³.

¹ En el presente artículo utilizaremos la expresión para referirnos exclusivamente a la participación legal en las utilidades de la empresa, pues en esta oportunidad no tocamos las modalidades contractuales o voluntarias, la patrimonial, ni la participación en la gestión.

² PÉREZ, Benito. Derecho del Trabajo. p. 154.

³ VILLASMIL BRICEÑO, Fernando. Salario, jornada y otros temas. p. 24.

Pero también advirtió Einaudi, hace décadas, que “no es la solución de un estado de guerra entre el dador de trabajo y trabajadores; más bien, por sí misma exaspera los roces de los cuales nace la guerra. Es el coronamiento de un estado precedente de recíproca estima y confianza. No crea la paz social, la consolida”⁴.

Lo que viene sucediendo en nuestro país parece confirmarlo. Alrededor de la participación se han presentado sucesivas y cada vez más acaloradas discusiones, que han tocado casi todos los aspectos de su regulación. Se han dado respecto de la base que se debe tomar en cuenta, de los porcentajes sectoriales, de los criterios de distribución y el derecho de información de los trabajadores, de los topes a la participación individual y la abiertamente inconstitucional confiscación de la misma, entre otros. Paradójicamente, la conflictividad se va acrecentando conforme mejores resultados económicos obtienen las empresas empleadoras, y sus propios trabajadores; de ahí el título que hemos elegido para el presente artículo.

Por razones evidentes, hemos tenido que renunciar a tratar la participación en forma integral, para centrarnos en algunos asuntos muy específicos de interés actual.

Partimos siempre de que el precepto que origina la participación en el Perú, el artículo 29º de la Constitución, lo hace plasmando un reconocimiento del “derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa”. Pero tal fórmula abre una serie de interrogantes que, luego de haber sido procesadas – conscientemente o no – por la legislación, generan situaciones a veces dudosas.

Algunas de las discusiones más acaloradas, y que son las que hemos singularizado, han girado alrededor de quiénes y cómo tienen que pagar la participación, y correlativamente quiénes y cómo tienen derecho a cobrarla. Por ello hemos elegido revisar dos puntos específicos de tensión: (I) los empleadores excluidos de la obligación; y (II) la prestación de servicios entre empresas, léase la participación de los trabajadores de contratistas y empresas de servicios.

⁴ Citado por FERNANDEZ GIANOTTI, Enrique. En: Tratado de derecho del Trabajo. AA. VV. – Director DEVEALI, Mario. p. 627-628.

Pero como tantas veces sucede, al tratar de resolver problemas concretos y situaciones cotidianas (propiamente anuales, en este caso), nos hemos visto obligados a tratar de intuir la esencia de lo que tenemos al frente, y arrastrados a tomar en cuenta factores que van más allá de lo que dicen las normas, pues dependen en absoluto de la adición y contraposición de voluntades humanas.

En suma, hemos revivido lo que más nos entusiasma del Derecho Laboral.

I. EMPLEADORES EXCLUIDOS.-

I.1. Por disposición explícita

El artículo 9º del Decreto Legislativo N° 677 determina cuatro tipos de empleadores que no están obligados a reconocer participación:

- Las cooperativas;
- Las empresas autogestionarias;
- Las sociedades civiles;
- Las empresas que no excedan de veinte trabajadores.

Además, la Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 842, al preservar la vigencia del artículo 16º del Decreto Legislativo N° 704, determina la exclusión del beneficio de los trabajadores de empresas establecidas en Zonas Francas Industriales o Turísticas.

Aunque no se han planteado conflictos abiertos alrededor de la legitimidad de cada una de estas exclusiones, consideramos provechoso revisarlas y tentar un análisis de las causas que presumiblemente habrían llevado al legislador a establecerlas, lo que a su vez determinará su compatibilidad con la fórmula genérica constitucional.

Esta, en efecto, determina que en principio existirá participación cuando confluyan tres elementos: una “empresa”, trabajadores, y utilidades. Las exclusiones, por tanto, deben proceder cuando alguno de estos elementos no esté presente, o cuando lo esté pero en condiciones tan especiales que ameriten hacer como si no lo estuviera.

I.1.1.- Las empresas autogestionarias carecen actualmente de definición o tratamiento legales explícitos. Se entienden como reminiscencia de las empresas de propiedad social creadas por D.L. 20598, luego mencionadas con la denominación actual en el artículo 112° de la Constitución de 1979, que era la vigente al momento de la dación del Decreto Legislativo N° 677.

Siendo principal característica de estas formas empresariales la participación *plena* que consagraba el artículo 2° del D.L. 20598, y habiendo consistido ésta en “el derecho de todos los trabajadores a participar en la dirección gestión y en los beneficios de la empresa, que se ejerce, teniendo en cuenta el interés social, a través de la gestión democrática y la distribución del excedente en función al trabajo aportado y de las necesidades de dichos trabajadores” (*sic.*), no llama la atención que el Decreto Legislativo N° 677 las haya considerado incompatibles con una mera participación en las utilidades, habida cuenta de que ésta parte de la ausencia de identidad entre los trabajadores y el o los beneficiarios de los frutos de la actividad económica.

Entonces, la exclusión puede obedecer cualquiera de los siguientes razonamientos: (a) los integrantes de las empresas autogestionarias no son trabajadores en el sentido estricto del término, pues son empleadores (o trabajadores, según se quiera) de sí mismos, o (b) en las empresas autogestionarias los tres factores mencionados al inicio se encuentran presentes, pero el régimen general se autodetermina como inaplicable a las mismas por tener éstas inherente una modalidad de participación más profundo, teóricamente más favorable para los trabajadores y que perfecciona por tanto el mandato constitucional.

I.1.2.- Las cooperativas, en cambio, cuentan con definición y regulación legales y claras. El inciso 2° del artículo 7° del T.U.O. de la Ley General de Cooperativas, aprobado por D.S. N° 074-90-TR, establece que por su estructura social éstas pueden ser de usuarios o de trabajadores, y que pueden dedicarse a una serie muy amplia de fines económicos, desde la vivienda hasta los servicios múltiples, con la salvedad principalísima, contemplada en el artículo 2° de la misma norma, de que toda cooperativa opera “sin propósito de lucro, y procurará mediante el esfuerzo propio y la ayuda mutua de sus miembros, el servicio inmediato de éstos y el mediato de la comunidad.”

El Decreto Legislativo N° 677 no distingue entre tipos de cooperativa al momento de excluir a los trabajadores de las mismas de la participación en las utilidades. Debe aceptarse, en consecuencia, que han sido eximidas tanto las de trabajadores como las de servicios, lo que obliga a descartar como motivo de la exclusión toda consideración similar a la que utilizamos para las empresas autogestionarias: las cooperativas, en especial las de usuarios⁵, emplean no sólo a socios trabajadores, sino también a trabajadores que no participan de los beneficios de su actividad económica, es decir asalariados en el sentido más cabal, por lo que no existe régimen más favorable que sustituya el de la participación legal, ni identidad entre el asalariado y el beneficiario o titular de los resultados económicos de la actividad.

Tampoco sería válido considerar que la exclusión proviene de asumirlas como organizaciones *no empresariales*. Las cooperativas son unión de trabajo y capital, por más que en algunos casos éstos puedan coincidir en cuanto a sus titulares y, aunque la ley matriz es cuidadosa en referirse a ellas como *organizaciones*, no es raro que la normativa más moderna las denomine directamente *empresas cooperativas*. Por lo demás, es claro que frente a terceros realizan actividades económicas en forma paralela e indistinguible de cualquier otro actor económico; piénsese sino, simplemente, en las cooperativas de ahorro y crédito o en las de transportes.

La justificación restante para la exención es que no quepa referirse como utilidades a las ganancias de las cooperativas, dada la proscripción del propósito de lucro contemplada en el artículo 3° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 85, y dada la presunta prevalencia en la intervención asociativa del cooperativista del elemento personal sobre el del capital.

Aunque en su a veces abierto contraste con la realidad dicha definición puede resultar llamativa, y el régimen cooperativo contempla el reparto de los remanentes económicos obtenidos entre los socios – en función a los aportes de capital, tratándose de servicios –, la paralela existencia de una reserva cooperativa no susceptible de reparto y la declaración genérica inicial se constituyen como los

⁵ Pero no solo ellas, pues las cooperativas de trabajadores también pueden emplear personas que no sean socios-trabajadores.

pilares teóricos de la exención, que en realidad opera sólo respecto de “los ingresos netos provenientes de las operaciones que realicen con los terceros no socios”, como determina el artículo 66° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 85, que exonera del impuesto a la renta a las restantes ganancias.

En forma adicional, justifica en forma directa la exoneración, en el terreno legal aunque no necesariamente en el lógico – habida cuenta de lo explicado al inicio del presente acápite – el artículo 83° de la norma recién mencionada, que determina que deban recibir “el tratamiento de empresas de propiedad social o autogestionarias para todos los “efectos de las exenciones, exoneraciones, beneficios y demás incentivos tributarios, apoyo financiero y demás medidas promocionales establecidas para éstas por la Legislación de Empresas de Propiedad Social o de Autogestión, en todo cuanto no está específicamente previsto en la presente Ley y les sean aplicables”.

Concluimos entonces en que, a pesar de que en el terreno técnico jurídico existe sustento para que se excluya a las cooperativas de la participación en las utilidades, dicha situación no tiene mayor apoyo real respecto de los trabajadores no socios y las ganancias obtenidas por operaciones con terceros no socios.

I.1.3.- En el caso de las sociedades civiles la situación también es distinta, aunque reaparecen argumentos que se van volviendo familiares.

Se trata de entidades cuyo fin es abiertamente lucrativo, como lo determina su inclusión en la Ley General de Sociedades, que tributan conforme las reglas del impuesto a la renta de tercera categoría, y que emplean trabajadores completamente desvinculados de las ganancias del negocio.

Detectar el elemento faltante entre los tres que hemos venido manejando (empresa, trabajadores y utilidades) resulta incluso más complicado que en los casos anteriores. De hecho, los tres parecen estar presentes, y de forma muy clara.

El sustento de la preterición pareciera provenir en este caso de la naturaleza de esta forma asociativa, y concretamente de su calidad de sociedad de *personas*

en oposición a las de capitales. Se trata, según el artículo 295 de la Ley General de Sociedades, de personas jurídicas constituidas “para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios”.

En la mente del legislador puede haber estado la idea de que, al ser tan predominante el elemento personal en el aporte y actividades de los socios, no se trata en buena cuenta de la combinación de trabajo y capital que define a la típica actividad empresarial, sino directamente de la actividad personal de aquéllos, alrededor de la cual las labores de los subordinados devienen en auxiliares, en contraposición con el papel protagónico que tienen éstos en la creación de la riqueza de las empresas típicas.

No cabe negar que la opción adoptada por la norma está cerca de las orillas del artículo 29º de la Constitución; pero tememos que pueda ser del lado de afuera.

I.1.4.- La exclusión de las empresas que emplean menos de 20 trabajadores supone un doble corte en relación con los supuestos ya tocados.

En primer lugar porque, a diferencia de todos los anteriores, no se trata ésta de una situación que ponga en duda la mayor o menor discordancia entre las características especiales de la relación laboral y los elementos literales del derecho a participación en las utilidades delineados en la Constitución. Nadie podría sostener que por el sólo hecho de que la empleadora vincule a menos de 20 trabajadores no estemos frente a una empresa, o que las ganancias de ésta no constituyan utilidades, cualquiera sea el concepto de las mismas que se tome, o que no estemos frente a trabajadores.

En segundo lugar, porque en las situaciones analizadas previamente la exclusión de los trabajadores obedece a una característica central de su empleadora, a la esencia de ésta, mientras que en este caso se trata del reconocimiento como supresora del beneficio de una situación de por sí variable, cual es la envergadura de la planilla.

Esta segunda característica ha obligado a que, por vía reglamentaria, se establezca un procedimiento para determinar si la empresa tuvo o no más de veinte trabajadores a lo largo del ejercicio, en base a un promedio mensual que toma en cuenta el máximo número de trabajadores que llegó a tener la empresa en cada mes.

Que la exclusión no calce literalmente con el artículo constitucional que habíamos estado siguiendo no supone, empero, que sea arbitraria o huérfana de razones de fondo. Reflexionando sobre el supuesto normado detectamos cuando menos dos razonamientos que pueden apoyar la exclusión.

El primero, quizás el primero que salta a la mente, se basa en que el legislador ha podido entender como *pequeñas*, y por tanto desprotegidas, frágiles o cercanas al autoempleo asistido a las empresas con planilla reducida.

En ese razonamiento, establecer una carga adicional a las tributarias sobre las ganancias de la empresa puede implicar la confiscación de los recursos de los que depende la subsistencia del titular. En otras palabras, se asume que el empresario que toma menos de 20 trabajadores es él mismo una especie de trabajador, que debe ser protegido.

Pero tal juicio es mucho más frágil que el empresario que se ha querido definir; en los tiempos actuales no existe relación necesaria entre el número de trabajadores de una empresa y la envergadura de sus negocios o ganancias.

Si ese fuese el caso, además, habría resultado lógico establecer una doble condición para la exclusión, a la manera de la Ley N° 28015 (Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa), que la implantara para quienes emplearan pocos trabajadores y tuvieran bajos ingresos. Es importante tener en cuenta, a este respecto, que las microempresas⁶ no pagan participación por no estar comprendido el beneficio en el régimen especial de la ley recién aludida, pero también porque en ningún caso alcanzarán el mínimo de trabajadores establecido

⁶ Definida por el artículo 3° de la Ley N° 28015 como aquella que no emplea más de diez trabajadores ni vende más de 150 UIT anuales.

por el Decreto Legislativo N° 892 para el pago de participación. Es decir, que las microempresas son, dentro de las que no pagan participación en las utilidades por no alcanzar los veinte trabajadores, aquellas que emplean bastante menos trabajadores que el límite, y además tienen ingresos por debajo del umbral fijado legislativamente.

Adviértase, de otro lado, que la existencia de una definición legal para las medianas, pequeñas y micro empresas, que toma en cuenta el tamaño de la planilla pero no como único factor, dificulta sostener que el Decreto Legislativo N° 892 esté implantando un régimen de promoción de las mismas, y de esa forma desarrollando el artículo 59 de la Constitución, relativo precisamente a la promoción de las pequeñas empresas.

En segundo razonamiento detectable para la exclusión tiene que ver con la forma del beneficio. La participación legal en las utilidades es, como hemos adelantado, un derecho que nace como colectivo pero luego se concreta como individual, lo que supone que el monto que le corresponde a un trabajador determinado guarda relación directa con el número de trabajadores con quienes se lo está repartiendo.

El pago de participación en las empresas con pocos trabajadores traería como consecuencia que el monto de la de cada uno escalara muy rápidamente, constituyéndose eventualmente en elemento de distorsión de las políticas remunerativas internas.

Además, no es difícil asumir que el legislador ha tomado en cuenta que cuando el número de trabajadores es bajo, puede existir mayor nivel de cercanía personal entre el empresario y aquéllos, lo que supondría una mayor posibilidad de obtener beneficios por encima de lo que determine la ley como mínimo (lo que en el caso de las utilidades es cero).

Pero ninguno de estos argumentos, en ninguna de las dos líneas de pensamiento desarrolladas, es sólido. Sin que se trate de casos excepcionales, empresas de menos de veinte trabajadores pueden ser mucho más rentables, o manejar mejor

sus políticas salariales, o por el contrario tratar con mayor desdén a sus trabajadores, que otras empresas que empleen a muchas más personas.

En este punto, pues, nos vemos obligados a dudar de la constitucionalidad de la exclusión. Más lógico sería encauzarla a través del tratamiento de las micro o pequeñas empresas, respecto de las cuales existen argumentos sólidos y verificados para el tratamiento especial.

I.1.5.- Finalmente, la justificación de que no se reconozca participación en las zonas francas es la misma que para el otorgamiento de beneficios tributarios y el establecimiento de derechos laborales limitados en las mismas. Se trata de abaratar la actividad empresarial de acuerdo a un parámetro geográfico, de manera tal que ésta se vea fomentada – en su relación de conveniencia para el empresario frente a otras áreas – mejorando así la situación del lugar. Más de una vez se ha declarado “de interés nacional, la creación y establecimiento [de Zonas Francas], con la finalidad de promover y fomentar el desarrollo socioeconómico armónico mediante áreas descentralizadas de industria, comercio y turismo”, como hicieron las leyes 25100 y 25340.

I.2. Por su naturaleza

Es discusión que se mantiene abierta, tanto en el plano administrativo como en el judicial, si las entidades que emplean trabajadores y llevan a cabo actividades con contenido económico, pero no pagan impuesto a la renta por mandato legal, deben reconocer la participación en las utilidades a sus trabajadores.

Las dos ramas principales de esta discusión – cuyo terreno inicial ha sido el inspectivo, aunque ya existen disputas sometidas al Poder Judicial, en la vía contencioso administrativa – se han planteado respecto de las entidades sin fines de lucro, léase asociaciones y similares, incluyendo clubes sociales o deportivos; y de las entidades educativas.

En uno y otro caso los argumentos esgrimidos por las partes han sido similares.

Por el lado de la autoridad inspectiva, se sostiene que el actual literal g) del artículo 1º del Reglamento de la Ley del impuesto a la renta, aprobado por D.S. 122-94-EF, determina que se debe considerar empresa a toda “persona o entidad perceptora de rentas de tercera categoría”, y que sólo cabe excluir del pago del beneficio a las que se encuentren explícitamente excluidas por el artículo 9º del Decreto Legislativo N° 677, es decir las analizadas en los puntos precedentes. En otras palabras, que la acción legal de truncar el pago del impuesto sobre las ganancias de las entidades sin fines de lucro o educativas, no modifica su carácter de empleadoras que llevan a cabo actividad empresarial, ni el carácter de renta de aquéllas, con lo que resultan comprendidas en la fórmula genérica del artículo 1º del Decreto Legislativo N° 892. De hecho, el artículo 19º de la Ley del impuesto a la renta establece *exoneraciones* – cuya característica intrínseca es ser transitorias – sobre las *rentas* de las asociaciones y universidades privadas sin fines de lucro, lo que confirmaría, en esta posición, que el *superávit* que obtengan aquéllas encuadra con la base de cálculo establecida por el artículo 2º del mismo Decreto Legislativo N° 892 a pesar de que el Estado haya renunciado a cobrar el tributo.

Del otro bando, aunque un razonamiento importante ha consistido en negar que pueda aplicarse participación sobre rentas que no pagan impuesto, los argumentos principales giran alrededor del cuestionamiento de la aplicación del término *empresa* – en el sentido que tiene para efectos de la participación – a dichas entidades. Se aduce que, sin perjuicio de lo que establezca la normativa tributaria para los efectos específicos a que se refiere la norma antes aludida⁷, lo cierto es que la ausencia de fin lucrativo priva de ámbito al concepto de utilidad, pues éste sólo puede ser entendido como la ganancia que obtiene un titular como producto de su actividad económica, y no puede hablarse de ganancia si ese titular no se la va a apropiar.

Más que en cualquiera de las situaciones tratadas previamente se hace necesario, entonces, ahondar algo más en el significado del término “empresa” para los efectos que nos ocupan, pues es alrededor del mismo que encuentra razón de ser y campo de aplicación la participación en las utilidades.

⁷ La norma reglamentaria opera sobre el artículo 3º del T.U.O. de la Ley del impuesto a la renta, Decreto Legislativo N° 774, aprobado por D.S. 179-2004, relativo a la determinación de “los ingresos provenientes de terceros gravados por [la] ley”.

Lo primero que llama la atención sobre el término es precisamente que el artículo 29º de la Constitución lo utilice, en lugar de referirse, como es lo usual y aparece en el artículo 24º, al *empleador*.

Como en materia de textos constitucionales no cabe asumir casualidades, debe aceptarse que la utilización de fórmulas distintas supone necesariamente una distinción entre situaciones o, más propiamente, sujetos distintos. Si empresa y empleador no son lo mismo, la diferencia podría proporcionar luces ciertas sobre la diferencia de los ámbitos sobre los que se aplican los dos preceptos (participación en utilidades y remuneraciones equitativas, respectivamente).

En otros ordenamientos se los trata como sinónimos. Específicamente en el derecho español, “la posición jurídica que mejor ilumina acerca de la condición del empresario es la posición de sujeto del contrato de trabajo”⁸, situación de la que es mera consecuencia el artículo 1.2 del Estatuto de los trabajadores, que determina precisamente que son empresarios todos quienes “reciban la prestación de servicios”; y que deriva, “puesto que lo esencial del concepto es la utilización de los servicios del trabajador, [en que] es indiferente la presencia o no de ánimo de lucro en la actividad del empleador”⁹.

Hay una explicación para esto: “el término <<empleador>> carece de tradición en la legislación española, en la que, desde antiguo, para designar a este sujeto se ha utilizado el de <<empresario>>. (...) Expresión claramente inspirada en términos de otros idiomas (*employeur, employer*) la de empleador ha sido aceptada sin mayor problema en la terminología jurídico-laboral española, aunque es lo cierto que la de empresario sigue siendo dominante (...)”¹⁰.

Pero en nuestra legislación la situación es la opuesta. De lejos es preferido el término empleador, y son menores aunque no exóticas las menciones a empresa o empresario. Las más llamativas son la que nos ocupa, en la normativa sobre participación, y en el Derecho Colectivo, donde se consideró necesaria la inclusión

⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. pp. 283-284.

⁹ MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo p. 214. Texto de enlace entre corchetes nuestro.

¹⁰ Ibid. p. 213.

de norma expresa. La primera disposición complementaria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D.L. 25593, determina que para los efectos de esa norma – y de toda complementaria – “cuando (...) se haga mención a empresa, se tendrá para todo efecto como referido a empleador, cualquiera sea su forma jurídica, modalidad, fines, etc.” (sic.). Esta precisión es reveladora, pues deja claro que a falta de ella podría haber resultado difícil aplicar la norma, que repetidamente alude a las empresas, a los empleadores que no necesariamente lo son, y que los elementos alrededor de los cuales giraría la discusión serían *la forma jurídica, la modalidad o los fines* de aquéllos.

La previsión explícita, que fulmina cualquier debate relativo al ámbito de la libertad sindical según las características del empleador, no existe en el Perú como determinación legal para efectos generales, y tampoco para el caso especial de la participación, pero ahonda en la sospecha de que los términos no son sinónimos: hay empresas que no son empleadores, y empleadores que no son empresas.

Es empleador, como adelantó la definición española antes glosada, quien ocupa una posición contractual: “Patrono o empleador son los términos más empleados universalmente para designar a aquella persona o personas físicas o inmateriales que otorgan, generan o dan trabajo”¹¹.

Por empresa, de otro lado, se ha entendido “la unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que tenga trabajadores a su servicio”¹²; aunque no en forma unánime en cuanto a la última característica, pues también se postula que “la voz empresario ha sido sugerida [como sinónimo de empleador] por algunos autores españoles, pero la misma tiene sus deficiencias: por una parte, refleja un significado más económico que jurídico; por otra parte, no siempre traduce la realidad, ya que puede haber empresarios que no sean empleadores porque no utilizan

¹¹ FORERO RODRÍGUEZ, Rafael. En: Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social (AA.VV. – Coordinadores DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio). p. 365.

¹² Ibid. p. 369.

un personal subalterno, y puede haber empleadores que no sean empresarios, como los jefes de hogar que contratan servidores domésticos”¹³.

La aparente controversia en realidad no es tal. “Los dos significados diferentes del vocablo empresa en el derecho laboral son, por un lado, el de empleador, sujeto de la relación de trabajo, y por otro, el de ámbito de actuación de derechos e institutos, nivel de concreción de la relación laboral, continente y no contenido”¹⁴.

Sin embargo, la detección de estos dos significados tampoco soluciona nuestra pregunta, en la que habíamos partido precisamente del uso diferenciado de los términos en la Constitución. La interrogante central, para los efectos que nos ocupan, continúa siendo si las entidades sin fines de lucro deben ser asimiladas a los empleadores no empresarios o si, por el contrario, son también empresas; y a ella debemos retornar, aún sin respuesta hasta este punto.

Como hemos visto, uno de los componentes de la distinción esbozada por la Ley de relaciones colectivas de trabajo está constituido por los *finés* del empleador.

En nuestro concepto es, de los tres, el que deberá tener mayor importancia al momento de sopesar el ámbito de la participación en las utilidades, en cuanto a su aplicación a entidades no lucrativas, dado que ni la forma jurídica ni la modalidad resultarán definitorias, como explicamos de inmediato.

Sea que un empresario forme una persona jurídica, o sea que se dedique a la actividad productiva en forma directa, será su actividad y los efectos de la misma lo que lo califiquen como empresa para el pago del impuesto a la renta de tercera categoría y la consecuente participación en las utilidades de sus trabajadores. Es entendible que la norma subraye que puede formarse un sindicato de trabajadores de un empleador persona natural, pero no sería admisible que suceda lo propio respecto de la participación en las utilidades.

¹³ ALBURQUERQUE, Rafael. Derecho del Trabajo. p. 183. Texto entre corchetes nuestro.

¹⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar. La teoría clásica de la empresa. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 28. pp. 6-7.

En cuanto a la modalidad organizativa, resulta también entendible que el legislador la haya descartado como elemento de diferenciación para efectos de la libertad sindical, pero también a sucedido lo propio en lo que a participación en las utilidades se refiere, a través de las exclusiones explícitas contenidas en el artículo 9º del Decreto Legislativo N° 677, ya tratadas, que *contrario sensu* dificultan asumir como excluida alguna forma empresarial o societaria adicional.

Los fines, en cambio, sí constituyen un lindero importante. De inicio, existe una porción muy importante de empleadores que de por sí y en forma absolutamente pacífica no generan participación, por no ser personas que obtengan rentas de tercera categoría; son casos típicos el de las incontables personas naturales que emplean trabajadores para actividades que no les generan ganancia, y por tanto tampoco renta o participación.

Es cuando la actividad contratada tiene componente económico que encontramos la dificultad, y la necesidad de deslindar si el fin último de dicho componente tiene relevancia o no.

Es claro a estas alturas que el fin lucrativo del empleador no hace que éste deje de ser tal, ni impide la generación de los beneficios laborales. Pero la participación es una materia especial, en la que, desde la denominación, el fundamento del concepto es indesligable de su contenido y efecto, y cuyo núcleo está constituido por la idea de que el empresario comparta con el trabajador el resultado que reporta a aquél la actividad conjunta.

Es verosímil entonces que para dichos efectos sea relevante cuál es ese resultado, y por ende el propósito de quien lo lleva a cabo; situación en la que la noción de empresa tendrá que ser abordada desde la perspectiva del objeto de la actividad o cuando menos tomarlo en cuenta. Con lo cual, situados en esa tónica respecto de las empresas, es “el *fin objetivo* que se logra o realiza mediante la organización de medios y acciones que es la empresa (y no aquél que, sirviéndose a su vez de él, pueden procurarse las personas que la integran) lo que especifica o diferencia a cada una de ellas de las otras.”¹⁵ Y si es éste el punto de partida, será

¹⁵ LOPEZ, Justo. Tratado de Derecho del Trabajo (AA.VV. – Coordinador VASQUEZ VIALARD, Antonio). Tomo II. p. 545.

simple derivar en diferenciaciones ulteriores: “En este sentido aquí el uso común introduce una restricción y tiende a reducir el ámbito de aplicación de la palabra <<empresa>> a aquéllas que se pueden llamar de fin económico, en el sentido de que implican un orden de elementos (que se suelen llamar <<factores de la producción>>), al fin de producir bienes o servicios en un sistema social de provisiones requerido por el racionamiento a que somete la naturaleza a los seres humanos. Incluso es común restringir todavía más el significado y limitarlo a aquellas cuyo fin productivo está ulteriormente destinado (por el empresario) a la obtención de un lucro o ganancia”¹⁶.

Si para algunos efectos y por indicación de una norma es válido diferenciar empleadores de acuerdo a si tienen o no fin de lucro, la participación en las utilidades tendría que ser, en nuestro concepto, uno de los principales ámbitos, quizás el único, en los que operara tal diferenciación.

En primer lugar, porque la participación implica integrar a los trabajadores a los frutos económicos obtenidos por su contraparte contractual, que es el empleador, comprendiendo en el caso de las personas jurídicas al titular o titulares de ésta. Cabe diferenciar entonces a un empleador que no obtiene frutos económicos o, más precisamente, que no se los apropia, de todos aquéllos que sí lo hacen.

En segundo y más importante lugar, porque el fin no lucrativo de una entidad, en los casos en los que desencadena la exoneración o inafectación tributaria, sustenta a su vez a tales franquicias, bajo el razonamiento de que se encuentra dedicada a *finés superiores*, o cuando menos deseados por la sociedad. Se entiende que destinar los frutos de una actividad económica a propósitos de “beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales y/o de vivienda”¹⁷ implica lograr beneficios para la sociedad en su conjunto, lo que amerita liberarlos de mayores cargas a efectos de que tales favores sean lo más amplios que se pueda.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Fines de las entidades no lucrativas que las califican para la exoneración del impuesto a la renta, según determinación del literal b) del artículo 19 del T.U.O. de la Ley del impuesto a la renta.

En otras palabras, si la ley ha determinado que las entidades sin fines de lucro no paguen impuesto a la renta, no lo ha hecho por mero capricho o arbitrio. La inafectación o exoneración obedece a la constatación de que los fines son altruistas, por lo que no ameritan el descuento obligatorio que sí es aplicable a todos quienes llevan a cabo actividad con fines egoístas, por así decirlo. El Estado desiste de recaudar fondos de dichas entidades, por considerar que ellas van a poder utilizar esos recursos para un destino socialmente deseable y certificado como tal.

Pues bien, la misma razón es aplicable respecto de la participación. Hacer ingresar a los trabajadores a compartir los eventuales resultados positivos de la operación, supondría afectar directamente no a los titulares sino a la institución y, a través de ella, a los beneficiarios de su actividad, que como hemos ya señalado, ha sido determinada como prioritaria y deseable socialmente.

Lo recién dicho parece haber sido tomado en cuenta, aunque para fines muy distintos, por el Tribunal Constitucional, que ha considerado:

“La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro. Este fin de lucro consiste en el propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico fin de lucro constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista”.¹⁸

Si aceptamos tal diferenciación, y retornamos al punto inicial, que era precisamente la utilización por parte de la norma constitucional de la fórmula *utilidades de la empresa*, resulta coherente y razonable tomar el fin de lucro como elemento necesario de la acepción de empresa.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de diciembre de 2006. Exp. N° 07644-2006-PA/TC, proceso de amparo seguido por Gremco Publicidad S.A. con el Instituto Peruano del Deporte.

Nos inclinamos entonces por considerar que las entidades sin fin de lucro, incluyendo naturalmente las organizaciones educativas que gozan de inafectación del impuesto a la renta, no debieran ser consideradas como obligadas al reparto de utilidades, con prescindencia incluso de la vigencia de la exoneración tributaria; es decir, por su carácter de empleadoras no empresarias, y no sólo por la inexistencia de base para la participación.

II. FORMAS TRIANGULARES

A lo largo de la última década, la contratación y subcontratación entre empresas ha sido fuente de ardorosas polémicas, que han alcanzado su cenit cuando el escenario de dichas figuras han sido empresas usuarias con altas utilidades.

La razón es evidente. En ningún caso como en la participación en las utilidades, la identidad del empleador – o del generador de las utilidades o pagador de aquélla, como quiera decirse – alcanza tanta importancia. El traslado de beneficios de la usuaria a la prestadora, o la búsqueda de efecto espejo entre los mismos, que muchas veces requiere un mero ajuste de tarifas, tratándose de la participación deviene complejo en extremo, y normalmente se constituye como insostenible en lo económico. Porque, a diferencia de los beneficios comunes, que dependen de o son un agregado al salario, y por consiguiente pueden ser regulados junto con éste, la participación parte de una base siempre aleatoria (el resultado económico) en lo que a su monto global se refiere, y obedece a factores también móviles e inciertos para su concreción individual.

El problema concreto se ha presentado con especial virulencia en la actividad minera, por la concurrencia de dos factores: (i) el impresionante nivel de las ganancias de las empresas y sus trabajadores, como producto de los altos precios de los metales en el mercado internacional, y (ii) la elevada proporción de trabajadores de contratistas en los centros mineros, dedicados a actividades cercanas a o integrantes de las actividades principales de las usuarias.

En la práctica, grupos amplios de trabajadores han tenido la percepción de que, teniendo a su cargo la misma o similar labor a la de otros que se desempeñan a su lado y con los que interactúan permanentemente – si no en lo laboral, en lo

social – estos últimos han estado percibiendo ingresos que multiplicaban en varias veces los suyos.

Los ánimos se han enardecido al extremo de que las modificaciones normativas en materia de intermediación y tercerización durante el actual bienio han sido propugnadas – y en buena medida obtenidas – por entidades gremiales ligadas a los trabajadores mineros, en base a acción directa y más de una huelga.

Pero el episodio final de la pugna aún no se produce. Mientras avanzamos el presente artículo se discute en el Congreso de la República una iniciativa, que verosímelmente se puede convertir en ley, por la que se integraría a los trabajadores *de las contratistas* al reparto de utilidades de las usuarias.

El punto es no solo interesante, sino también importante, pues requiere dobles miradas tanto sobre la esencia del beneficio, una vez más, como sobre las repercusiones prácticas que se pueden generar. Trataremos de definir, en primer lugar, si tal modificación es válida y posible desde el punto de vista conceptual y constitucional, para luego detectar algunas dificultades que podría generar su introducción.

II.1.- Presupuestos

No nos corresponde ahondar en las relaciones triangulares, sus características y requisitos. Por lo tanto, no nos detendremos en las mismas ni, lo que es más importante, asumiremos supuestos de desnaturalización, dado que ésta y sus consecuencias tienen vías de tratamiento propias, donde corresponderá dar solución a la distribución de utilidades distorsionada por el accionar ilegítimo de las empleadoras.

Partimos por tanto, para los efectos de toda nuestra reflexión, de que las situaciones que estamos tratando son consistentes con la regulación vigente, recogida en la Ley N° 27626 y su reglamento, D.S. N° 003-2002-TR, con las modificaciones introducidas por el D.S. 008-2007-TR, así como en la Ley N° 29245 modificada mediante Decreto Legislativo N° 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR; vale decir, que estamos utilizando los siguientes presupuestos de hecho:

- Cuando mencionamos una empresa de servicios temporales, se trata de la provisión de mano de obra para suplencia, o para servicios ocasionales, entendidos como distintos a la actividad habitual de la usuaria.
- Cuando mencionamos una empresa de servicios complementarios, ésta no lleva a cabo actividades que resulten consustanciales al giro del negocio de la usuaria, o cuya inejecución afectaría o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.
- Si aludimos a una contratista o a la tercerización, partimos de que su actividad no es una simple provisión de personal, pues tiene existencia real, patrimonio y riesgo empresarial, y conserva de modo absoluto las facultades como empleadora frente a sus trabajadores, resultando indiferente si el servicio está o no vinculado al giro principal de la usuaria.

II.2.- Validez de la extensión

Tal como cuando revisamos los supuestos de exclusión, la verificación de la validez de una eventual modificación del ámbito subjetivo de la participación en las utilidades tiene como necesario punto de referencia el artículo 29º constitucional.

En esa norma base, la participación está prevista como derecho de los trabajadores, considerados en plural o como colectivo, mas opera sobre las utilidades *de la empresa*, en singular.

La duda se plantea, por lo tanto, respecto de si dicho precepto se estará respetando cuando el sistema consista en que sobre las utilidades de una empresa participen trabajadores que no integran la planilla de la misma y, correlativamente, que un grupo de trabajadores adquiera derechos sobre las utilidades de una empresa que no es aquélla con la que sostienen sus relaciones contractuales.

Si retornamos a la falsa disyuntiva planteada al tratar la participación en las entidades sin fines de lucro podríamos asumir que, equiparando como sinónimos los términos empresa y empleador, resultará inválido aplicar el primero de ellos a un ámbito que incluya varios sujetos (propiamente varios empleadores).

Pero ello sería engañoso, una sobre-simplificación; tanto porque hemos concluido en que tales términos no son sinónimos en nuestra Constitución, como por-

que el que hemos considerado más cercano a la intención constitucional es, entre los dos, el que resulta pasible de ser entendido en su sentido económico más que como parte de la relación laboral.

Sin embargo, esto no elimina las dificultades. Cuando se tiene que delimitar las características de la empresa en su sentido laboral, no es raro que se retorne y mantenga presente al ámbito contractual como elemento fundamental de la misma. Así, "(...) la empresa laboral implica necesariamente la relación (de trabajo) entre dos sujetos – empleador y trabajador –, de los cuales uno tiene que ser persona individual. (...) No sólo es un grupo social organizado, sino que es un grupo estratificado; un grupo en que se da la diferenciación autoridad-subordinación"¹⁹. Si la organización del proceso productivo y su dominio por parte del empleador es elemento necesario de la determinación del ámbito del concepto, resultará difícil postular que debe entenderse como una sola empresa la conjunción de varias de ellas, por más que integren un mismo proceso productivo, siendo que cada una organiza sus actividades, en lo que a los trabajadores respecta, con total autonomía, premisa de la que se parte en el caso de la tercerización.

Hay, por cierto, corrientes más modernas que propugnan una acepción más amplia de lo que se entiende por empleador²⁰, y podrían derivarse de las mismas posiciones en las que antiguos obstáculos como el recién reseñado no serán tales. Sin embargo, también partiendo de las nuevas propuestas, resulta complicado reputar como unidad a entidades que son jurídicamente independientes, que no comparten los beneficios de la actividad, sino que son contrapartes entre sí, y que tampoco ejercen conjuntamente el ejercicio de las facultades del empleador, dado que éstas corresponden exclusiva y excluyentemente a la contratista.

¹⁹ LOPEZ, Justo. Op. Cit. p. 546.

²⁰ Puede revisarse al respecto los trabajos alrededor de la inclusión por el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores español de las comunidades de bienes como empleadoras. Ver PALOMEQUE LOPEZ, Manuel. Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes. En: Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático. AA.VV.; y, MONTOYA MELGAR, Alfredo. Op. Cit. p. 284

Al problema literal se agrega el conceptual, pues la noción de que los trabajadores de las contratistas generan la riqueza de las usuarias como fórmula base o regla general no es fácil de aceptar si es que, una vez más, partimos de que la tercerización esté siendo aplicada correctamente. Se trata, en realidad, de pasar a considerar que cuando varias empleadores interactúan constituyen una especie de actividad empresarial compartida, sin personalidad jurídica pero existente para efectos de la relación con los trabajadores, de lo que surgen naturales suspicacias: “(...) Si bien esta iniciativa señala que es para el único propósito de la participación en las utilidades que se considera a los trabajadores de la contratista como propios de la empresa minera, en rigor se está asumiendo que éste derecho les asiste por el hecho de participar en la actividad productiva de la empresa minera. De ahí que la evolución de este esquema pueda asumir derroteros inesperados. ¿Por qué los trabajadores del contratista no participan de las mismas condiciones de trabajo que gozan los trabajadores de la empresa minera, tales como movilidad, alojamiento, jornada de trabajo, remuneraciones, o bonificaciones?”²¹

En este punto, además, nos topamos con la principal peculiaridad del asunto, cual es la especial composición de los intereses contrapuestos.

En la tercerización son “por lo general cuatro, los actores intervinientes, entre los cuales, a su vez, se pueden generar variadas relaciones jurídicas. En primer lugar, aparece la figura del empleador que terceriza (...). En segundo lugar, se encuentran los trabajadores dependientes del empleador que terceriza (...). En tercer lugar, aparece la figura de la empresa subcontratista (...). En cuarto lugar, se encuentran los trabajadores de la empresa subcontratante (...)”²²

²¹ FERRO DELGADO, Víctor. Participación en las utilidades de empresas contratistas. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Legislación de Minería, Hidrocarburos y Electricidad. Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía. Lima, 2007. <http://www.indemipe.com/contenido/ponencias/Vferro.doc>. p. 5. El texto alude a un proyecto de ley que en su momento no prosperó, pero que tenía el mismo contenido que la propuesta en discusión actual.

²² FERNANDEZ, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. La tercerización y el derecho del trabajo. En: Derecho Laboral. Tomo XL, N° 186. p. 405.

El principal conflicto de intereses, tratándose de la eventual extensión de la participación en las utilidades de la empresa usuaria a los trabajadores de la contratista no se plantea, como es lo familiar, entre la empresa usuaria (o la contratista) y los trabajadores (de cualquiera de ellas, o de ambas), sino entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de la empresa contratista. Integrar a éstos en el reparto supone automática y necesariamente la reducción del monto que corresponderá a aquéllos, quienes, en buena cuenta, serían quienes estarían pagando el beneficio. En caso de modificarse el universo de beneficiarios, la empresa usuaria continuará destinando al pago de utilidades exactamente el mismo porcentaje y monto que con el mecanismo original, como también continuará haciéndolo la contratista.

La interpretación estricta de la acepción laboral del término *empresa* para estos efectos, evitando desligar el componente contractual inherente a la misma, no aparece entonces como perjudicial para la parte trabajadora, pues en los hechos hay dos partes trabajadoras — que son casi *contrapartes*, dados los intereses cruzados —, sino como mera delimitación de los beneficiarios y correlativa protección de los mismos frente al recorte del derecho en lo que a ellos respecta.

El problema constitucional que afronta la extensión de la participación no es entonces artificial, sino real, tan tangible como lo son los titulares del derecho que resultaría afectado.

En caso de que la modificación prospere, los cuestionamientos a la misma podrían plantearse no sólo de manera directa, en vía de acción de inconstitucionalidad, sino también en forma oblicua, mediante acciones de los trabajadores de la empresa usuaria contra ésta por el pago diminuto de la participación, en la que buscarían la inaplicación de la ley en base al segundo párrafo del artículo 138º constitucional, que consagra el control difuso de la constitucionalidad de las normas.

Si tuvieran éxito, se crearía un problema procesal y de fondo de difícil solución, alrededor de los reintegros a que adquirirían derecho los accionantes. El pago efectuado por la empresa usuaria a los trabajadores de la contratista habría sido

ejecución directa de la ley, y por lo tanto poca duda cabría en cuanto a la procedencia de obtener su reembolso de parte de aquéllos, quienes en buena cuenta se habrían beneficiado con un pago indebido. Pero a diferencia de cualquier caso de acción de una empresa para el recupero de pagos indebidos a trabajadores, éste involucraría a trabajadores de una tercera, respecto de quienes no sería posible recurrir a métodos como el descuento fraccionado, la conversión del pago indebido en adelanto de beneficios futuros, o similares. La modificación legal y la duda constitucional que produce pondría por consiguiente a *todas* las empresas usuarias – y no solo a las que obtengan utilidades exorbitantes – ante riesgos legales imposibles de evitar, salvo prescindiendo en absoluto de la subcontratación.

II.3.- Problemas prácticos

Más allá de las dudas en cuanto a que la extensión sea válida en el plano constitucional, resulta innegable que la presión social producida alrededor del reparto de utilidades ha sido de tal magnitud que hace viable que la modificación legal se produzca en el futuro inmediato.

Nos interesan también, por lo tanto, los problemas prácticos, las dificultades concretas que tendría que afrontar y salvar la nueva regulación.

Los existen de muy diversa índole, pero hemos preferido concentrarnos en los que consideramos de mayor trascendencia; a saber, la determinación de los beneficiarios, y la definición del beneficio para el trabajador individual a raíz del traspaso de trabajadores a la empresa usuaria.

II.3.1.- Definición de los beneficiarios

En los diversos proyectos que se han presentado con miras a la integración de los trabajadores de contratistas a la participación en las utilidades de sus usuarias, se han utilizado fórmulas simples del tipo “los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas que laboren en un centro de trabajo de la empresa principal tienen derecho a participar de las utilidades de ésta”.

Ello obliga, como es natural, a que para efectos del reparto toda empresa que deba hacerlo tenga que determinar quiénes son los trabajadores de *sus* empresas contratistas.

Pero esa determinación, a pesar de los esfuerzos legislativos recientes, no cuenta con un instrumento legal que pueda sustentarla en forma del todo sólida y, en consecuencia, dotarla de seguridad.

La definición contenida en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 008-2002-TR delimitaba la figura por negación, oponiéndola únicamente a la intermediación laboral. La contemplada en la Ley N° 29245 y sus normas complementarias, que busca ser el marco autoritativo – innecesario en nuestro concepto – de la tercerización o la subcontratación, agrega filtros que excluyen de la regulación a las labores complementarias y los destaques discontinuos de personal.

Pero ninguna de tales definiciones es herramienta infalible para distinguir la tercerización de muchos servicios prestados por una empresa a otra, o más propiamente de una empleadora a otra empleadora, pues se limitan a asumir como existente la figura cuando existe traslado *físico* y continuo de trabajadores a un centro de trabajo u operaciones de la usuaria, lo que no necesariamente implica las relaciones estrechas que ameritarían difuminar las fronteras entre empresas.

A esto debemos agregar un necesario re-examen de la relación (en teoría inexistente) entre el tratamiento de la tercerización y de la intermediación.

En la actualidad y como se ha planteado hasta el momento la posible reforma, el ingreso al reparto de las utilidades de las empresas usuarias se produciría únicamente respecto de los trabajadores de las contratistas, sin incluir a las empresas de servicios.

Empero, si se toma en cuenta el fundamento principal que se esgrime para la extensión, cual es la intervención de los trabajadores objeto de la triangulación en la creación de la riqueza de la usuaria, nos encontramos de inmediato con una incongruencia.

La tercerización es válida y opera respecto de cualquier tipo de actividades de la usuaria, desde la más nuclear a su operación hasta las más externas o desligadas de la misma; con lo que la relación real entre la actividad del trabajador destacado y la riqueza producida no es automática, pues existe una serie infinita de grados o variantes. Sin perjuicio de lo cual es claro, en todos ellos, que se parte de la premisa que no existe relación funcional entre la empresa usuaria y el personal de la contratista.

En la intermediación, en cambio, cabe distinguir dos situaciones.

Los servicios complementarios son por definición, ahondada por el D.S. 008-2007-TR, distintos de la actividad central de la usuaria, que es la que cabe asumir como generadora principal de sus ganancias. No llama la atención, por tanto, que se presuma o asuma la ausencia de relación entre sus trabajadores y las utilidades.

Pero los servicios temporales, y en especial los de suplencia, implican no sólo la inserción del trabajador intermediado a la organización y jerarquía de la usuaria, sino la sujeción del trabajador a las facultades de la misma como empleadora. Se trata propiamente de un trabajador que normalmente se habría contratado en forma directa (mediante contrato sujeto a modalidad) y que en la realidad trabaja en y para la usuaria, pero que por dispensa legal es proporcionado por otra empresa, a cuya planilla pertenece.

Resulta innegable que un trabajador suplente destacado por una empresa de servicios para desempeñarse en la usuaria, en forma temporal pero en su actividad principal, está más cercano a la generación de la riqueza en ésta; y por lo tanto sería mayor la justificación para incorporarlo al reparto, en comparación con los trabajadores de las contratistas que, también destacados a la usuaria, se desempeñan en funciones periféricas.

De acuerdo a lo expuesto, consideramos que si se revisara el ámbito subjetivo de aplicación de la participación en las utilidades tendría cuando menos que (i) fijarse periodos mínimos de destaque a partir de los cuales podría generarse el ingreso de un trabajador al reparto, y (ii) restringirse el beneficio a los trabajadores

que tuvieran vínculo con la actividad principal de la usuaria, comprendiendo a los de las empresas de servicios temporales, mas no a los de empresas de servicios complementarios o de servicios altamente especializados, o las figuras de tercerización no reguladas.

Todo este ajuste es necesario desde la norma raíz, no siendo aparente la vía del reglamento, habida cuenta que de lo contrario se abriría la posibilidad de cuestionar éste como desnaturalización de aquélla.

II.3.2.- Determinación individual del escenario de la participación.

Abrir la posibilidad de que los trabajadores de las contratistas participen en las utilidades de la usuaria obliga a optar entre dos grandes fórmulas.

La primera consiste en que los trabajadores destacados participen en las utilidades de su empleadora (la contratista) y *además* en las de la usuaria. Es decir, que repartirían utilidades con todos quienes han compartido el centro de trabajo físico mientras estuvieron destacados, y también con los trabajadores de su empleadora que hubieran laborado en el mismo o en otros centros de trabajo físicos.

Pero si se toma en cuenta que la participación se reparte en base a días laborados y a remuneraciones percibidas, de inmediato se advierte que un día sólo puede ser considerado como laborado en una de las dos empresas, y que cada Nuevo Sol ganado puede ser entendido como adquirido por el trabajo en una de las dos empresas. De lo contrario, los trabajadores destacados quedarían en situación beneficiosa respecto no solo de sus compañeros de planilla, sino también de sus compañeros de labor física.

Tiene que descartarse, por ende, que el trabajador participe en las utilidades de las dos empresas. O entra al reparto de las de una de ellas, o al de las de la otra.

Tratándose de un beneficio que se genera a lo largo del año, a primera vista podría parecer que tal determinación debe estar referida a todo ese periodo. Pero

esto resulta inviable, dada la frecuencia con la que trabajadores de las empresas contratistas pueden ser destacados *a varias usuarias* a lo largo del año, cada una de las cuales tiene niveles distintos de utilidades, genera eventualmente pagos remuneratorios distintos, y ha supuesto un número también distinto de días laborados. De ahí que el proyecto que se viene discutiendo postule que para el pago de la participación de la usuaria al trabajador destacado “se computarán los días real y efectivamente trabajados, como personal desplazado, y las remuneraciones percibidas de su empleador formal”²³. La participación final de cada trabajador quedará entonces definida en base a periodos cortados, y el cómputo final tomará en cuenta algunos días como laborados en una empresa (usuaria), otros en alguna otra empresa (usuaria) y eventualmente otros laborados físicamente en locales de su empleadora directa.

Pero en este punto no termina, sino que recién comienza la dificultad práctica. Es menester aún establecer la regla que se utilizará para determinar cuál de las dos participaciones – de la usuaria o de la contratista – corresponderá al trabajador destacado, para cada caso individual.

A este efecto pueden plantearse tres posibilidades, dos de las cuales han aparecido sucesivamente en los proyectos de ley discutidos durante los últimos años.

La primera posibilidad es que el trabajador integre forzosamente la participación de la empresa usuaria. La segunda, que el trabajador destacado elija en cuál de las participaciones – el de su empleadora o el de la usuaria – quiere intervenir. La tercera, que participe allí donde le resulte *más favorable*.

La primera opción difícilmente prosperaría. Hay una posibilidad real – si se piensa en todas las modalidades de tercerización, no sólo en las notorias – de que la participación en la contratista sea mejor que en la usuaria, con lo que la exclusión del trabajador destacado de la participación en las utilidades de su empleadora devendría en vulneradora del artículo 29º constitucional, al terminar discriminado en relación con sus compañeros de planilla.

²³ Expresión esta última que es abiertamente prejuiciosa, al extremo de la distorsión. Salvo desnaturalización, en la tercerización el empleador no es *formal* o aparente, sino verdadero, real.

En cuanto al segundo mecanismo, para que fuera viable tendría que establecerse la opción como previa e irrevocable, pues de lo contrario devendría simplemente en la segunda.

En otras palabras, el trabajador tendría que elegir para la participación de qué empresa van a tomarse en cuenta los días que labore y las remuneraciones que perciba a lo largo del año, en forma previa a trabajarlos y cobrarlas, respectivamente; y tendría que hacerlo respecto de cada una de las empresas a las que vaya siendo destacado, supuesto perfectamente dable tratándose de fórmulas tan amplias como las que se vienen usando para definir la tercerización.

En nuestro concepto, este mecanismo estaría condenado al fracaso desde su inicio. Establecer el ejercicio de una opción por parte del trabajador al inicio de las labores, la cual, para ser tal, tendría necesariamente que dejar de lado el grado de conveniencia objetiva que pudiera significar para el trabajador en el futuro, supondría ni más ni menos que legitimar la renuncia anticipada a un beneficio, e invitar a que sólo fuesen destacados a las usuarias con utilidades importantes los trabajadores que previamente desistieran de ingresar a su reparto.

Casi como si fuese válido que en el contrato de trabajo el trabajador “opte” entre cobrar o no gratificaciones, o entre gozar o no de descanso vacacional. Siendo que la irrenunciabilidad es piedra angular del derecho laboral, y que está consagrada constitucionalmente, tal posibilidad debe simplemente descartarse.

Resta entonces la tercera modalidad: establecer que el trabajador destacado deba participar en el reparto que le resulte *más favorable*, sin necesidad de ejercer opción e incluso contra lo que haya podido expresar en la misma. Punto en el que cualquier técnica jurídica cede el paso a la aritmética y al álgebra.

Que la participación no se genere directamente o en su origen de modo individualizado, sino que consista en el *reparto* de las utilidades entre un grupo de personas, implica que el monto individual de aquéllas está condicionado por factores relacionados con el trabajador en singular (cuánto ganó, cuantos días laboró), pero también por los de cada uno de los otros trabajadores que ingrese al reparto; en realidad, a cada uno de los repartos en cada una de las empresas involucradas.

En otras palabras, traspasar a un trabajador del reparto de utilidades de una empresa al de otra, tiene efectos sobre la participación (i) propia, (ii) de los trabajadores de la empresa a cuyo reparto se incorpora (usuaria), y (iii) de los trabajadores de la empresa de cuyo reparto se ha apartado (contratista). Tratándose de la empresa usuaria, los montos de la participación de sus trabajadores disminuirán; pero la participación individual de los trabajadores de la contratista *crecerá*, pues habrá un individuo menos a quien tomar en cuenta.

Si el traspaso es masivo, como puede suceder en los escenarios que han originado las discusiones actuales, o si los niveles de la participación de la usuaria y la contratista no son desmesuradamente desiguales entre sí, como sucede en muchos otros casos, aquél puede tener como consecuencia que la participación individual de los trabajadores de la contratista, originalmente exigua en comparación con la de los de la usuaria, crezca en proporción directa al nivel de trabajadores “traspasados”, sin que quepa descartar que termine alcanzándola o superándola.

En ese momento se habrá generado una situación complicada, pues no habrá mecanismo de graduación o preferencia que pueda designar cuáles trabajadores o hasta qué momento serían objeto del traslado.

Un ejemplo práctico grafica mejor el asunto.

Tomemos como premisa una usuaria (U) con cien trabajadores, que genera una utilidad a repartir²⁴ de S/. 10,000.00. Utiliza los servicios de dos contratistas: (C1) con 50 trabajadores – 40 destacados en A – y que generó una utilidad de S/. 550.00; y (C2) con 65 trabajadores – 50 destacados en U – y que generó una utilidad de S/. 900.00.

Originalmente (sin integrar a los trabajadores destacados), la participación de los trabajadores de U habría sido de S/. 100.00 por persona; la de los trabajadores de C1, de S/. 11.00 por persona, y la de los de C2 de poco menos de S/. 14.00 por persona.

²⁴ Solo para efectos de este ejemplo, simplificamos de modo extremo y asumimos un modelo hipotético de participación en reparto simple, a partes iguales. Asumimos también que los trabajadores de las contratistas han estado destacados todo el año.

Claramente, para los trabajadores de las contratistas destacados a U, integrar el reparto en ésta resulta más favorable.

¿O no?

Si todos los trabajadores destacados ingresan al reparto de U, la misma base de S/. 10,000.00 se distribuirá ya no entre sus 100 trabajadores, sino entre un nuevo universo de 190. La nueva participación en U será de S/. 52.64. En el reparto de C1 permanecerán, en cambio, sólo 10 trabajadores, que repartirán entre sí el total de los S/. 550.00 de la utilidad de ésta, es decir tocarán S/. 55.00 a cada uno. En C2 la situación será similar; la participación de los que permanezcan subirá a S/. 60.00.

En ambos casos, la participación final en las contratistas sería, para quienes permanecieran en ellas, más elevada que la de los trabajadores destacados a la usuaria en la utilidades de ésta, pero sólo mientras que el número de trabajadores destacados que hubiera pasado a la participación de la usuaria permanezca tan elevado como en el ejemplo. Las variables que intervienen son varias, y el resultado una infinidad de variantes.

Si la mecánica prevista en la ley fuese de aplicación del tratamiento *más favorable*, entonces, nos encontraríamos ante un sistema automático – en el que la opción personal del trabajador no puede contar, por lo ya dicho sobre irrenunciabilidad – pero en el que el componente de ser más o menos favorable no opera de modo individual, sino como interrelación entre una multiplicidad de trabajadores en varias empresas.

Partiendo de que no podría licuarse la participación de las empresas como si se tratara de una sola – pues habrán trabajadores de las contratistas que no han sido destacados y no tienen relación alguna con la usuaria –, la matemática lleva a que el traslado de trabajadores sea favorable para éstos sólo hasta un número específico de los mismos, pero después ya no. Pero no existe, como hemos adelantado, y sería impensable un mecanismo que estableciera un corte de ese tipo, prefiriendo a unos trabajadores destacados sobre los otros.

Las salidas posibles suponen una modificación sustancial de la fórmula actualmente propuesta. Tendrían que involucrar el pago de participaciones *complementarias* por parte de la usuaria y las contratistas, de forma tal que la salida del trabajador de la contratista no suponga el incremento de la participación de los que quedan, pero sin que ello implique el doble cobro por cómputo de días (y remuneraciones) que veíamos al inicio.

En todos los casos, cualquiera sea la modalidad por la que se opte, es claro que todo lo relativo a controles se verá mucho más complicado que en la actualidad, habida cuenta de que el ámbito de la participación habrá dejado de estar restringido al ámbito de una empresa y sus trabajadores. Considérese que a efectos de conocer si la participación percibida por un trabajador ha sido correctamente calculada, será necesario conocer no sólo los días trabajados, sino las remuneraciones percibidas por trabajadores de varias empresas, requerimiento para el que en la actualidad no existe mecanismo exigible que no involucre a la autoridad inspectiva o judicial.

La fórmula normativa, por ende, tendrá que ser mucho más detallada, definida, trabajada que la simple enunciación que se viene promoviendo, y ello a nivel de ley, no de reglamento, pues se trata de la definición misma del beneficio, no de meros detalles.

II.4.- Aproximación personal

La presión social, de un lado, y las evidentes dificultades técnicas, de otro, hacen de la participación de los trabajadores de contratistas un problema mayúsculo para todos los involucrados, cuya potencialidad es a empeorar antes que a solucionarse.

El Estado viene tratando de desactivar el embrollo, pero escuchando sólo a uno de los sectores involucrados: el de los trabajadores de las contratistas.

Para la posible reforma, en primer lugar, no cuenta con apoyo de los empleadores. Estos ven con abierto recelo cualquier debilitamiento de los linderos entre las empresas intervinientes, sus responsabilidades y facultades, pues

“atribuir a los trabajadores del contratista utilidades que corresponden a los trabajadores de la empresa minera importa en el fondo un cuestionamiento a la condición de verdadero empleador.”²⁵.

Además, la premisa de que la forma de reparto no tiene repercusión económica sobre la usuaria (y ni siquiera sobre la contratista) es correcta en lo teórico, pero inexacta en la realidad. En las empresas con altas utilidades, quiérase o no, la participación es un componente sustancial, a veces el principal, del ingreso anual de sus trabajadores. Cualquier disminución importante de la misma las obligará a completar dicho ingreso con otros conceptos o con participaciones voluntarias adicionales, ante el riesgo de éxodo de los trabajadores más calificados, respecto de quienes tiene que competir frente a otros potenciales empleadores.

Las empresas contratistas, de otro lado, quedan en una posición ambivalente. Están frente a la posibilidad de que sus trabajadores – que muchas veces incluyen a los propietarios o sus allegados – alcancen un nivel de ganancia real previamente impensado, lo que solo puede ser bueno. Pero lo recién dicho sobre los costos de las usuarias, así como las hondas dificultades técnicas y consiguiente incertidumbre jurídica que generaría el traslado, los ponen en posibilidad de simplemente perder el negocio, en caso que las usuarias opten por ejecutar en forma directa las labores que previamente les encargaran.

Restan en último lugar, aquéllos a quienes nadie ha solicitado su opinión. Los trabajadores de las empresas usuarias que no tienen la alternativa de amenazar con cambiar de empleo, sobre quienes recaería el costo de la medida, y de quienes podrían surgir los reclamos en vía interna y después judicial. Como tantas veces, la modificación legal sería impuesta en base a la presión de un grupo, para esperar la reacción de otro. Con las complejidades que en el presente artículo simplemente hemos resaltado, en ningún caso resuelto, el camino que se viene trazando en caso se apruebe el proyecto en camino significa potencialmente un sinnúmero de discusiones, con los correspondientes costos para todas las partes.

²⁵ FERRO DELGADO, Víctor. Op. Cit. p. 5.

Quizás sería preferible dejar que las partes resolvieran sus asuntos; y por partes nos referimos a las cuatro que ya hemos anotado. En lugar de imponer por ley un sistema de reparto que de todos modos va a resultar controversial, abrir el espacio para que la participación legal, que siempre ha sido entendida como sistema rígido, inmutable, pueda ser objeto de regulación *ad-hoc* por parte de los propios interesados, incluyendo no sólo los universos de aplicación, sino también los criterios de distribución.

La regla de partida, la regulación por defecto, tendría que ser siempre la situación actual, restringida a los trabajadores de la planilla de la usuaria, pero con la posibilidad de que por vía de convenio colectivo pueda abrirse el ámbito de la participación a otros trabajadores. En otras palabras, que sean las propias partes las que puedan aceptar y consagrar la existencia de un ámbito económico que desborda la planilla propia, y al que incorporarían a aquéllos que esas mismas partes consideraran como integrantes.

Estando los trabajadores – tanto de la usuaria como posteriormente los de la(s) contratista(s) – involucrados desde un inicio en la definición, quedarían eliminados de raíz los problemas técnicos sobre el reparto, pues en ese caso sí sería válida, por ejemplo, la opción irrevocable previa o figuras similares.

Por cierto, el camino sería también riesgoso y no resultaría raro, llegado el caso, que se lo acusara de enfrentar trabajadores contra trabajadores, pero lo cierto es que los intereses contrapuestos existen, siendo que normalmente los propios interesados son los más calificados para solucionarlos. Los escenarios alternos, a los que parecemos dirigirnos, no parecieran más armoniosos.

CONCLUSIONES

1. No existe razón de fondo para que los trabajadores de las cooperativas de usuarios, y los no socios de las cooperativas de trabajadores, estén excluidos de la participación en las utilidades.
2. La literalidad del texto constitucional hace dudosa la exclusión de las sociedades civiles de la participación, aunque por tratarse de sociedades de personas no resulta repugnante.

3. La exclusión de las pequeñas empresas debiera ser aplicación de los criterios de la normativa especial sobre la materia, y no basarse únicamente en el número de trabajadores.
4. Las entidades sin fines de lucro, o exoneradas del pago de impuesto a la renta de quinta categoría, no deben estar obligadas a reconocer participación en las utilidades a sus trabajadores.
5. La incorporación de los trabajadores de contratistas a la participación en las utilidades de sus usuarias requeriría la reforma del artículo 29º de la Constitución.
6. Es más lógica la incorporación al reparto de utilidades de las usuarias de los trabajadores de las empresas de servicios temporales, que la de los trabajadores de los contratistas que se dedican a actividades no nucleares. El criterio de inclusión tendría que ser en todo caso la intervención en las actividades principales de la usuaria.
7. La incorporación de los trabajadores de las contratistas a la participación en las utilidades de las usuarias es técnicamente muy complejo. Una fórmula meramente descriptiva abriría problemas de aplicación profundos.

Problema de la silicosis en el Perú: Marco jurídico:

Estela Ospina Salinas

INTRODUCCIÓN

Entre las actividades que exponen a los trabajadores a contraer la silicosis como enfermedad profesional se encuentra la minería. Debido a que el Perú es considerado un país minero¹, el presente ensayo se centrará en la relación entre silicosis y actividad minera.

¹ Se considera especializada productivamente a la economía de un país cuando la participación de un sector en la generación del PBI es igual o mayor al 8% y su contribución a la generación de divisas es mayor al 40%. Bajo esta definición, el Perú puede ser considerado como un país de economía minera. En: VV.AA. *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería del Perú*. Documento de Trabajo No. 145. OIT. Lima, 2002. Nota 21, página 236.

Su territorio es considerado como uno de los distritos mineros más importantes del mundo. Esta riqueza está conformada, fundamentalmente, por dieciséis productos metálicos y veinte no metálicos. Entre los primeros se encuentran los siguientes: oro, plata, cobre, plomo, zinc, hierro, antimonio, arsénico, bismuto, cadmio, estaño, selenio, telurio, indio, molibdeno y tungsteno. Y entre los segundos: andracita, arcilla común, arcilla refractaria, azufre, baritina, bentonita, caolín, cemento, caliza, cuarzo y cuarcita, diatomita, feldespato, mica, piedra y arena, pirofilita, roca fosfórica, sal, sílice, yeso y pizarra. Cita de "El aporte de la Minería a la Economía Nacional, Sociedad de Minería y Petróleo. CADE 83, lea. Nov. 1983 pp. 1-15" por Cisneros, Manuel. *Minería: Riqueza y pobreza del Perú*. Instituto Cultural José María Arguedas. 1986.

En la década del noventa, la participación del sector en la generación del Producto Bruto Interno se mantuvo por encima del 8%, teniendo como año base 1979 y su contribución a la generación de divisas fue en promedio algo más del 45% a lo largo de toda la década pasada. En: VV. AA. *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería del Perú*. Documento de Trabajo No. 145. OIT. Lima, 2002. Página 23.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, SOCIALES Y LEGISLATIVOS

1.1 Antecedentes históricos

En el siglo I d.C., Plinius El Viejo se impresionó mucho con el mal estado de salud de los mineros expuestos al plomo, al mercurio y a los polvos minerales. Enunció algunas normas preventivas y recomendó, para dichos trabajadores, el uso de una mascarilla hecha de vejiga de animales. En el siglo II d.C., Galeno describió la patología del saturnismo y también reconoció el peligro de las exposiciones a neblinas acidas, a las que estaban sometidos los mineros del cobre. Sin embargo, en la antigüedad no se daba mucha importancia a los riesgos ocupacionales, puesto que el trabajo era en gran parte realizado por esclavos. En el siglo XVI, Paracelso observó que existía una relación directa entre trabajo y salud y fue quizás el primero en sentar las bases de lo que hoy conocemos como los “límites de exposición ocupacional”, cuando afirmó que “cada sustancia es un veneno: es cuestión de la dosis”.

En 1556, Agrícola publicó el tratado “De re metallica”, en el cual describió los problemas de salud en los trabajadores de minas de metal y recomendó medidas preventivas como la ventilación de las minas, para mejorar la situación. Más tarde, en 1699-1700, Bernardino Ramazzini (1633-1714) reseñó de forma sistemática más de 50 enfermedades profesionales en su libro “*De morbis artificum diatriba*” y subrayó la importancia de la relación entre el trabajo y la salud. Sugirió a sus colegas que incorporaran a la anamnesis médica la siguiente pregunta: “¿Cuál es su ocupación?”. Desafortunadamente, hoy día muchos médicos todavía no la incluyen, hecho que contribuye al subdiagnóstico y a la subnotificación de las enfermedades ocupacionales, subestimándose consecuentemente su magnitud.

En el siglo XIX, a raíz de los cambios políticos, comenzó a existir una mayor preocupación sobre la salud de los trabajadores, lo que dio como resultado la aparición de varias publicaciones sobre este tema, tales como las de Percival Pott – el primero en describir un cáncer profesional, - y de Charles Turner Thackrah, quien estudió varios tipos de enfermedades ocupacionales².

² Véase VANDER HAAR, Rudolf y GOELZER, Berenice. *La Higiene Ocupacional en América Latina: Una Guía para su Desarrollo*. OPS-OMS. Programa de Salud de los Trabajadores. Washington D.C., 2001.

Desde disciplinas como la higiene ocupacional y la medicina del trabajo el interés en procurar la protección de la salud de los trabajadores tiene, como se aprecia, muy larga data.

1.2 Antecedentes históricos en el Perú

Desde los periodos preincas e incas, en el Tahuantinsuyo se trabajaron los metales y existieron procesos de extracción minera y de metalurgia diferentes de los occidentales, de lo cual dan cuenta historiadores como Mayer, Bonilla, y otros.

Durante el período del Virreynato, la minería se convirtió en una de las actividades que desempeñaban los antiguos peruanos en los llamados “obrajes”, ocasionándose una grave afectación sobre la salud y vida de esta población campesina que fue sometida a laborar según las técnicas europeas de extracción minera. Esto motivó que diversos sacerdotes, como Bartolomé de las Casas, se pronunciaran en defensa de la vida los indígenas. Estas acciones y diversos pronunciamientos ante la Corona española propiciaron que en 1756 se promulgara la Ordenanza sobre el trabajo en las minas y en los obrajes.

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, los trabajadores peruanos laboraban en pésimas condiciones de trabajo, en jornadas extendidas de 14 y 16 horas y sin siquiera las mínimas medidas de protección contra los riesgos laborales. Los accidentes mortales e incapacitantes eran frecuentes y los trabajadores padecían las enfermedades profesionales, sin conocerse el origen laboral de las mismas.

En esas condiciones surge el mutualismo, es decir un conjunto de asociaciones de trabajadores de ayuda mutua; luego vendrán las primeras organizaciones sindicales y con ellas las primeras luchas por medidas preventivas y compensatorias, como la Ley de Accidentes de Trabajo.

Es el momento en que, según Temoche³ se inicia en el Perú una primera ola de inversión del capital extranjero y, al mismo tiempo, el surgimiento de la clase obrera y de la organización sindical.

³ TEMOCHE BENÍTEZ, Ricardo “Cofradías, Gremios, Mutuales y Sindicatos en el Perú”, Lima 1960

En 1901 se estableció en el Perú la Compañía Minera Cerro de Pasco Co., con la que comenzó la explotación minera en gran escala, luego se instaló la Función de cobre y plomo en La Oroya y se construyó el ferrocarril central.

La legislación laboral estaba en sus orígenes, el factor trabajo se regía por la legislación mercantil y, según ella, correspondía al trabajador demostrar la responsabilidad del empleador en los casos de accidentes de trabajo. En esa época los trabajadores laboraban entre 12 y 14 horas diarias por ínfimos salarios y en condiciones inhumanas. En la minería la situación era más grave: según sostiene Temoche⁴ generalmente los trabajadores laboraban en el agua, descalzos y en ambientes húmedos e insalubres, sin equipos de protección de ninguna clase, es decir expuestos a todo tipo de riesgos y de enfermedades llamadas actualmente enfermedades profesionales.

La minería era entonces una de las actividades más riesgosas y, por tanto, la que más contribuía a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales, según “El Minero Ilustrado” del 19 de julio de 1911, que denunciaba que las víctimas de accidentes en las minas de Cerro de Pasco pasaban de 1.000, y según la historiadora socialista Dora Mayer, quien calculaba que la vida laboral promedio de un minero peruano no pasaba de los 5 años.

Para socorrer a los trabajadores o a las familias de los que resultaban inválidos, mutilados, muertos o incapacitados, por accidentes en el trabajo, surgió el mutualismo, constituido, como hemos ya mencionado, por sociedades de auxilios mutuos, basadas en la contribución solidaria de los trabajadores para ayudar a sus propios compañeros. Estas primeras formas de asociación precedieron a la organización sindical. La historia del movimiento obrero recoge el nombre de la “Sociedad de Auxilios Mutuos Unión”, dirigida por Antonio Arredondo y Ángel Ferretti, entre otros, registrando que fue ésta la que brindó su valiosa ayuda a la comisión de huelga de los trabajadores portuarios del muelle del Callao y Dársena en 1903, siempre según Temoche⁵.

⁴ Ibidem, pág. 38

⁵ Ibidem, pág. 44

1.3 Antecedentes sociales

La historia del movimiento sindical registra tres momentos iniciales en la lucha por la protección de la salud y la vida frente a los riesgos del trabajo. El primero se produce en el Primer Congreso Nacional Obrero de Lima, realizado el 12 de enero de 1901; el segundo se registra en el pliego de reclamos presentado por los trabajadores del Muelle y Dársena del Callao, el 3 de mayo de 1904 y el tercero corresponde a la huelga de los trabajadores brequeros del Ferrocarril Central, en 1906.

El Primer Congreso Nacional Obrero de Lima (1901), organizado por la Confederación de Artesanos Unión Universal, plantea la idea del desarrollo de la industria y las artes nacionales supeditado al dictado de leyes protectoras del trabajo. Por primera vez un Congreso Obrero incluye en sus demandas la reducción de la jornada laboral y la modificación de las tarifas salariales; y, concretamente, sobre siniestralidad laboral, plantea el *“establecimiento de medidas de higiene industrial en los lugares de trabajo, con la finalidad de disminuir las causas de accidentes y enfermedades profesionales. Así mismo, se acuerda demandar la construcción de hospicios para el asilo de obreros ancianos, inválidos e incurables”*. Además, con vocación previsor, el Congreso acuerda luchar por el establecimiento de una *“cátedra sobre higiene y seguridad industrial”*, tema que sería posteriormente recogido e incluido en las conferencias dictadas por el Amauta José Carlos Mariátegui en la Universidad Popular Gonzales Prada, que funcionó en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, impulsada por los estudiantes.

En la huelga de los trabajadores del Muelle y Dársena del Callao, en mayo de 1904, los trabajadores portuarios presentaron ante las autoridades portuarias un pliego de reclamos que contenía una serie de demandas, entre las que destacan las siguientes: la jornada de 8 horas de trabajo y el establecimiento de un salario general de tres soles diarios y ochenta centavos por hora de sobre tiempo, además del pago de doble salario por trabajo dominical.

Concretamente, en materia de seguridad y salud en el trabajo, en el punto 16 del pliego se señalaba: *“Si un trabajador se malogra en el uso de sus funcio-*

nes, la empresa o compañía a la que pertenezca está obligada a pagarle un jornal diario del trabajo en que se ocupa, además de médico y botica, sin exceptuar domingos, mientras permanezca en cama y hasta su total restablecimiento. Si fallece, la compañía le dará honrosa sepultura”.

Además, como medida reparatoria y en claro señalamiento de la responsabilidad de las empresas en los accidentes de trabajo y enfermedades, llamadas hoy enfermedades profesionales, se planteó el otorgamiento de una ocupación adecuada al trabajador disminuido en sus facultades por accidente o enfermedad.

Para la defensa de este Pliego se produjo una gran movilización sindical de protesta, la misma que fue reprimida violentamente por la policía, que disparó sus armas contra los manifestantes, resultando numerosos heridos y un muerto, el obrero Florencio Aliaga, cuyo entierro multitudinario fue acompañado por miles de trabajadores y ciudadanos chalacos. La historia lo proclamó el primer mártir del proletariado peruano, señala Temoche⁶.

Otra acción importante fue la de los trabajadores ferroviarios que sufrían constantemente los efectos de explosiones de calderas, descarrilamientos de trenes y derrumbes de las líneas. Como consecuencia de ello, numerosos trabajadores resultaban mutilados o muertos. En tal sentido, en julio de 1906 los brequeros del Ferrocarril Central se declararon en huelga, demandando entre otras peticiones el pago de una indemnización por accidentes del trabajo⁷.

⁶ Temiendo que el conflicto se extendiera al resto del país el gobierno obligó a los patrones a solucionar algunas de las demandas y dar fin al conflicto. La huelga terminó con un aumento de salarios y el pago de las horas extras. No se atendieron las reclamaciones por daños causados al trabajador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero quedó planteada como una bandera de lucha de los trabajadores. La prensa obrera felicitó a la “Unión de Jornaleros”, por el triunfo obtenido y sobre todo por el elocuente ejemplo dado al proletariado obrero del país (Los “Parias”, Junio 1904).

⁷ Ciertamente no la lograron en ese año, pero continuaron las luchas. Los ferroviarios del Sur, Centro y Norte del país mantuvieron presiones constantes ante la concesionaria Peruvian Corporation, algunas veces con paralizaciones de labores. Ello obligó al Ministerio de Fomento a dictar medidas para la atención médica a los ferroviarios. De esta manera se conseguía atención elemental de salud sin perder de vista la lucha por la ley de accidentes del trabajo.

Como se aprecia, desde inicios del siglo XX existió, por parte de las organizaciones de trabajadores, -mutualidades inicialmente o sindicatos después- un creciente interés en defender la salud en el trabajo.

1.4 Antecedentes legislativos

Las protestas de los trabajadores ante la actitud de las empresas mineras eran tan frecuentes que obligaron al gobierno a dictar una Resolución Suprema, el 4 de septiembre de 1903, estableciendo garantías mínimas para los trabajadores de las minas, constituyéndose ésta en una de las primeras normas del Derecho Laboral peruano. En ella se establecía que “el operario que perdiese la vida o quedara inutilizado para el trabajo por causa de un accidente, y que no le fuera imputable en la realización de la labor de que está encargado, el industrial le abonará a él o a su viuda o a sus hijos la indemnización que hubiese contratado. En defecto de falta de pacto, la Diputación de Minería fijará una pensión prudencial, que no exceda de la mitad del salario, por el plazo de 2 ó 3 años, sin perjuicio de que recurran al juez ordinario los interesados que no se conformen con esa decisión”. La norma, sin embargo, dejó a los abogados de las empresas el recurso de exigir al demandante que probase que no era culpable del accidente.

Los Tribunales de Justicia se encontraban atestados de demandas que solicitaban una indemnización por accidentes de trabajo y, en algunos casos, por enfermedades derivadas de la actividad laboral. En esas circunstancias se planteó la necesidad de dar una Ley que resolviera el problema de los riesgos profesionales y creara un procedimiento rápido para establecer su reparación. En este sentido, el Colegio de Abogados de Lima organizó un certamen para premiar el mejor proyecto de ley sobre accidentes de trabajo.

En ese contexto el Presidente López de la Romaña (1903) nombró una Comisión encargada de redactar un Proyecto de Ley sobre Accidentes de Trabajo, el mismo que resultó siendo calco y copia de la ley española de 1900 y que no llegó a remitirse al Congreso por presión de los empresarios. Posteriormente, en 1905, se presentó al Congreso un proyecto de ley indemnizatoria de los accidentes de trabajo, el mismo que no incluía medidas de prevención y ni establecía penalización para los responsables. Esta iniciativa tampoco prosperó. Finalmente, después de

11 años de lucha, se aprobó y promulgó la primera Ley de Accidentes de Trabajo No. 1398, de 20 de enero de 1911. Aún con derechos recortados, fue reconocida como una conquista social y fruto de la lucha y resistencia del pueblo trabajador. En 1916, mediante Ley 2290, se modificó y amplió sus alcances incluyendo a un mayor número de trabajadores y el tema de las enfermedades profesionales.

La primera enfermedad profesional reconocida en el país fue la neumoconiosis. Efectivamente, por la Ley No. 7975, de 12 de enero de 1935, en su art. único es estableció que: *“La neumoconiosis o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por intoxicación de gases derivados de productos químicos están comprendidas entre las enfermedades sujetas a indemnización por el empresario, de conformidad con las Leyes No. 1378 (Ley de Accidentes de Trabajo) y la Ley No. 2290 (modificación de la Ley 1378)”*. Este reconocimiento legal resultó tardío, debido a que operó veinticuatro años después del reconocimiento de los accidentes de trabajo en el país, cuando las actividades productivas como la minería tenían años de trabajo en condiciones de alto riesgo para la salud y vida de los trabajadores mineros. El mecanismo compensatorio adoptado, a través de compañías privadas, no resultó muy eficiente para los trabajadores afectados.

Posteriormente, a finales de la década de 1940 y durante la década de 1950, varios estudios de evaluación de riesgos laborales demostraron la existencia de grandes problemas de salud ocupacional en América Latina.⁸

Esta situación motivó, en los años siguientes, la creación de instituciones nacionales de salud ocupacional en varios países latinoamericanos, tales como Chile, Perú, Bolivia y Cuba. Estos países, con el apoyo internacional y la colaboración de la OPS, consiguieron⁹ el equipamiento, la infraestructura y la formación necesaria para ello, y se convirtieron en centros de referencia y de capacitación¹⁰.

⁸ Bloomfield, J.J., Importancia de la Higiene del Trabajo en el Desarrollo Económico de la América Latina. Oficina Sanitaria Panamericana. LII:5 (may), 1962.

⁹ OPS. Enfermedades Ocupacionales: Guía para su diagnóstico”. Publicación Científica No. 480. 1995.

¹⁰ Véase Van der Haar, Rudolf y Goelzer, Berenice. *La Higiene Ocupacional en América Latina: Una Guía para su Desarrollo*. OPS-OMS. Programa de Salud de los Trabajadores. Washington D.C., 2001, página 10.

2. SILICOSIS: UNA ANTIGUA ENFERMEDAD PROFESIONAL

2.1 El reconocimiento de las enfermedades profesionales

En la publicación de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) “Enfermedades ocupacionales: Guía para su diagnóstico”, se menciona que: “Las enfermedades ocupacionales se presentan de diversas formas clínicas, pero tienen siempre un agente causal de origen profesional, lo que permite clasificar a los trabajos de acuerdo con la capacidad potencial de producirlas. Su vinculación directa con la exposición a factores patógenos característicos de un definido grupo de actividades permite establecer relaciones precisas entre causa y efecto, y entre tiempos de exposición y concentraciones y efectos; permite también fijar un conjunto de valores máximos de concentraciones permisibles en los locales de trabajo”. Seguidamente añade: “El inicio de las enfermedades ocupacionales es lento y solapado: éstas surgen como resultado de repetidas exposiciones laborales o incluso por la sola presencia en el lugar de trabajo, pero pueden tener un período de latencia prolongado. Muchas de estas enfermedades son irreversibles y graves; sin embargo, muchas son previsibles, razón por la cual todo el conocimiento acumulado debería utilizarse para su prevención. Conocida su etiología, es posible programar la eliminación o control de los factores que las determinan”.

2.2 Características de la silicosis

Para un acercamiento a la enfermedad profesional, se recurre al profesor Labbate¹¹, una autoridad en la materia, quien señala: “La Silicosis es la enfermedad que ocurre en los individuos que respiran polvo de piedra o arena triturada y/o cualquier otro producto que contenga sílice (SiO₂) puro, cristalino y en partículas menores a 10 micrones de diámetro. Los más damnificados son: mineros; pulidores; obreros de la fabricación de vidrios; poceros; operarios que manipulan tierra de diatomeas, ágata, jade; operarios en el cortado y pulido de piedras preciosas y semipreciosas; operarios de la cerámica; arenadores; fundidores; y muchos otros que se desempeñan en tareas con uso de material que contiene sílice”.

¹¹ I.L.A. *Por la Eliminación de la Silicosis en la Región Andina*. Documento de Trabajo No. 6. Lima, 2006.

El mismo autor sostiene que “todo trabajo que implique la utilización de rocas, arena y pedernal está usando material con sílice, y siempre que el mismo es convertido en polvillo, en partículas de < 10 mcrs de diámetro, se yergue como origen de enfermedades que padecen los que lo respiran: obreros, empleados o vecinos. Las partículas de sílice, al llegar al fin de la vía aérea, son trasladadas a los alvéolos (bolsitas membranosas ubicadas al final del bronquio, a través de las que se realiza el intercambio oxígeno-anhídrido carbónico) y destruyen las células que los componen; frente a ello el organismo repara la destrucción reemplazándolas por fibras. El tejido fibroso no respira. Cuando esto comienza y el foco silicofibroso toma un pequeño volumen de pulmón no hay problema mayor. Pero, si la contaminación continúa y los volúmenes de fibrosis aumentan de tamaño cambiando pulmón sano por órgano fibrosado, dan lugar a la enfermedad y paulatinamente a toda la sintomatología propia de ella: tos, disnea, adelgazamiento, discapacidad y óbito. Y todas las silicosis son autoevolutivas: una vez que se instalaron continúan su curso, aunque se interrumpa la contaminación”.

De lo señalado resulta evidente que la silicosis es una enfermedad que se puede prevenir. Cuando en los centros de trabajo no se establecen las condiciones para su prevención, es incurable, autoevolutiva, progresiva, irreversible e incurable. Por tanto, el trabajador y la trabajadora expuestos al sílice en polvo deberán conocer las características de esta enfermedad para comprometerse en las acciones preventivas.

2.3 Presencia de la silicosis en la minería

Expertos investigadores del llamado “Mal de montaña crónico”, Arregui, León Velarde y Valcárcel¹² señalan que “la problemática de salud ocupacional del trabajador minero se concentró en el pasado en estudios de prevalencia de las neumoconiosis y su prevención. Existen al respecto varios trabajos que demuestran que la prevalencia de las neumoconiosis aumenta en función de la altura sobre el nivel

¹² Arregui, Alberto; León Velarde, Fabiola y Valcárcel, Marcel. *Salud y Minería: El Riesgo del Mal de Montaña Crónico entre Mineros de Cerro de Pasco*. Concytec- Adec-Atc. Lima, 1990

del mar a la que se encuentra el centro minero” (Ferrándiz, 1967; Ruiz y Ruiz, 1983; Kikushima, 1987).

Los autores citados mencionan que para Cerro de Pasco, “en las décadas de los años sesenta y setenta, los estudios sobre neumoconiosis fueron hechos principalmente por el Instituto Nacional de Salud Ocupacional (Abarca, 1967; Ferrándiz, 1967; Prazak, 1967; Carlin, 1973). En la década de los ochenta estos estudios han sido realizados por el Ministerio de Energía y Minas (Ruiz y Ruiz, 1983) y por el Instituto de Investigación de Enfermedades Profesionales Mineras (INVEPROMI) (Kikushima, 1987)¹³. Según estos estudios, aproximadamente el 52% de los mineros tiene alguna forma de lesión radiológica relacionada a la neumoconiosis; podemos añadir que este valor representa una prevalencia de neumoconiosis (por diagnóstico radiológico) de 24% entre mineros en el Perú (minas de nivel del mar y altura). La prevalencia calculada de signos radiológicos relacionados a la neumoconiosis para mineros que laboran en el departamento de Pasco es de 41%, razón por la cual se menciona que el riesgo de neumoconiosis aumenta con la altura”.

En el Documento de Trabajo No. 145 de la OIT¹⁴ se establece que, “según las fuentes de la Dirección de Salud Ocupacional - Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA) del Ministerio de Salud, durante el año de 1998 y a nivel nacional se ha reportado la evaluación de un total de 1.430 trabajadores reclamantes según diferentes agentes de riesgo. Estos trabajadores accedieron al examen médico ocupacional a fin de conocer su estado de salud y, en caso encontrarse con alguna enfermedad ocupacional, proceder a la petición de derechos que pudiera corresponderle. Del total, 1.220 trabajadores del sector minero metalúrgico fueron evaluados para determinar la presencia de silicosis. De este sector, 89 trabajadores (7,29%) fueron considerados normales; 235 (19,26%) se catalogaron como portadores de silicosis grado 1; 812 (66,5%) con silicosis grado 2; 80 (6,55%) con silicosis grado 3; y 4 (0,32%) con sílico-tuberculosis”.

¹³ Los estudios se han llevado a cabo en casi todas las minas del país y los resultados de las tasas de prevalencia de la neumoconiosis se expresaron tanto en términos de la altura de las minas como en términos del tiempo de exposición a la actividad en ellas. En la mayor parte de los trabajos en mención se efectuaron mediciones de la capacidad vital (prueba de función pulmonar) y se han hecho radiografías de tórax.

¹⁴ VVAA. Documento de Trabajo No. 145. *Condiciones de trabajo, seguridad y salud ocupacional en la minería del Perú*. OIT. Lima, 2002.

Este equipo de investigadores estableció que: “Se ha calculado que uno llega al primer estadio de neumoconiosis (1/0; hallazgo radiológico de exposición mínima al polvo) después de 5-10 años de trabajo continuado en las minas (Ruiz y Ruiz, 1983). Pero, ¿qué es lo que puede estar pasando realmente en los pulmones? Al respecto es interesante e importante observar lo que se encuentra en los pulmones en los casos de autopsia de mineros con este estadio temprano de neumoconiosis que han fallecido accidentalmente. Los informes de la patología pulmonar muestran: apariencia macroscópica de antracosis o induraciones silicóticas aún cuando los informes de rayos X tomados mostraban tan sólo lesiones mínimas de exposición al polvo. Para nosotros es evidente que la radiología nos está dando una visión muy limitada de la realidad pulmonar del minero. Si bien el minero de altura tiene características fisiológicas (e.g., aumento de la capacidad vital respiratoria y la alta concentración de hemoglobina) que reflejan una adaptación a la falta de oxígeno, hemos encontrado una reducción significativa de la capacidad vital respiratoria con la edad en los trabajadores de Cerro de Pasco comparada con la de los trabajadores mineros de Marcona. Esta marcada disminución pone al minero de Cerro de Pasco en una situación respiratoria de desventaja a medida que aumenta su edad y/o tiempo de permanencia en la altura, sobre todo si se añade a esto la presencia de neumoconiosis que afecta al pulmón de manera irreversible”.

El tema de la silicosis y la altura es especialmente significativo, debido a que más del 70% de la minería en el país se desarrolla por encima de los 3.000 metros sobre el nivel del mar. Lo cual implica una exposición combinada no sólo al sílice del trabajo minero sino a los procesos de adaptación o desadaptación a laborar en altura, con problemas de presiones superiores a la normal y de limitada oxigenación, entre otros. Como consecuencia de este proceso, en la minería de altura el riesgo del polvo silicógeno se acrecienta y el ritmo de propensión a contraer silicosis se acelera, en relación al trabajador que labora en minas de baja altitud. Al incrementarse la cantidad de aire que se aspira, se incrementa también la acumulación de elementos tóxicos, de polvos dañinos, en los pulmones, a un ritmo mayor que lo normal¹⁵.

¹⁵ Cita a Ruiz y Ruiz (1984:p 27) por Quispe, David. *Creadores de la profundidad. Condiciones de trabajo, vejez y jubilación en la actividad minera*. Ipemin. 1993. Página 35

3. MARCO JURÍDICO VIGENTE SOBRE LA SILICOSIS EN EL PERÚ

3.1 Definición de enfermedad profesional

A diferencia del tratamiento que han merecido los accidentes de trabajo en la interpretación jurídica, jurisprudencial y doctrinaria en materia de riesgos del trabajo, las enfermedades profesionales no han tenido un abordaje de similar calidad ni importancia. Además, su incorporación en la legislación como una modalidad de riesgo laboral distinto del accidente de trabajo aún es inconclusa. Efectivamente, algunas legislaciones como la brasilera o la chilena se tiende a incorporar en el concepto de accidente a la enfermedad profesional.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (art. 2º inc. n), en concordancia con el art. 3º del Reglamento del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (RSCTR) y con la cuarta disposición transitoria del RSCTR se establece que *se entiende como enfermedad profesional todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar*.

Interesa hacer una breve interpretación literal de esta definición: por “*estado patológico*” se entiende que se trata de una condición de enfermedad (patología es la parte de la Medicina que estudia las enfermedades); por “*permanente o temporal*” se hace referencia a si la condición de afectación a la salud tiene un contenido definitivo o transitorio; por “*sobreviene al trabajador*” se comprende al sujeto trabajador; por “*consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña*” se señala la existencia de una relación causal directa (aspecto evidente en algunas de las enfermedades clásicas como las neumoconiosis, pero no así para comprender otros procesos patológicos como el estrés ocupacional, por ejemplo); y, finalmente por “*o del medio en que se ha visto obligado a trabajar*” se establece la posibilidad de considerar como causas de la enfermedad profesional las condiciones y el medio ambiente de trabajo. Es importante anotar que esta definición y el listado de enfermedades profesionales tienen relación con aquellas situaciones que serán compensadas.

3.2 Reconocimiento de la silicosis como enfermedad profesional

En la legislación vigente, el reconocimiento de la silicosis como enfermedad profesional se derivó de la cuarta disposición transitoria del D.S. 003-98-SA, que dispuso RSCTR hasta la reciente aprobación de la “Norma Técnica de Salud que establece el Listado de Enfermedades Profesionales”. Efectivamente, esta disposición transitoria del año 1998 estableció que “mientras el Ministerio de Salud (MINSA) no emita las normas técnicas para la calificación de invalidez, las aseguradoras, el Instituto Nacional de Rehabilitación o la institución a su cargo, emplearán... para el caso de las enfermedades profesionales se recurrirá a las listas y criterios utilizados en el régimen derogado del D. Ley No. 18846 y sus normas reglamentarias”. Efectivamente, el Seguro de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales (SATEP) creado por el D. Ley 18846, fue reglamentado por el D.S. 002-72-TR de 24 de febrero de 1972 y, como parte de sus contenidos, optó por el modelo del listado¹⁶. Este Listado estuvo vigente durante más de 36 años. Es así que en 1972, a través del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional y de su Reglamento (D.S. 002-72-TR) se establece como primera enfermedad profesional: “1. Neumoconiosis causada por polvos minerales esclerógenos (silicosis, antracosilicosis, asbestosis) y silicotuberculosis, siem-

¹⁶ Los distintos modelos existentes se pueden resumir en tres: listado abierto, cerrado y mixto. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) describe tres sistemas para el reconocimiento de las enfermedades profesionales (EP); los países pueden decidir libremente cuál de ellos eligen y estructurar su normativa legal en función del que adopten. Sistema de listas o de listas cerradas Establecen una lista de enfermedades que serán reconocidas como enfermedades profesionales cuando sean contraídas en unas condiciones predefinidas. El sistema de lista tiene el inconveniente de que únicamente comprende un determinado número de enfermedades profesionales, pero presenta la ventaja de que, en las condiciones señaladas, se presume su origen profesional de manera que el trabajador no tiene necesidad de demostrarlo y garantiza la uniformidad de las prestaciones. Sistema de definición genérica o de cobertura total Cuentan en su legislación con una definición general de enfermedad profesional. En teoría este sistema abarca la totalidad de las enfermedades profesionales, si bien en este ámbito corresponde al trabajador afectado demostrar el origen profesional de la enfermedad. En la práctica el reconocimiento se ve condicionado por las políticas que se establezcan para la demostración de causalidad.

Sistema mixto o de listas abiertas Establecen una lista de enfermedades y añaden una definición general de enfermedad profesional o unas disposiciones que permitan establecer el origen profesional de las enfermedades que no figuran en la lista o que se manifiestan bajo condiciones diferentes a las predefinidas. Muchos estados han optado por este sistema mixto, que combina las ventajas de los dos y está libre de los inconvenientes. Más información: <http://www.mtas.es/insht/EncOIT/Index.htm>

| AGENTE | CIE 10 | Relación de síntomas y patologías relacionadas con el agente | Principales actividades capaces de producir enfermedades relacionadas con el agente |
|-----------------------|--------|--|--|
| Polvo de sílice libre | J 62 | Silicosis | <p>Trabajos expuestos a la inhalación de polvo de sílice libre y especialmente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Trabajos en minas, túneles, canteras, galerías, obras públicas • Tallado y pulido de rocas silíceas, trabajos en canteras • Trabajo en seco, de trituración, tamizado y manipulación de minerales y rocas • Fabricación de vidrio, porcelana, loza y otros productos cerámicos • Fabricación y conservación de ladrillos refractarios en base a sílice • Fabricación y mantenimiento de abrasivos y de polvos detergentes • Trabajos desmoldeo, desbaratado y desarenado en las fundiciones • Trabajos con muelas (pulido, afinado) que contengan sílice libre • Trabajos en chorro de arena y esmeril • Industria cerámica • Industria siderometalúrgica • Fabricación de refractarios • Fabricación de abrasivos • Industria del papel • Fabricación de pinturas, plásticos y gomas. |

pre que la silicosis sea una causa determinante de incapacidad o muerte. Involucra a todos los trabajos que entrañan el riesgo”. Por tanto, se incluyó expresamente a la silicosis como una enfermedad profesional reconocida legalmente en el listado.

Recientemente, el 17 de julio del 2008 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Ministerial No. 480-2008/MINSA “Norma Técnica de Salud que establece el Listado de Enfermedades Profesionales” que considera en el denominado Grupo 4: “Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados”

La OIT el 2002 adopta la Recomendación 194¹⁷ sobre la Lista de Enfermedades Profesionales, que sustituye a la anterior de 1980. Como antecedentes, en 1919, el año de su creación, definió el ántrax como enfermedad profesional y en 1925 estableció la primera lista de enfermedades profesionales, en la que se incluían tres enfermedades; poco después en el listado de 1934 la relación aumentó a 10. En 1964 la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el Convenio 121 sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; a este convenio se adjuntó una lista de enfermedades profesionales, lo que permitía su modificación sin necesidad de adoptar un nuevo convenio. La finalidad de esta relación no era incluir la totalidad de enfermedades profesionales, sino exponer las que tienen mayor incidencia y orientar medidas preventivas que puedan beneficiar a los trabajadores¹⁸. De lo cual se desprende que la constante evolución de las condiciones y el mercado de trabajo exige una revisión continua de la lista y la incorporación de nuevas enfermedades profesionales, que se han incluido en las sucesivas propuestas. La lista actual consta de cuatro categorías, amplía la relación de enfermedades y señala la conveniencia de que los estados incluyan en sus listas nacionales una parte de “Presuntas enfermedades profesionales”¹⁹.

En conclusión, es fundamental la pronta publicación de los protocolos para el diagnóstico y de los manuales de calificación del Listado de Enfermedades Profesionales recientemente aprobado.

¹⁷ OIT. Recomendación 194 Sobre la Lista de Enfermedades Profesionales y el Registro y notificación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Ginebra 3 de junio de 2002.

¹⁸ LESAGE M. *Enfermedades relacionadas con el trabajo y enfermedades profesionales: Lista Internacional de la OIT*. En: OIT Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. Madrid: MTAS 1998; p. 26.2.

¹⁹ <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/subjectS.htm#s12>

3.3 Se adoptan, para la evaluación y el diagnóstico de la neumoconiosis, los lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT: Resolución Suprema N° 014-93-TR 23 de agosto de 1993

Con esta Resolución Suprema de 1993 se procuraba, según los considerandos, codificar las anormalidades radiográficas del tórax provocadas por la inhalación de polvos en ambientes de trabajo, para fines de investigación, control y vigilancia epidemiológica, comparación estadística y registro sistemático de la formación a nivel nacional. Además, se mencionaba que se adoptaba la Clasificación Internacional de Neumoconiosis de la Organización Internacional de Trabajo, edición de 1980.

Sin embargo, en el artículo 1° de esta R. S. se procedió a adaptar, para la evaluación y el diagnóstico de la Neumoconiosis en el país, las pautas y criterios señalados en los lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), edición 1980, estableciéndose una escala de profusión de imágenes radiográficas:

| SIN NEUMO- CONIOSIS | SOSPECHA DE NEUMOCONIOSIS | CON NEUMOCONIOSIS | | | |
|------------------------|------------------------------|-------------------|-------------|-------------|---------------|
| | | 1/1 1/2 | 2/1 2/2 2/3 | 3/2 3/3 3/+ | 4A-4B=4C |
| 0/0 | 1/0 | 1/1 1/2 | 2/1 2/2 2/3 | 3/2 3/3 3/+ | 4A-4B=4C |
| CERO | | UNO | DOS | TRES | CUATRO |

Además, estableció que el Instituto Nacional de Salud Ocupacional (INSO), los servicios médicos asistenciales del Ministerio de Salud, el Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy EsSalud) y las demás instituciones públicas y privadas vinculadas con la salud ocupacional, obligatoriamente establecerán el Registro Único de Neumoconiosis de origen profesional, con el objeto de elaborar la información estadística a nivel nacional.

Otro contenido sobre el cual se generó un especial debate técnico-jurídico fue el haber establecido que los trabajadores con diagnósticos radiográficos categorizados como 1/0 (sospecha de neumoconiosis, según Resolución Suprema N° 014-93-TR 23 de agosto de 1993) serán objeto de control y vigilancia

epidemiológica periódica por el empleador, bajo la supervisión y fiscalización de los organismos competentes en materia de higiene, seguridad y salud ocupacional.

Se estableció la obligación de las empresas industriales y mineras de remitir al Ministerio de Trabajo y Promoción Social (hoy Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), al Instituto Nacional de Salud Ocupacional (INSO) y al sector al que pertenecen, la información vinculada con la prevención y protección de la salud de los trabajadores. Asimismo, los Ministerios de Salud, Energía y Minas, el INSO y el IPSS (hoy EsSalud) debían promover la difusión y aplicación de la Clasificación Radiográfica adoptada en la Resolución Suprema, que difiere de la Clasificación Internacional de Neumoconiosis de la misma OIT.

El Dr. Heriberto Ruiz y Ruiz mencionó²⁰ que: “La subcategoría 1/0 expresada en la R.M. 014-92-TR estaba sustentada en la singularidad del trabajo minero del Perú, por su modalidad, por la altitud de la labor, los minerales explotados, la eritrocitosis excesiva de altura, los factores de error en la toma y la lectura radiográfica, el poco entrenamiento del médico lector, etc. Además en la Nota 8 de los lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la OIT, edición 1980, se dice a la letra: “Las categorías 0/1 y 1/0 pueden ser utilizadas para representar sospecha de neumoconiosis”.

Esta Resolución Suprema N° 014-93-TR (de 23 de agosto de 1993) amerita un análisis, por el efecto que tiene para los procesos de calificación de la silicosis. La primera observación consiste en que la R.S. en mención sólo reconoce 10 niveles de profusión y no doce, obviando los niveles 0/- y 0/1, que sí figuran en los criterios de la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la OIT, edición 1980. Una segunda observación se desprende del hecho que, mientras la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la OIT, edición 1980, menciona la subcategoría 1/0 en la categoría “1” y como neumoconiótica, en esta R.S. se la independiza y coloca como “sospecha de neumoconiosis”. Aspecto que es recuperado en el Documento de Trabajo No. 145 de

²⁰ Ibidem, página 121

la OIT, donde se dice que en los Estados Unidos se considera el grado 1/0 de la Clasificación Radiológica como diagnóstico de neumoconiosis.

En conclusión, es posible afirmar que la Resolución Suprema N° 014-93-TR (de 23 de agosto de 1993) deberá ser modificada y deberá aprobarse la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la OIT, edición 1980 y los criterios técnico jurídicos establecidos por la OIT.

3.4 Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (D.S. 046-2001-EM)

Este es el Reglamento que norma la seguridad y salud en las actividades mineras del país. Consta de 3 títulos, 6 capítulos, 50 subcapítulos, 357 artículos, dos disposiciones complementarias y 14 anexos.

3.4.1 Finalidad del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera

En el artículo 1° del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (RSHM) se menciona que el “fin es la protección de la vida humana, la promoción de la salud y seguridad, así como la prevención de accidentes e incidentes, relacionados a las actividades mineras”. Como se desprende del texto citado, no se explicita la prevención de las enfermedades profesionales, aspecto que debió establecerse expresamente.

3.4.2 Determinación de los límites máximos permisibles (LMP)

Un aspecto especialmente relevante y crítico para la prevención de la silicosis es la determinación de los límites máximos permisibles (LMP). Sobre este particular, el RSHM, en su artículo 86° y su anexo 4 estableció que las concentraciones máximas permisibles de gases, vapores, humos, polvos y nieblas tóxicas. Los límites máximos permisibles (LMP) de los agentes químicos medidos en el punto de emisión, serán los siguientes:

- a) Polvo inhalable: 10 mg/m³ (*).
- b) Polvo respirable: 3 mg/m³ (*).
- c) Oxígeno (O₂): mínimo 19,5%.

- d) Dióxido de carbono (CO₂): máximo 9.000 mg/m³ ó 5.000 ppm.
- e) Monóxido de carbono (CO): máximo 29 mg/m³ ó 25 ppm.
- f) Metano (NH₄): máximo 5.000 ppm.
- g) Hidrógeno sulfurado (H₂S): máximo 14 mg/m³ ó 10 ppm.
- h) Gases nitrosos (Nox): máximo 7 mg/m³ ó 5 ppm.
- i) Anhídrido sulfuroso (SO₂): máximo 5 ppm.
- j) Aldehídos: máximo 5 ppm.
- k) Hidrógeno (H): máximo 5.000 ppm.
- l) Ozono: máximo 0,1 ppm.

(*). Este valor es para la materia particulada inhalable (total) que no contenga amianto y con menos del 1% de sílice cristalino.

Por tanto, es obligación del titular de la actividad minera efectuar mediciones periódicas de agentes químicos, de acuerdo con el plan de monitoreo, sobre todo en los lugares susceptibles de mayor concentración, verificando que se encuentren por debajo del límite máximo permisible (LMP), para garantizar la salud y seguridad de los trabajadores.

Además, el Reglamento establece que, en las minas subterráneas donde operan equipos con motores petroleros, deberán adoptarse las siguientes medidas de seguridad:

- a) Deberán estar provistas de equipos diseñados para controlar que las concentraciones de emisión de gases estén por debajo del límite máximo permisible (LMP).
- b) Deberán monitorear y registrar en el escape de las máquinas:
 - 1.-Diariamente, las concentraciones de monóxido de carbono.
 - 2.-Mensualmente, óxidos nitrosos y aldehídos.
- c) Las operaciones de las máquinas diesel se suspenderán y se prohibirá su ingreso a labores de mina subterránea cuando:
 - 1.-Las concentraciones de monóxido de carbono, monóxido de nitrógeno o aldehídos en el ambiente de trabajo estén por encima del límite máximo permisible

- 2.- La emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de mil ppm. de monóxido de carbono y de vapores nitrosos, medidos en las labores subterráneas.
- d) Cuando la producción de gases ofrezca peligro a otras labores de la mina, se deberá:
- 1.- Contar con equipos de ventilación forzada que sean capaces de diluir los gases a concentraciones por debajo del límite máximo permisible.
 - 2.- Si las labores están gaseadas o abandonadas, serán clausuradas por medio de puertas o tapones herméticos que impidan el escape de gases.

Sobre este particular, es importante aclarar que el concepto de “Límite Máximo Permisible” (LMP) que en el Perú sirve de medición de los agentes contaminantes es el mismo que el Thresold Limit Value (TLV) de los Estados Unidos de Norteamérica; mientras para la OIT la expresión “Límites de Exposición”, -utilizada por primera vez por la Conferencia Internacional del Trabajo en el Convenio No. 148-, y que “abarca las diversas formulaciones utilizadas para referirse a los valores límites de calidad en el lugar de trabajo como “concentración máxima permisible”, “valor límite umbral”, “nivel permisible”, “valor límite”, “valor límite medio”, “límite permisible”, “medida ponderada en el tiempo”, “normas de higiene laboral”²¹.

Cabe destacar lo que Quispe sostiene en relación a la aplicación del TLV en la actividad minera peruana. Señala que la American Conference of Government (ACGIH) ha intentado establecer los márgenes de seguridad del TLV y ha señalado cuándo cabe usarlo correctamente y cuándo no. Al respecto, textualmente sostiene lo siguiente: “Los TLV... no están concebidos para usarlos con o sin modificaciones, en los siguientes casos: 1) Para la evaluación y control de los niveles de agentes físicos en ambientes no laborables. 2) Como prueba a favor o en contra de la existencia de una enfermedad. 3) *Para su utilización en países cuyas condiciones de trabajo difieran de las existentes en los Estados Unidos de América*”²². Conforme se citó en el punto 2.3. del presente ensayo, el factor

²¹ Quispe, David. *Creadores de la profundidad. Condiciones de trabajo, vejez y jubilación en la actividad minera*. Ipemin. 1993. Páginas 13 y siguientes.

²² Citado por Quispe, David. *Creadores de la profundidad. Condiciones de trabajo, vejez y jubilación en la actividad minera*. Ipemin. 1993. como ACGIH, 1977: p 60. Las cursivas son de la autora.

altura es sumamente importante y, sin embargo, a la fecha no existen estudios cuya orientación sea fundamentar un límite de exposición a la altura con similar criterio y función que los TLV, pero con una rigurosa adaptación a este aspecto característico del Perú.

3.4.3 Determinación del tratamiento de las enfermedades profesionales

En el artículo 167° del RSHM se establece que “todo aquello referido a enfermedades profesionales, tales como casos de silicosis, neumoconiosis, exposición a plomo, mercurio, manganeso, cadmio, arsénico y otros similares, estarán sometidos a las disposiciones correspondientes emitidas por la Organización Internacional del Trabajo OIT, el sector Salud y el sector Trabajo, correspondiendo la fiscalización sobre la materia a los sectores mencionados”. Este artículo se complementa con el artículo 165° del RSHM sobre los exámenes médicos preocupacionales, de control anual y de retiro; con el artículo 166, según el cual el examen médico de retiro es indispensable para documentar el estado de salud en que queda el trabajador al término de la relación laboral; y con el artículo 168, sobre la importancia de la labor sanitaria de contenido preventivo tanto en el centro minero como en la comunidad.

3.4.4 Determinación de los estándares de ventilación en el RSHM

La ventilación es un aspecto crítico en la minería subterránea y es un componente preventivo fundamental para la prevención de la silicosis. El RSHM, en sus artículos 204° a 208°, establece normas específicas. Lo fundamental es que todo titular de actividad minera dote de aire limpio a las labores mineras- de acuerdo con el número y las necesidades del personal, el tipo y el número de las maquinarias y las labores que se realizan-, evacuando los gases, los humos y el polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador. Todo sistema de ventilación en la actividad minera debe mantener el ambiente dentro de los LMP de agentes químicos antes mencionados.

Esta situación se complica con el uso de equipos pesados que funcionan con motor de combustión interna y son utilizados por la gran y mediana minería en trabajos en subsuelo. Por ello se adopta una ventilación mecánica o forzada. Las

normas técnicas intentan eliminar la contaminación del aire en el interior de la mina, logrando la circulación por las chimeneas de salida, previo estudio de un diseño de ventilación, así como por el uso de ventiladores que permitan satisfacer los requerimientos exigidos. Las normas del RSHM establecen las siguientes obligaciones:

- a) Al inicio de cada jornada se deberá verificar la ventilación y la condición de seguridad del área de trabajo.
- b) En todas las labores subterráneas se mantendrá una circulación de aire limpio y fresco en la cantidad y calidad suficientes, de acuerdo con el número de personas y con el total de HP de los equipos con motores de combustión interna, así como para la dilución de los gases que permita contar en el ambiente de trabajo con un mínimo de 19,5% de oxígeno.
- c) Las labores de entrada y salida de aire deberán ser absolutamente independientes. En el interior de las minas, el circuito general de ventilación se dividirá en ramales, para hacer que todas las labores reciban su parte proporcional de aire limpio y fresco.

Un aspecto relevante es la consideración establecida en el artículo 204° inc. d) del RSHM, que establece el incremento en la cantidad de aire en función de un incremento por gradientes de altura, de acuerdo a la fórmula siguiente: “Cuando las minas se encuentren hasta 1.500 metros sobre el nivel del mar, la cantidad mínima de aire necesaria por hombre será de tres (3) metros cúbicos por minuto (3m³/min) en los lugares de trabajo. En altitudes mayores, la cantidad de aire será aumentada de acuerdo con la siguiente escala:

- De 1.500 a 3.000 metros se aumentará en 40%; será igual a 4 m³/min.
- De 3.000 a 4.000 metros se aumentará en 70%; será igual a 5 m³/min.
- Sobre los 4.000 metros se aumentará en 100%; será igual a 6 m³/min.

En el caso de que las unidades mineras empleen un equipo de combustión interna autorizado, la cantidad de aire circulante no será menor de tres metros cúbicos por minuto (3 m³/min) por cada HP que desarrolle el equipo”

Asimismo, el mencionado RSHM dispone que la información sobre el contenido de polvo por metro cúbico de aire existente en las labores de actividad minera debe ser puesta en conocimiento de los trabajadores. En el caso de las minas de carbón, esto ha sido normado de manera específica. La fiscalización estará a cargo de la Dirección General de Minería.

En conclusión, es importante proponer una modificación al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (D.S. 046-2001-EM), a fin de que no sólo se incorpore entre las finalidades normativas la prevención de las enfermedades ocupacionales, sino que también se proceda a la reglamentación del tratamiento preventivo de la silicosis y de otras enfermedades profesionales producto de la exposición minera.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. BREVE ACERCAMIENTO

Interesa un enfoque no sólo sobre el tratamiento legislativo al tema de la silicosis como enfermedad profesional, sino también a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En esta fundamental institución jurídica, al 10 de junio de 2008 se han examinado y sentenciado 786 expedientes, desde el año 2000 al 2008. Entre las materias de tales expedientes se encontraba la silicosis como enfermedad profesional: en unos casos, a raíz de una controversia para obtener la pensión o renta vitalicia, de conformidad con el derogado Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional (SATEP) o con el vigente Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR); en otros casos, para obtener una pensión de jubilación de acuerdo con el régimen especial de los mineros establecido por la Ley No. 25009 (Ley de Jubilación Minera, Metalúrgica y Siderúrgica) y su Reglamento D.S. 029-89-TR, que en su artículo 20° estableció que “los trabajadores de la actividad minera que padezcan el primer grado de silicosis o su equivalente en la tabla de enfermedades profesionales tendrán derecho a la pensión completa de jubilación”.

Tan sólo un breve análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional amerita un trabajo específico; sin embargo, hemos procesado algunos de los

casos, para cuya selección se procedió según técnicas de estadística, presentándose los resultados en el siguiente cuadro.

| EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS | RESOLUCIÓN | PERÍODO |
|---|--|--|--|
| <p>EXP. N.º 02322-2007-PA/TC</p> <p>HUANCAYO</p> <p>MÁXIMO ECHAVIGURIN</p> <p>PERALTA</p> | <p>1. En la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención y, adicionalmente, que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio.</p> <p>2. En el presente caso, el demandante pretende que se le otorgue renta vitalicia por enfermedad profesional, conforme al Decreto Ley N.º 18846, tomando en cuenta que padece de neumoconiosis. En consecuencia, la pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la STC 1417-2005-PA, motivo por el cual se analizará el fondo de la cuestión controvertida.</p> | <p>1. Declarar FUNDADA la demanda.</p> <p>2. Ordenar que la entidad demandada otorgue al demandante la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional, con arreglo a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, dispone que se le abonen los devengados conforme a la Ley N.º 28798, los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales.</p> | <p>Inicio: 19 de abril de 2005</p> <p>Fallo: 27 de noviembre de 2007</p> |
| <p>EXP. N.º 01202-2007-PA/TC</p> <p>LIMA</p> <p>RODOLFO NICOLÁS</p> <p>CHÁVEZ LÓPEZ</p> | <p>En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5, inciso 1, y 38 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que, en el presente caso, aun cuando la demanda cuestiona la suma específica de la pensión que percibe la parte demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso (grave estado de salud del demandante), a fin de evitar consecuencias irreparables.</p> | <p>Declarar IMPROCEDENTE la demanda de amparo, quedando obviamente a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer conforme a ley.</p> | <p>Inicio: 26 de setiembre de 2003</p> <p>Fallo: 16 de noviembre de 2007</p> |
| <p>EXP. N.º 01272-2007-PA/TC</p> <p>JUNÍN</p> <p>LEONCIO ARREDONDO</p> <p>URETA</p> | <p>Procedencia de la demanda</p> <p>En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5º, inciso 1) y 38º del Código Procesal Constitucional, en el presente caso, aun cuando la pretensión se encuentra dirigida a cuestionar la suma específica de la pensión que</p> | <p>1. Declarar FUNDADA la demanda en cuanto a la aplicación de la Ley N.º 25009; en consecuencia, NULA la Resolución N.º 165-DP-IGP-GDP-IPSS-89; por consiguiente, ordenar que la demandada otorgue pensión de jubilación minera al demandante, conforme a los fundamentos de la presente, con abono de los devengados e intereses correspondientes, más costos.</p> <p>2. INFUNDADA con relación a la aplicación de la Ley N.º 23908 a la pensión inicial del demandante, a la</p> | <p>Inicio: 24 de abril de 2006</p> <p>Fallo: 16 de octubre de 2007</p> |

| EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS | RESOLUCIÓN | PERÍODO |
|---|---|---|---|
| | percibe la parte demandante, procede efectuar su verificación por las objetivas circunstancias del caso (el demandante padece de silicosis), a fin de evitar consecuencias irreparables. | aplicación del Decreto Supremo N.º 030-89-TR y al reajuste automático de la pensión. 3. IMPROCEDENTE respecto a la pensión mínima vigente, a la aplicación de la Ley 23908, con posterioridad al otorgamiento a la pensión hasta el 18 de diciembre de 1992, y a la vulneración al mínimo vigente, debiendo dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer ante el juez competente. | |
| EXP. N.º 00369-2007-PA/TC LIMA PAULO JUSTO LUJÁN | En el fundamento 37 b) de la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-PA/TC, publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho. | 1. Declarar FUNDADA la demanda, en consecuencia, nula la Resolución N.º 0000077428-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 2 de setiembre de 2005. 2. Ordenar que la demandada expida una nueva resolución otorgando al actor pensión de jubilación del régimen minero de la Ley N.º 25009, Decreto Ley N.º 19990, conforme a los fundamentos expuestos en la presente; debiendo pagar las pensiones devengadas con arreglo a la Ley N.º 28798, los intereses legales a que hubiere lugar y los costos procesales. | Inicio: 4 de enero de 2006 Fallo: 14 de noviembre de 2007 |
| EXP. 0200-2007-PA/TC JUNÍN FELICIANO JUAN DE DIOS LÓPEZ | Procedencia de la demanda En la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio. | 1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia nulas las Resoluciones 000003374-2004-ONP/DC/DL 18846 y 14503-2004-GO/ONP. 2. Ordena que la entidad demandada otorgue al demandante la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional, con arreglo a la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas, desde el 27 de octubre de 1998, conforme a los fundamentos de la presente. Asimismo, dispone que se le abonen los devengados correspondientes, los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales. 3. INFUNDADA en cuanto al otorgamiento de la renta vitalicia por accidente de trabajo. | Inicio: 14 de abril de 2005 Fallo: 14 de noviembre de 2007 |
| EXP. 0267-2007-PA/TC JUNÍN ANICETO ROSALES LAPA | En la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio. | 1. Declarar FUNDADA la demanda, en consecuencia nulas las Resoluciones 000000241-2003-ONP/DC/DL 18846 y 6865-2003-GO/ONP. 2. Ordena que la entidad demandada otorgue al demandante la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional, con arreglo a la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas, desde el 19 de diciembre de 2001, conforme a los fundamentos de la presente. Asimismo, dispone que se abonen los devengados correspondientes, los intereses legales a que hubiere lugar, así | Inicio: 10 de marzo de 2006 Fallo: 14 de noviembre de 2007 |

| EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS | RESOLUCIÓN | PERIODO |
|---|---|--|---|
| | | como los costos procesales. | |
| EXP. N° 6260-2006-AA/TC LIMA OSWALDO RODRÍGUEZ CORRALES | En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 c) de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1417-2005-PA/TC, estimamos que, en el presente caso, aun cuando en la demanda se cuestione la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso (grave estado de salud), a fin de evitar consecuencias irreparables. | Declarar INFUNDADA la demanda de amparo. | Inicio: 12 de octubre de 2004 Fallo: 25 de setiembre de 2006 |
| EXP. N° 5661-2006-PA/TC AREQUIPA DIONICIO FAUSTO APAZA ALEJO | En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 c) de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1417-2005-PA/TC, estimamos que en el presente caso, aun cuando en la demanda se cuestione la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso (neumoconiosis), a fin de evitar consecuencias irreparables. | Declarar INFUNDADA la demanda de amparo. | Inicio: 13 de octubre de 2004 Fallo: 29 de agosto de 2006 |
| EXP. N.º 10102-2006-PA/TC LIMA JACINTO SALVADOR RUTTI | En la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio. | 1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo. 2. Ordena que la entidad demandada otorgue al demandante la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional, con arreglo a la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas, desde el 3 de agosto de 1999, conforme a los fundamentos de la presente. Asimismo, dispone que se abonen los devengados conforme a ley, los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales. | Inicio: 13 de mayo de 2004 Fallo: 7 de noviembre de 2007 |
| EXP. N.º 08683-2006-PA/TC LIMA VÍCTOR FLORES ORÉ | En atención a los criterios de procedencia establecidos en el fundamento 37 de la STC N.º 1417-2005-PA, que constituyen precedente vinculante, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar y los artículos 5º, inciso 1) y 38º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima que, en el presente caso, aun cuando en la demanda se cuestione la suma específica de la pensión que percibe el demandante, procede efectuar su verificación por las especiales circunstancias del caso (el actor adolece de neumoconiosis) a fin de evitar consecuencias irreparables. | Declarar INFUNDADA la demanda. | Inicio: 16 de setiembre de 2004 Fallo: 6 días del mes de noviembre de 2007 |

La pretensión de que se le otorgue renta vitalicia por enfermedad profesional, -conforme al Decreto Ley N.º 18846, tomando en cuenta que padece de neumoconiosis- está comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37.b) de la STC 1417-2005-PA, motivo por el cual se analizará el fondo de la cuestión controvertida. Se declara fundada y se ordena que la entidad demandada otorgue al demandante la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional, con arreglo a la Ley N.º 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, dispone que se le abonen los devengados conforme a la Ley N.º 28798, los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales. Asimismo, el TC hace mención expresa a la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 12 de julio de 2005, en la que este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio; y, declara fundada la acción de amparo y ordena al demandante pague la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional (silicosis), con arreglo a la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas, desde el 3 de agosto de 1999, conforme a los fundamentos de la presente. Asimismo, dispone que se abonen los devengados conforme a ley, los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales.

También se procedió a su verificación de las objetivas circunstancias del caso, cuando el demandante padece de silicosis, a fin de evitar consecuencias irreparables, y se declaró fundada en parte la demanda, para garantizar la plena vigencia y aplicación, para el caso, de la Ley No. 25009 (Ley de Jubilación Minera, Metalúrgica y Siderúrgica) y su Reglamento (D.S. 029-89-TR, artículo 20º). Se procedió señalando que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho, declarando fundada la acción, mandando otorgue al demandante la pensión que le corresponde por concepto de enfermedad profesional, con arreglo a la Ley 26790 y sus normas complementarias y conexas, desde el 27 de octubre de 1998, conforme a los fundamentos de la presente. Asimismo, dispuso que se le abonen los devengados correspondientes, los intereses legales a que hubiere lugar, así como los costos procesales.

De conformidad con el análisis de la temporalidad del proceso los casos de la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, se puede señalar que en los casos analizados se tuvo una duración promedio de dos años y 10 meses.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Desde inicios del siglo XX existió por parte de las organizaciones de trabajadores -mutualidades inicialmente o sindicatos después- un interés creciente en defender la salud en el trabajo. La legislación laboral estaba en sus primeros pasos, el factor trabajo se regía por la legislación mercantil y, según ella, correspondía al trabajador demostrar la responsabilidad del empleador, en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En esa época, los trabajadores laboraban entre 12 y 14 horas diarias por ínfimos salarios y en condiciones inhumanas. En la minería la situación era más grave, según sostiene Temoche, debido a que las condiciones de trabajo minero exponían a los mineros a todo tipo de riesgos y de enfermedades profesionales.

En el ámbito académico, las disciplinas como la higiene ocupacional y la medicina del trabajo plantearon el interés en procurar la protección de la salud de los trabajadores desde sus orígenes y tiene muy larga data.

La primera enfermedad profesional reconocida en el país ha sido la neumoconiosis. Efectivamente, por la Ley No. 7975, de 12 de enero de 1935, en su artículo único se estableció que: *“La neumoconiosis o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por intoxicación de gases derivados de productos químicos, están comprendidas entre las enfermedades sujetas a indemnización por el empresario, de conformidad con las Leyes No. 1378 (Ley de Accidentes de Trabajo) y la Ley No. 2290 (modificación de la Ley 1378)”*.

El interés académico y la acción sindical motivó para que en los años siguientes, se produzca la creación de instituciones nacionales de salud ocupacional en varios países latinoamericanos; tales como Chile, Perú, Bolivia y Cuba. Estos pasos, con el apoyo internacional y la colaboración de la OPS, consiguieron el equipamiento, la infraestructura y la formación necesaria para ello y se convirtieron en centros de referencia y de capacitación.

En base al conocimiento científico vigente es factible afirmar que la silicosis es una enfermedad que se puede prevenir. Cuando en los centros de trabajo no se establecen las condiciones para su prevención, es autoevolutiva, progresiva, irreversible e incurable. Por tanto, el trabajador y la trabajadora expuestos al sílice en polvo deberán conocer las características de esta enfermedad para comprometerse en las acciones preventivas.

La relación entre la silicosis y el trabajo en altura es especialmente significativa, debido a que más del 70% de la minería en el Perú se desarrolla por encima de los 3.000 metros sobre el nivel del mar. Esto implica una exposición combinada no sólo al sílice del trabajo minero, sino a los procesos de adaptación o desadaptación a laborar en altura, con problemas de presiones superiores a la normal y limitada oxigenación, entre otros. Como consecuencia de este proceso, en la minería de altura el riesgo del polvo silicógeno se acrecienta y el ritmo de propensión a contraer silicosis se acelera, en comparación con lo que sucede con el trabajador que labora en minas de baja altitud. Al incrementarse la cantidad de aire que se aspira, se incrementa también la acumulación de elementos tóxicos, de polvos dañinos, en los pulmones, a un ritmo mayor que lo normal.

En julio del 2008, el Ministerio de Salud actualizó el Listado de Enfermedades Profesionales, después de mantener vigente un listado durante más de 36 años. Sin embargo, aún no se publican los protocolos para el diagnóstico y de los manuales de calificación de las enfermedades profesionales, que a la fecha se encuentran en el Despacho del Ministerio de Salud.

Sobre el contenido de la Resolución Suprema N° 014-93-TR (23 de agosto de 1993) es posible afirmar que deberá ser modificada y aprobarse la Clasificación Radiográfica Internacional de la Neumoconiosis de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), edición 1980, así como los criterios técnico-jurídicos establecidos por la OIT.

Es importante proponer una modificación al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (D.S. 046-2001-EM), para incorporar la prevención de las enfermedades ocupacionales como parte de sus finalidades preventivas, sino que también

se proceda a la reglamentación del tratamiento preventivo de la silicosis y de otras enfermedades profesionales, producto de la exposición laboral minera.

Entre las materias de los expedientes dictaminados por el Tribunal Constitucional desde el año 2000 al 2008 se encontraba la silicosis como enfermedad profesional: en unos casos, a raíz de una controversia para obtener la pensión o renta vitalicia de conformidad con el derogado Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional (SATEP) o con el vigente Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR); en otros casos, para obtener una pensión de jubilación de acuerdo con el régimen especial de los mineros establecido por la Ley No. 25009 (Ley de Jubilación Minera, Metalúrgica y Siderúrgica) y su Reglamento (D.S. 029-89-TR) que en su artículo 20° estableció que “los trabajadores de la actividad minera que padezcan el primer grado de silicosis o su equivalente en la tabla de enfermedades profesionales tendrán derecho a la pensión completa de jubilación”.

Es recomendable desarrollar con mayor profundidad un análisis de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, para el presente ensayo se han procesado algunos de los casos, según técnicas de estadística, presentándose los resultados.

Impresión:
ROBLE ROJO GRUPO DE NEGOCIOS S.A.C.
Teléfonos: 348 5571 / 349 6636
info@roblerojo.com
www.roblerojo.com
2008
LIMA - PERÚ