

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

68

EL RUMBO DE
LAS REFORMAS LABORALES
BALANCE Y PERSPECTIVAS



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO
EDITORIAL

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

68
2012

EL RUMBO DE
LAS REFORMAS LABORALES
BALANCE Y PERSPECTIVAS



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño de carátula e interiores: i design
Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

El contenido de los artículos publicados en DERECHO PUCP es responsabilidad exclusiva de los autores.

Las tarifas de suscripción pueden verse en la última página de la revista.

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISSN: 0251-3420

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 95-0868

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200386

Primera edición: junio de 2012

Tiraje: 600 ejemplares

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EDITOR GENERAL
Alfredo Villavicencio Ríos

CONSEJO EDITORIAL

Fernando Sam Chec
Alumno PUCP

Mariano Peró
Alumno PUCP

Gabriela Hijar
Alumna PUCP

Armando Guevara Gil
Catedrático PUCP

Iván Meini Méndez
Catedrático PUCP

Félix Morales Luna
Catedrático PUCP

Ana Teresa Revilla Vergara
Catedrática PUCP

César San Martín Castro
Magistrado Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

Juan Gorelli Hernández
Catedrático de la Universidad de Huelva

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de la Universidad de Sevilla

Manuel Atienza
Catedrático de la Universidad de Alicante

Juan María Terradillos Basoco
Catedrático de la Universidad de Cádiz

Umberto Romagnoli
Universidad de Bologna

EQUIPO EDITORIAL
Luciana Guerra Rodríguez

Luis Mendoza Choque

ASISTENTE ADMINISTRATIVA
Manuela Fernández Castillo

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Héctor Fix Zamudio
Universidad Autónoma de México

Peter Häberle
Universidad de Freiburg

Jutta Limbach
Universidad de Freiburg

Pablo Lucas Verdú
Universidad Complutense de Madrid

Javier Pérez de Cuéllar
Pontificia Universidad Católica del Perú

Alessandro Pizzorusso
Universidad de Pisa

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

CONTENIDO

9 Homenaje a Oscar Ermida Uriarte y editorial

EL RUMBO DE LAS REFORMAS LABORALES: BALANCE Y PERSPECTIVAS

ENTREVISTA

- 13 El Derecho del trabajo en la encrucijada
posmoderna. Entrevista al doctor José Luis Monereo
ALFREDO VILLAVICENCIO
- 33 Crítica de la libertad sindical
ÓSCAR ERMIDA URIARTE
- 63 Reforma y contrarreforma laboral en Argentina,
crónica simple de un proceso pendular
ADRIÁN GOLDÍN
- 93 La reforma del mercado de trabajo en España durante
la crisis financiera internacional
ANTONIO OJEDA & MIGUEL GUTIÉRREZ
- 131 Hacia un nuevo modelo laboral en España
JESÚS CRUZ
- 157 Legislación de emergencia y reforma laboral en España
(2011-2012)
ANTONIO V. SEMPERE
- 193 El proceso de reformas de la negociación colectiva
en España
JUAN GORELLI
- 225 Las relaciones entre autonomía colectiva y gobierno
en Uruguay: crónica con final abierto
HUGO BARRETTO

- 243 La reforma del proceso laboral en Uruguay.
El regreso al proceso laboral autónomo
HUGO FERNÁNDEZ
- 267 Acceso a justicia laboral en Centroamérica
FERNANDO BOLAÑOS
- 285 El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo
MIGUEL CANESSA
- 301 Reforma laboral en el Perú: gran intensidad y ausencia de
resultados. Entrevista al doctor Javier Neves
ALFREDO VILLAVICENCIO,
LUIS MENDOZA & LUCIANA GUERRA
- 309 La flexibilidad laboral en España y Perú: análisis de ciertos
aspectos diferenciadores
SERGIO ARTURO QUIÑONES
- 335 La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el
Perú en América del Sur
WILFREDO SANGUINETI
- 355 Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias
sobre las relaciones laborales en el Perú
MARTA TOSTES & ALFREDO VILLAVICENCIO
- 383 Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral
CARLOS BLANCAS
- 403 El debate europeo sobre la flexiseguridad: algunas lecciones
para el sur
ÁLVARO VIDAL
- 435 La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador.
Una asignatura pendiente en tiempos de reforma
ELMER ARCE
- 449 Validez y eficacia del contrato de trabajo
JORGE TOYAMA

- 471 La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
VÍCTOR FERRO
- 495 Los contratos temporales: exposición y crítica
MARIO PASCO
- 513 Una visión ponderada de la legislación laboral: comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de «Ley de la Nueva Empresa»
CHRISTIAN SÁNCHEZ
- 539 Aspectos laborales en la ley de libertad religiosa y su reglamento
DANIEL ULLOA
- 551 El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional
ALFREDO VILLAVICENCIO
- 571 El servicio de seguridad y salud en el trabajo
MAURO UGAZ & SEBASTIÁN SOLTAU
- 585 Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú
RENATO CONSTANTINO

CRÓNICA DEL CLAUSTRO

- 613 Crónica del Claustro

Homenaje a Óscar Ermida Uriarte y editorial



Este número es muy especial para la revista porque, rompiendo con la tradición, *se dedica a la memoria de Óscar Ermida Uriarte*, sin duda alguna uno de los máximos exponentes del laboralismo latinoamericano, quien falleció prematuramente el 7 de junio del año pasado. Todos lo conocimos y disfrutamos de su inconmensurable estatura humana y académica, su talento, profundidad, claridad y elocuencia, su sencillez y calidez genuinas, su compromiso total y militante con los valores que encarna nuestra disciplina.

Tuvimos la enorme satisfacción de tenerlo como profesor en nuestra Facultad de Derecho por un lustro (1987-1992) y el inmenso privilegio de estar a su lado a lo largo de 25 años, en los que impulsó diversas iniciativas que unieron a la academia peruana y uruguaya. Baste mencionar los cuatro Encuentros Peruano-Uruguayos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sus innumerables colaboraciones en todas las revistas peruanas que tocaban el tema laboral, la publicación de textos de autores peruanos en otras latitudes y su presencia en todos los seminarios a que fue invitado. Y siendo un jurista preclaro, a quien la coyuntura de reformas nos hace añorar más aún, lamentamos con más intensidad y desconsuelo su ausencia como maestro y amigo, siempre cercano, siempre cálido y gentil, y siempre dispuesto a entregar su

valioso tiempo ante cualquier pedido de atención. En tal sentido, no nos queda más que compartir los versos de Miguel Hernández:

*A las aladas almas de las rosas
Del almendro de nata te requiero
Que tenemos que hablar de tantas cosas
Compañero del alma compañero*

De otra parte, el cambio de siglo ha traído transformaciones radicales al mundo de las relaciones laborales. La ruptura del paradigma fordista y su empresa unitaria, fuertemente asentada en el mercado interno, y su sustitución por un modelo productivo hiperdescentralizado con una *simbólica* empresa virtual (que administra principalmente una serie de contratos) y una dimensión mundial y transnacional han significado una mudanza de grandes proporciones en la forma como se produce, se organiza y se regula el trabajo. En función de ello, y de un marco político y económico con un fuerte componente desregulador, privatizador y de apertura económica, se vienen experimentando en el mundo una serie de reformas, con idas y venidas, con distintas perspectivas, que es necesario analizar en busca de alguna certeza en medio de esta posmodernidad tan cambiante (que por eso ha sido calificada como líquida). En el Perú, la reforma laboral ha cumplido 20 años desde que en 1991 se promulgara el decreto legislativo 728, y los vientos reformistas, si bien han dado origen ya a dos proyectos de Ley General del Trabajo (2002 y 2012), no han podido materializarse por lo que seguimos hasta la fecha en lo esencial con lo que quedó del Derecho del Trabajo tras la aguda desregulación de los años noventa.

En este marco, *Derecho PUCP* destina este número al análisis del rumbo de las reformas laborales y plantea un análisis plural, no solo porque se revisan distintas direcciones y caminos, sino porque, siguiendo con una ya consolidada política editorial, acoge en sus páginas las reflexiones de 11 juristas extranjeros que describen y discuten diversos ángulos de lo sucedido en su país, con especial énfasis en la doctrina española, habida cuenta de la recientísima e intensísima transformación laboral. A este elenco de colaboraciones extranjeras, hay que sumarle 13 artículos de profesores peruanos que abordan lo sucedido en el país y las necesidades de cambio en los más diversos temas.

Tenemos que agradecer sentidamente al estupendo equipo que se encarga de todas las tareas de edición: Manuela Fernández Castillo, Aída Nagata, Juan Carlos García, Alexandra Alván, Luis Mendoza Choque y Luciana Guerra Rodríguez.

*Alfredo Villavicencio
Editor General*

EL RUMBO DE LAS
REFORMAS LABORALES:
BALANCE Y PERSPECTIVAS

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

El Derecho del trabajo en la encrucijada posmoderna

Labor Law at the postmodern crossroads

Entrevista al doctor José Luis Monereo*

ALFREDO VILLAVICENCIO

Alfredo Villavicencio: *En tiempos de globalización quizá valga la pena entender lo social comenzando por el principio, es decir, ¿cuáles son las causas que explican la función social que el Derecho del Trabajo cumple en nuestra sociedad?*

José Luis Monereo: Yo pienso que el Derecho del Trabajo ha asumido históricamente la tarea de una gestión racionalizada de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones sociales de producción dentro del sistema del capitalismo avanzado. Desde esta perspectiva, entiendo que el Derecho del Trabajo, el ordenamiento laboral, siempre ha asumido una doble exigencia de racionalidad jurídica. Ha tratado, por un lado, de facilitar el funcionamiento de la economía, esto es importante subrayarlo, siempre ha habido una razón económica para el Derecho del Trabajo. En segundo lugar, al propio tiempo, ha tratado de mejorar sistemáticamente las condiciones de trabajo y de vida de las clases trabajadoras, lo que podríamos llamar la razón jurídico-social. El tema fundamental es tratar de equilibrar esas dos razones concurrentes, porque efectivamente esa gestión racionalizada nos lleva a afirmar clásicamente que el Derecho del Trabajo ha tenido una naturaleza compleja, transaccional, pero también contradictoria.

AV: *¿En qué términos contradictoria?*

JLM: El Derecho del Trabajo es una legislación de compromiso social que tiene que conjugar dos lógicas en tensión, lo que no es fácil bajo condiciones capitalistas de organización de la sociedad. Y es que la lógica económica es la lógica del rendimiento, de la maximización de los beneficios, mientras que la lógica social es la lógica de la protección del trabajador, de su dignidad, de una mayor retribución, de mejores condiciones de trabajo, en suma: la lógica del «trabajo decente» (por decirlo, en los términos de las iniciativas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en sintonía con las propuestas de autores como Amartya Sen). Es decir, la lógica económica —sin los límites impuestos por la política del Derecho— llevaría a la mercantilización del trabajador,

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada.

de la fuerza de trabajo, mientras que la razón social lleva a poner límites precisos a esa mercantilización a través de una desmercantilización progresiva y limitada («relativa»). Si la desmercantilización que garantiza el Derecho del Trabajo fuera una desmercantilización absoluta, sería un derecho anticapitalista. El Derecho del Trabajo no pretende ser utópico en ese sentido, es un derecho muy pragmático que trata de delimitar también la lógica que es connatural a la razón económica, entonces reconoce derechos sociales y mantiene esa idea.

AV: Y a la lógica económica y a la lógica jurídico-social, ¿no habría que agregarle la lógica política?, lógica que permite que el capitalismo pueda subsistir con un rostro más humano.

JLM: Sí, en ese punto estamos de acuerdo. El Derecho del Trabajo clásico, muy lejos de una visión idílica funcionalista, ha asumido siempre una función esencialmente política, cumpliendo las funciones que antes planteamos. Función política en el sentido de que ha tratado de integrar a la clase trabajadora dentro del sistema político institucional del orden establecido. Este hecho es muy importante por la sencilla razón de que la clase trabajadora, dentro de la modernidad liberal restringida, dentro del modelo liberal, había quedado excluida completamente, estaba en la periferia del sistema político, privada del derecho político de voto, de las libertades públicas de asociación —pero también en el fondo de manifestación—, de la libertad sindical y de la huelga, que, como es sabido, es el arma de acción directa más poderosa del movimiento obrero.

En ese sentido, lo que se ha tratado de hacer es integrar a la clase trabajadora dentro de la dinámica político institucional del sistema establecido, pero teniendo en cuenta que el Derecho del Trabajo ahí mantiene siempre una tensión que se refleja en dos principios clásicos. Primero, el principio de protección al trabajador que lleva al principio de favor, protección frente al despido injustificado, preferencia en el modelo clásico por la contratación indefinida, apoyo al hecho sindical, a la negociación colectiva como mecanismo de contrapeso para conseguir la igualdad y a los mecanismos de solidaridad. Pero este principio de protección y fomento del hecho sindical tiene que coexistir con el principio de rendimiento o de eficiencia económica, y sucede que, con frecuencia, cuando esa tensión se hace más difícil debido a las coyunturas de crisis económica, sin duda, el sistema del capitalismo hace primar el principio de rendimiento o de eficiencia económica. Es decir, se subordina, en última instancia, al principio de protección, esto ha ocurrido en todas las grandes crisis económicas que se han producido. En un momento determinado cuando esa tensión no ha podido conciliarse, el Derecho del Trabajo ha cedido al final y ha primado el principio de rendimiento económico, porque no olvidemos que el Derecho del Trabajo, más allá de cualquier planteamiento, es un derecho del capitalismo organizado;

15

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

eso sí, un sistema de derecho que trata (o, al menos, lo ha intentado) de «civilizar» y «democratizar» las relaciones laborales.

Y, ¿cuál es la pretensión que ha tenido el Derecho del Trabajo dentro de esa tensión tan compleja? La pretensión de proteger al trabajador, mejorar las condiciones de trabajo, siempre y cuando el principio de rendimiento (hoy se habla de eficiencia, competitividad de las empresas) se mantenga. Pero en la idea de fondo, esto no significa devaluar el Derecho del Trabajo. Esto significa aceptar la premisa política del derecho, porque, como he dicho, lo que ha pretendido el Derecho del Trabajo, en gran medida, es civilizar las relaciones sociales de producción, es decir someterlas al derecho, a procedimientos democráticos que traten de compensar las desigualdades, de equilibrar las relaciones de poder entre el trabajo y el capital. Por eso, el Derecho del Trabajo lo que ha podido establecer es un estatuto del trabajador, pero que es un estatuto de la clase trabajadora, es decir, cuando nuestra constitución y la de casi todos los países desarrollados hablan de que la ley garantizará un estatuto de trabajadores, se están refiriendo a un estatuto jurídico protector, integrador, de derechos de ciudadanía. Pero no olvidemos que ese estatuto se inserta en el marco de un sistema económico que tiene una lógica de maximización del rendimiento, de la productividad y de la competitividad.

AV: *Es entonces un instrumento político de inclusión social o de ciudadanía?*

JLM: Sí, el derecho del que estamos hablando ahora —porque no nos hemos ido a las antípodas de la historia—, el Derecho del Trabajo del Estado Social, el derecho social del trabajo, ha querido ser un instrumento de integración social, no de exclusión social. Pero en el sentido de entender la integración social como integración a través de reconocimiento y garantía de derechos sociales que desmercantizaran la posición del trabajador en un grado significativo. Dicho de otro modo, de lo que el Derecho del Trabajo ha partido es de la idea que es constitutiva en la propia constitución, valga la redundancia, de la OIT, que el trabajo no es una mercancía. Este es el planteamiento básico —la premisa de política del Derecho— del Derecho *Social* del Trabajo. La tendencia del capitalismo, por su propia naturaleza, es convertirlo en mercancía, y el Derecho del Trabajo ha tratado de limitar las instituciones fundamentales del capitalismo —como la propiedad privada, la idea del régimen salarial, el poder del empresario, el mismo contrato de trabajo, etcétera— sin cuestionarlas en sí mismas, desmercantizar parte de la posición del trabajador, limitando la jornada, reconociendo el derecho de libertad sindical, de huelga, reconociendo el derecho al salario mínimo. Todas estas son posiciones jurídicas de ventaja que el derecho garantiza a la persona del trabajador con independencia de su posición en el mercado. Es decir, el entendimiento es que en la

relación individual hay una desigualdad de fuerza extraordinaria de poder entre el empresario y el trabajador, y eso se compensa a través de dos mecanismos: la intervención del Estado, emitiendo regulación garantista (esto es, «protecciones sociales públicas», a modo de una «propiedad socializada»), y la intervención colectiva, a través de la autonomía colectiva y el hecho sindical.

AV: En términos actuales, ¿de qué manera se está resolviendo la tensión entre competitividad y protección en una circunstancia de particular crisis en Europa? ¿Cuál es el impacto que está teniendo esta tensión sobre los estándares de protección social, entre los cuales el Derecho del Trabajo es una de sus principales expresiones?

JLM: Bueno, el planteamiento es especialmente pertinente y oportuno en el contexto de la Unión Europea (UE), pero creo que también es oportuno en el contexto más global; hoy por hoy todos los problemas están globalizados y las tendencias emergentes cada vez se aproximan más. Yo partiría, como premisa, de que existe un progresivo distanciamiento de este modelo que hemos acabado de diseñar en trazos muy gruesos y sintéticos. Hay una tendencia a desplazarse desde ese derecho social del trabajo, ese modelo del Derecho del Trabajo clásico, basado en una constitución democrática social del trabajo, en derechos sociales de la ciudadanía, en establecer un estatuto protector del trabajador en el empleo con protecciones sociales, hacia un Derecho del Trabajo que podemos llamar flexible, que es el que legalmente formalizaría una nueva constitución del trabajo post-industrial e incluso tendencialmente post-social. Digo esto porque lo que emerge —y lo estamos viendo especialmente en la UE, pero también lo hemos visto en Estados Unidos y en otros países, aunque en especial en la UE donde hemos tenido un modelo social europeo basado en el derecho clásico— es fundamentalmente la primacía del criterio de la flexibilidad laboral. Esto supone que el eje de la nueva constitución del trabajo, de la nueva regulación del trabajo, se base en la primacía del principio axial de la eficiencia y del rendimiento en un sentido más absolutista (carácter absolutista de los poderes empresariales); no se trata de conciliar con el principio de protección que siempre ha existido. El problema con este principio axial es que tiende a ser preeminente en sentido absoluto, como también ocurre con la propiedad privada y el poder de dirección empresarial, preeminente sobre el propio trabajador. Y, además, el principio de eficiencia está colonizando todo los ámbitos de la vida, el ámbito social, el político y, por supuesto, el campo del gobierno de las relaciones laborales.

AV: Entonces, ¿retrocedemos al siglo XIX?

JLM: No exactamente, los retrocesos a épocas pasadas en la historia no existen; no hay «eterno retorno». Lo que sí se puede plantear son

17

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

situaciones análogas al pasado bajo nuevas formas, esto se traduce básicamente en que veamos cómo las categorías jurídicas son leídas e interpretadas en el sentido de las categorías económicas. El análisis económico del derecho (o, en otra perspectiva, la teoría de la elección pública, *Public Choice*) en su versión más potente que es la neoliberal pretende que cualquier institución laboral cumpla ante todo con una racionalidad económica preeminente. En esa lógica subyacente, el contrato es un instrumento al servicio de la economía, el salario es un elemento esencial para la productividad antes que ser un medio de vida del trabajador o una contraprestación digna del trabajador. Es decir, hay una colonización de las instituciones laborales por las categorías económicas y eso significa que la lógica económica es la que se intenta hacer prevalecer en todo momento. Ello, ¿qué significa?, desde un punto de vista más práctico o más operativo, supone que esa tendencia a la primacía absoluta del principio axial de rendimiento y eficiencia económica tiende a colonizar las relaciones laborales remercantilizándolas, lo que lleva a contractualizar e individualizar al máximo las relaciones laborales. Antes, se defendía la idea social (frente a la idea individual) de un contrato normado, esto es, legal y colectivamente regulado; ahora lo que se busca es recontractualizarlo en los términos liberalizadores tradicionales, en eso hay un parecido a la situación anterior. Ahora se busca la individualización de la relación laboral, el situar frente a frente al trabajador aislado y al empresario, sin que haya una mínima mediación del derecho «externo», salvo las reglas de orden público mínimas indispensables.

AV: *Pero eso condujo a la cuestión social, ¿vamos a dar una vuelta de 180 o 360 grados para volver a la cuestión social?*

JLM: El problema de fondo que se plantea ahora es que con este mecanismo de recontractualización, de individualización de las relaciones laborales, de privación de un estatuto protector al trabajador en su propio empleo, naturalmente que podemos generar una nueva cuestión social (que no sería igual a la del siglo XIX), donde estemos ante un derecho ordenador de las relaciones laborales que renuncia a la inclusión social, a la integración social a través de los derechos. Y eso significa que el modelo de derecho flexible de trabajo, y si se quiere decir más políticamente, el modelo de derecho flexible neoliberal del trabajo, supone una funcionalización permanente del trabajador a la exigencia de la economía, que se impone en todo caso: en términos de productividad, de rendimiento o de competitividad; y esto se manifiesta como la necesidad de modificar las relaciones laborales, de despedir porque así lo exigen las condiciones de competencia. Entonces estaríamos ante una especie de Derecho del Trabajo invertido en cuanto a sus fines (y contrapuesto al modelo garantista del Derecho

del Trabajo propio del Estado Social, que era, por así decir, un «modelo de equilibrio» entre racionalidades divergentes en juego).

Pero en segundo lugar, sobre si volvemos a una nueva cuestión social, en parte la recontractualización y la remercantilización suponen esa subordinación permanente del trabajador a la exigencia inmediata de la economía renunciando a cualquier equilibrio. En tercer lugar, supone que al privarlo de un estatuto protector el trabajador nuevamente se encuentra en una situación de máxima subordinación a los poderes del empleador. Es decir, el derecho flexible del trabajo (que es un derecho intervencionista «de polo opuesto» al Derecho Social Clásico) produce un reforzamiento sistemático de los poderes del empleador a todos los efectos. Esto significa, por último, también que el proceso que genera el derecho flexible neoliberal del trabajo es el desmantelamiento de las tutelas colectivas o sindicales del trabajo a través del sindicato y de la negociación colectiva. Es decir, se debilita claramente la posición de los sindicatos, se busca la individualización y dogma de la autonomía de la voluntad contractual. Por decirlo expresivamente: los sindicatos en ese modelo sobran estructural o globalmente. Se renuncia a realizar una flexibilidad de tipo negociada, consensual, que es estrictamente la función que suelen asumir los convenios colectivos. En cierta medida, se vuelve a ver otra vez al sindicato como un sujeto extraño a la empresa, y su actuación como una intrusión en el ámbito de la organización productiva. Y este proceso va en paralelo con una transformación del propio Estado Social que ha sido la base del modelo del Derecho Social del Trabajo. El Estado Social se convierte en un Estado-Mercado o Estado de competencia económica, y el Derecho Social del Trabajo se convierte también en un instrumento del mercado.

AV: ¿En dónde queda la democracia? Justamente la democracia es lo que permite que grupos sociales vean reflejados sus intereses en aquello que han constituido, un Estado que debe ocuparse de los intereses y principalmente de los más necesitados. ¿Dónde queda la democracia en un diseño donde la vida se rige por leyes económicas?, que por cierto no tienen ningún respaldo democrático porque obedecen a una lógica diferente.

JLM: Efectivamente, hay que decir que el Derecho Social del Trabajo supuso, en su función, una expresión del proceso de democratización del sistema político liberal que originariamente no era democrático sino expresión de la modernidad liberal excluyente, y lo que se quería era introducir un proceso de democratización. Si cuestionamos las funciones del Derecho del Trabajo como derecho de integración, estamos cuestionado también la democracia. El derecho constitucional del trabajo, en el proceso de desarrollo del sistema democrático, no puede solo limitarse a una legitimidad de tipo formal y procedimental. Hoy la democracia no se funda solo en el procedimiento de elecciones cada

19

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

cierto tiempo, en la constitución de un parlamento. La democracia es eso, pero a la vez también la democracia que hemos recibido con el constitucionalismo social (el Estado constitucional de derecho y el derecho constitucional del trabajo); junto a esa legitimidad formal requiere de una legitimidad sustancial. De manera que las normas que emanan de ese Estado y ordenamiento jurídico no solo son válidas porque lo dicta la autoridad competente, sino que son válidas porque esas normas incorporan los valores constitucionales, los principios de libertad, igualdad, y solidaridad que se encuentran en el texto constitucional; y son cuestionables cuando carecen de esa legitimidad sustancial. Entonces, en la medida en que el Estado Social del Derecho del Trabajo se convierte en un Estado de la competencia económica que remercantiliza los derechos sociales, y el Derecho del Trabajo se convierte más en un derecho pro empresa (dejando, pues, de merecer la calificación de derecho «social»), estamos privando a la democracia de su elemento sustancial, y, por lo tanto, estamos cuestionando el concepto de democracia moderna como la entendemos en la actualidad, que es legitimidad formal más legitimidad sustancial, validez formal más validez sustancial. Y la validez sustancial se basa en la garantía de derechos, especialmente los económicos, sociales y culturales. Entonces, esta evolución del Derecho del Trabajo clásico garantista al derecho flexible neoliberal del trabajo, este tránsito del Estado social de derecho a un Estado de tipo post-social o de competencia económica, acaba finalmente cuestionando el valor de la democracia. Esto es lo que está en juego en el proceso de revisión en curso.

AV: *¿Entonces dónde queda la estabilidad política necesaria para tener unas relaciones sociales sanas y con futuro?*

JLM: El problema es que si triunfa este proceso y se consolida, vamos a tener una nueva cuestión social, y no olvidemos que la nueva cuestión social no es solo un problema social en abstracto, sino que son los conflictos sociales, las luchas sociales, la desestabilización social y política. Este cambio de modelo de Estado y de modelo de Derecho del Trabajo va a suponer mercantilizar al trabajador. Es decir, el trabajador va a ser cada vez más un trabajador pobre, porque va a ser precario, va a coexistir con elevados niveles de desempleo, y con una pérdida de derechos sindicales extraordinarios, por lo que se puede pronosticar, con cierta certeza razonable, que los conflictos sociales van a existir y la paz social va a acabarse. Esto significa que podemos tener una época de desestabilización permanente de las relaciones sociales y políticas, porque la cuestión social (que intrínsecamente es siempre una cuestión política), cuando no es atendida a través de procesos de integración, la historia ha demostrado que se convierte en una cuestión abierta y directamente política, un problema político de consecuencias imprevisibles. Por tanto, pienso que estamos en los límites de la generación de una nueva

cuestión social, que es el incremento continuo de la exclusión social, la cual va a aparecer por muchas vías: por un lado personas que están fuera del mercado de trabajo porque están desempleadas; por otro, personas que estando en el mercado de trabajo sus condiciones laborales no les liberan de la pobreza, al menos de carácter relativa (es la normalización del trabajo precario y del precariado social). Entonces la generalización de la exclusión social cuestiona la democracia, pero cuestiona también la estabilidad política y es un problema que tendrá que afrontar el orden establecido. Otra cuestión es tratar de plantear que hay otra alternativa a ese derecho flexible neoliberal del trabajo.

AV: El Derecho del Trabajo y el avance de lo social se impusieron en el capitalismo inicial por un pragmatismo político, porque había que salvar al capitalismo de los capitalistas, había que incluir a los trabajadores dentro del modelo, no solo económico sino también político. Esta posibilidad se vuelve a formular ahora, el modelo se ha mercantilizado y está generando consecuencias sociales muy negativas. El problema es que ahora ya no se resuelve a nivel de cada Estado, como antes que cada uno podía disponer con soberanía su política social, su derecho del trabajo, su intervención en las relaciones económicas. Ahora, en un mundo globalizado, con producción a escala mundial, no tenemos al agente político que se encargue de realizar esa mediación —globalización económica, que ha elevado la productividad a cifras nunca vistas, pero que sin embargo nos coloca en crisis más o menos permanentes— porque no se tiene ese instrumento que sí tuvieron los estados nacionales, entonces esto abre ya la discusión del futuro, ¿cómo hacemos frente al problema que se plantea desde la perspectiva económica neoliberal? y ¿cuáles son las alternativas que hay a este proceso de remercantilización a los efectos de verle viabilidad al desarrollo de la humanidad?

JLM: Efectivamente, esto abre la discusión hacia el futuro del Derecho del Trabajo, pero también hacia el futuro del capitalismo. Retomemos un dato. En gran medida el Estado Social trató de salvar al capitalismo de sí mismo, de sus pasiones e intereses que llevaban a la destrucción sistemática a través de las crisis recurrentes económicas y el malestar social que generó la cuestión social provocada por la modernización industrial capitalista.

Entonces el Estado Social supone un compromiso, un Estado compromisorio en sí, y el Derecho del Trabajo también, y lo que se puso de relieve fue la utopía de un capitalismo liberal autorregulado, eso y su pretensión de ponerlo en práctica fracasaron estrepitosamente. Se habían desmantelado todas las estructuras comunitarias desde el siglo XIX; se había evitado cualquier posibilidad de crear organizaciones sindicales, colectivas, que pudieran alterar los mecanismos del mercado. Se había privado de toda intervención al Estado, debiendo ser una intervención de cobertura, de apoyo y dejar hacer a las fuerzas

21

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

económicas operantes en el mercado «autorregulado». Y resulta que el capitalismo liberal demostró ser utópico, necesitaba heterorregulación (regulación estatal) y en esta intervienen el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Economía, la gobernanza económica del Estado social, que es la que permitió sacar al capitalismo de la crisis estructural de finales del siglo XIX, la cual era una crisis política, económica y laboral, es decir, una crisis sistémica. Una de las pruebas fundamentales fue que había una alternativa, percibida en esa época, que el capitalismo no era eterno y podía ser sustituido por otro modelo diferente, y de hecho, la Revolución Rusa, recordó cómo las consecuencias más extremas de la desestabilización política podían llevar también a eso. Todos sabemos que eso fue un factor clave, que el capitalismo necesita regulación y, al menos, ciertas condiciones de legitimidad social que garanticen una paz social duradera.

Entonces, ¿qué sucedió? Que desde las dos últimas décadas del siglo XX, se va construyendo un proceso de globalización, y digo construir porque no se produce por fenómenos naturales o por «generación espontánea». La globalización es en gran medida construida, facilitada por las nuevas tecnologías, la tercera revolución industrial, las políticas liberalizadoras de los Estados más poderosos, factores políticos que son bien conocidos. La globalización fue construida y los Estados fueron parte en ese proceso de construcción, porque permitieron en las tres últimas décadas que el capital pudiera circular en plena libertad, me refiero al capital financiero, las grandes empresas multinacionales que se podían localizar y relocalizar según conveniencias fiscales, y de movilidad de la mano de obra, e introdujeron una situación de chantaje y amenaza a los países que no aceptaban sus condiciones en cada momento.

¿Cómo se produce esa construcción en gran medida? Creo que en el ámbito financiero, por iniciativa de los propios Estados Unidos y las grandes potencias, que empezaron a suprimir los grandes acuerdos que permitieron la estabilización mundial a partir de la Segunda Posguerra Mundial, como los de Bretton Woods. Eso fue destruido, no es que desapareciera sin más, se suprimió, y fue por influencia de Reagan, del neoliberalismo, con asesores como Milton Friedman, inspiradores ideológicos como Hayek, y también otros actores políticos importantes, como los que prevalecieron en la época de Margaret Thatcher, el neoconservadurismo. Todo eso fue un elemento para suprimir, no solo garantías internas laborales y de protección social, sino también mecanismos de control a nivel internacional. Es decir, una suerte de deconstrucción del Derecho Internacional que se había construido para una mejor gobernanza del sistema político y económico del capitalismo. Teníamos instituciones como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional, la misma OIT, muchas instituciones que permitirían haber avanzado hacia un control del

proceso de globalización en un sentido diverso al actual, y, sin embargo, la opción política fue dismantelar los controles existentes y renunciar a controlar en un sentido garantista y de gobernanza democrática.

Por lo tanto, esta idea de que los Estados se vieron superados, como por arte de magia, por la globalización es una falacia. No es correcta si es referida a las grandes potencias mundiales. Quizá Portugal, Grecia, Irlanda o España, tuvieron poco que decir, u otros países de América Latina, pero las grandes potencias sí dijeron lo que tenían que decir, e hicieron lo que tenían que hacer, como el famoso Grupo de los 8, que luego se convirtió en el Grupo de los 20. Ellos forjaron una desregulación global del sistema económico y financiero que permitía una estabilidad y liberalización del capital al mismo tiempo que una limitación a la movilidad de las personas, que estaban nacionalizadas. Lo que se estaba desnacionalizado era el movimiento del capital, que podía circular libremente, las personas no, pues estaban encapsuladas en su país, y el derecho era de emigrar, pero no de entrar en cada país. Es decir, la libertad de movimiento del capital y de mercancías vino acompañada de restricciones en la dimensión antropológica del proceso de globalización.

Por lo tanto, hay que decir que la globalización, más que una situación dada, fue un proceso construido, y es en ese plano político donde hay que plantearlo. Entonces, ¿cómo tratar las consecuencias gravísimas? El capitalismo nunca ha sido autocrítico, porque realmente lo que ha sucedido es que el capitalismo liberado de todo control, de lógica social, al final tiende a mercantilizar todas las cosas, a maximizar el rendimiento y el beneficio, y le da exactamente igual la calidad de vida de las personas. Interpreta todo en una lógica económica de la mercantilización y el resultado es que la única forma de afrontar ese problema es que los Estados, que han intervenido en la construcción de la globalización, también controlen otra vez el proceso de redefinición del modelo globalización neoliberal.

AV: *¿Y cómo se aplica la gobernanza?*

JLM: La gobernanza implicaría, en primer lugar, establecer instituciones internacionales de ordenación, tanto financiera como económica, pero también laboral, reglas internacionales. En parte ya tenemos el embrión que es la OIT, como unas de las bases de partida para una posible etapa de construcción de un nuevo orden internacional sometido a un paradigma de gobernanza verdaderamente democrática.

AV: *¿Nos dirigimos hacia la construcción de un derecho internacional del trabajo?*

23

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

JLM: Deberíamos construir un derecho internacional del trabajo con mucho más peso, más control, y esta es quizá la vía más adecuada para afrontar los problemas de un orden global. En cualquier caso, es necesario, junto a la pretensión de crear un derecho internacional del trabajo basado en una mayor efectividad de los instrumentos de control, que este se base también en las Cartas de Derechos que ya existen. No olvidemos que tenemos pactos de derechos internacionales como los de la ONU, y que disponemos de normas internacionales como las de la OIT. Esa es una línea de control donde los Estados deben implicarse y cuyo establecimiento deben exigir. Por otra parte, también es importante considerar el asunto a escala de la UE, la cual es una unidad política incompleta porque no es un Estado compuesto a pesar de que sí hay ámbitos de cesiones de soberanía de los Estados miembros. La UE podría intentar afrontar en mejores condiciones esta situación que los Estados miembros individuales.

¿Cómo podría afrontarla? En primer lugar, estableciendo lo que no tenemos verdaderamente: un derecho social europeo completo. Actualmente el derecho que tenemos en el ámbito del trabajo europeo es incompleto, primero porque la mayor parte de las materias laborales están «nacionalizadas», no hay competencia plena de la UE en materia social, es así aunque pueda parecer sorprendente. En términos de conjunto, la política social es una materia de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. E incluso hay materias donde la UE, por definición, salvo modificación de los tratados, ni siquiera puede intervenir, por ejemplo en materia de huelga no puede intervenir, no puede regular sobre libertad sindical, y no puede regular ni siquiera en materia de salario. No puede hacerlo a menos que se modifiquen los tratados constitutivos. Incluso después del año 2007, la mayor parte del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el ámbito de la UE está nacionalizado, es competencia de cada Estado, y son competencia de la UE solamente algunos instrumentos en materia de despidos colectivos, de prevención de riesgos laborales, materias muy puntuales aunque importantes y relevantes también para el mercado interior, pero la mayor parte de las materias están nacionalizadas. Por lo tanto, habría que construir un Derecho Social del Trabajo de la UE. Pero al mismo tiempo, el proceso de construcción de este debe ir en paralelo con un proceso de mayor democratización de la UE, es decir construyéndola como una unidad política que tenga un Parlamento democrático, con un mecanismo de gobernanza democrática y económica. Por ejemplo, ahora se ha reflexionado críticamente sobre cómo es posible tener una moneda única si al mismo tiempo no hay una unidad política que la respalde. Para tener una moneda única necesitamos naturalmente un gobierno de la economía pleno con un banco central europeo que gobierne las finanzas a escala de la Unión.

Es decir, necesitamos algo que podríamos llamar una unión político social europea que, como una estructura que podemos llamar federalizada, o más o menos federalizada, asuma plenas competencias tanto en el Derecho del Trabajo como en el Derecho de la Economía, y eso ayudaría muchísimo a gobernar los procesos actuales. Es decir, lo que está claro es que la globalización no la podemos gobernar desde los Estados individuales, sino que tenemos que gobernarla desde las uniones de Estados y desde el Derecho Internacional, que habrá que refundarlo sobre la base de controles democráticos, tanto de la economía como del propio Derecho Social del Trabajo. A partir de ahí, podemos interrogarnos respecto a qué dilemas tiene el Derecho Social del Trabajo como tal, a nivel de la UE como a nivel nacional.

AV: Hablemos de eso, ¿qué dilemas tiene el Derecho del Trabajo en el futuro cercano?

JLM: Partiendo de que el Derecho del Trabajo está en ese ambiente político económico, es decir no está aislado del problema que hemos señalado (la globalización), es necesario realizar políticas económicas y sociales a nivel de la UE y perfeccionar el Derecho Internacional para que nos permita gobernar la globalización, utilizando los instrumentos tradicionales que ha tenido el Derecho de la Economía. Partiendo de que no es un mundo aislado, el Derecho del Trabajo también tiene que refundarse, incluso en esas condiciones. Necesitamos claramente un Derecho del Trabajo que, sin renunciar en absoluto a las funciones clásicas que hemos analizado —la función clásica de acomodar el principio de protección con el principio de rendimiento, que es el éxito del Derecho del Trabajo— articule algunas reformas importantes. Tiene que ser un derecho que, por lo pronto, debe atender y hacer frente a cambios que se han producido en la dimensión antropológica del Derecho del Trabajo, pues de lo contrario sería aceptar que el Derecho del Trabajo no percibe la realidad en la que se inserta. Y ¿qué es lo que está sucediendo en la realidad de las relaciones laborales, que es también la forma capitalista de organizar las relaciones laborales? Lo que vemos es que el capitalismo originario estaba basado en una figura de un trabajador relativamente homogéneo, unitario, porque ese era el tipo de modelo que bajo condiciones del trabajo taylorista y fordista se había establecido: un trabajador que estaba en las grandes cadenas de producción, que podía ser regulado de forma estandarizada a través de regulaciones colectivas más o menos uniformes, que de alguna forma se podía regular con un estatuto jurídico en singular, con su sistema de derechos, etcétera. Bueno, el capitalismo actual se ha reestructurado en la forma de organización del sistema productivo desde antes de la crisis, es un proceso que viene de lejos.

25

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

Podríamos detenernos a reflexionar qué significa todo esto del post-fordismo, de las formas de producción capitalista anteriores. Me refiero a que hoy, frente a la orientación de empresa muy verticalizada, muy centralizada, tenemos empresas muy descentralizadas, hay una constelación de empresas que tienen incidencia sobre la concepción de la empresa sin duda. Hay formas de colaboración como las famosas redes de empresas, las subcontrataciones, pero hay otras formas extraordinariamente proteiformes de organización empresarial. Eso refleja una reestructuración del modo de producción del capitalismo que también incide en las relaciones de producción y en la propia composición de las clases trabajadoras. Todas estas formaciones nuevas relativas a las empresas descentralizadas, empresas flexibles, empresas red, emergencia del trabajo autónomo —trabajador autónomo que, en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o «parasubordinados», se diferencia, en el fondo, socialmente muy poco del trabajador asalariado, aunque jurídicamente se postule su autonomía porque trabajaría por cuenta propia sin una dependencia estrictamente jurídica—, han supuesto un cambio muy importante en la estructura del sistema productivo que incide en la composición de las clases trabajadoras y que hace surgir un tipo de trabajador heterogéneo, que es el trabajador del post-fordismo.

Este trabajador heterogéneo apareció en lo que se ha denominado «mercado secundario de trabajo», es decir, segmento del mercado donde hay trabajo eventual, continuado (con rotaciones cada vez más frecuentes), trabajadores a tiempo parcial, trabajadores con trabajo negro y sumergido; apareció en una normalización de la irregularidad en el trabajo, una creciente precarización laboral, y, en cualquier caso, en una atomización de la clase trabajadora que existe, pero que ha perdido la unidad. Esta pérdida de unidad tiene consecuencias sindicales porque el sindicato lo que tiene que hacer frente a la heterogeneidad es recomponer la identidad colectiva del trabajo, ya no puede basarse necesariamente en una organización laboral en una empresa más o menos unitaria, porque esa empresa es a veces incluso virtual y está descentralizada. Entonces tiene que recomponer la unidad del trabajo subordinado a través de técnicas colectivas, reivindicando la negociación colectiva en las empresas de subcontratación, en los grupos de empresa; penetrando en ellas como tal sindicato.

Pero este fenómeno también tiene consecuencias desde la perspectiva del derecho vertical del trabajo, es decir, el estatal. El derecho vertical tampoco puede aplicarse indiferenciadamente como antes, y esto lo estamos viendo ahora, al ver cómo se dispone formalmente de un estatuto del trabajo, pero en el fondo hay una diversificación de tipos contractuales y de situaciones especiales en el trabajo asalariado. Vemos cómo han crecido y se han expandido las fórmulas de trabajo atípico,

las relaciones especiales, pero luego comprobamos igualmente que para muchos de los trabajadores, por las nuevas formas de producción y por la descentralización como estrategia empresarial, se está buscando la huida del Derecho del Trabajo, es decir apartarse de las garantías laborales y someter al trabajador a relaciones civiles y o cuasi mercantiles, y esto lo hemos visto muy claramente con el trabajo autónomo.

Ante ello, ¿cómo podemos reaccionar? El sindicato debe recomponer la identidad colectiva sin dejar de ser una entidad colectiva que participa institucionalmente en el gobierno político —porque tiene que ser un actor político—, tiene que recuperar —porque en parte la ha perdido— su fuerza donde siempre la tuvo que tener y mantener, que es en la empresa aunque sea disgregada, y en la propia clase trabajadora para ser efectivamente representativo y estar legitimado socialmente (representatividad «real»), y no depender de un estatuto semipúblico con carácter general (como es el caso de la institución de la «mayor representatividad sindical»). Y el Derecho del Trabajo tiene que atender a la diversidad del mundo del trabajo, lo que significa que tenemos que garantizar que los trabajadores tengan un estatuto protector *en el empleo* —a esto no se puede renunciar nunca porque sería aceptar la mercantilización de los trabajadores—, pero también se tiene que complementar ese estatuto porque la situación es que, con las nuevas formas de producción, el trabajador va a rotar continuamente, incluso va a pasar por situaciones muy distintas como trabajador autónomo, como trabajador por cuenta ajena y viceversa, de un trabajo a otro. Entonces es preciso proteger también a la persona del trabajador en ese proceso de rotación, no solo a través de la protección por desempleo, sino a través de políticas de recolocación, de formación profesional, que protejan a esa persona y que le permitan mantener su dignidad en el empleo y fuera de este.

Se necesita, así, completar el estatuto de protección del empleo, que es el clásico, con un estatuto protector en sí de la persona del trabajador. Y necesitamos también elaborar lo que antes no teníamos, un estatuto del propio trabajo autónomo. Tradicionalmente en el Derecho del Trabajo clásico se comienza el ámbito de aplicación de las leyes laborales diciendo que el trabajo autónomo queda extramuros del Derecho del Trabajo, eso ya no es correcto, no puede serlo en esos términos enteramente excluyentes. Lo que hay que extender son las tutelas a gran parte del trabajo autónomo, porque este, en gran medida, sobre todo el llamado trabajador autónomo económicamente dependiente, es un trabajador que podría muy bien haber sido regulado bajo una relación laboral especial. Si no lo ha sido, que podría ser una buena elección, al menos hay que dotarle de un estatuto que tenga unas garantías similares a las de los trabajadores asalariados. En nuestro país, al igual que ha sucedido en Alemania o en Italia, tenemos un estatuto del trabajador

autónomo, que no es el estatuto del artículo 35.2 de la Constitución de España, porque no se refiere expresamente al trabajador autónomo. Es un estatuto que hemos tenido que completar, reinterpretando el artículo 35 de la Constitución, es decir, creando un estatuto que proteja directamente al trabajador autónomo para evitar que quede convertido en una mercancía y que, de alguna forma se produzca la huida del Derecho del Trabajo. Es necesario recuperar a ese trabajador perdido que podría haber estado en el ámbito del Derecho del Trabajo pero que las nuevas formas de producción y las estrategias empresariales, cuando se descentraliza y fomenta el trabajo autónomo, quieren situar fuera del Derecho del Trabajo. Hay que dotarle de un estatuto, y esto significa reconocerle derechos que ha tenido antes el trabajador asalariado, y eso, paradigmáticamente, es lo que hace en nuestro país la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en el ámbito de nuestro país con fórmulas parecidas a las establecidas para el trabajo «parasubordinado» en Italia. En este «Estatuto del Trabajo Autónomo» se ha optado por una vía intermedia, por el momento, como relación de trabajo especial dentro del trabajo autónomo general; no se le ha laboralizado íntegramente, sino de manera parcial. Estas son técnicas de regulación importantes porque significan que el ordenamiento jurídico lo primero que tiene que garantizar es un conjunto fundamental de derechos, derechos de ciudadanía para todo trabajador, sea por cuenta ajena o sea por cuenta propia.

AV: *Es decir, el trabajo personal, como diría Antonio Ojeda, es la línea que hay que transitar.*

JLM: Sí, el trabajo personal en sí, esto es, se trata de proteger al trabajador profesional con independencia de la vicisitud concreta que le hace ser trabajador por cuenta ajena, en un sector u otro, o ser realmente autónomo —porque también hay el falso autónomo—. Esto permite articular un estatuto que no suprima —y esta es la diferencia con parte de la doctrina de ideología liberalizadora— el estatuto del empleo sino que lo complementa porque claro, si el trabajador está de un lado a otro, está atomizado, es un trabajador nómada, no tiene el empleo estable porque es precario, algunas veces está como trabajador autónomo y otras como trabajador aún precario pero por cuenta ajena, la única fórmula es completar el estatuto del empleo con un estatuto protector de la persona del trabajador.

Eso significa que ese catálogo de derechos tiene que ser sustancialmente el mismo. En la UE, pese a ser criticable en muchas políticas, hoy tenemos un instrumento débil que está situado curiosamente en esa lógica. Hoy se dispone de una Carta llamada de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en versión del año 2007 ha sido configurada como una norma jurídica vinculante con rango de Tratado, así lo dice

el artículo sexto del Tratado de la UE. Pero es importante subrayar que cuando la Carta de la Unión Europea regula derechos fundamentales está anudando esos derechos a la persona y por supuesto, a la persona en los distintos ámbitos donde se desenvuelve su personalidad, tanto si es como trabajador por cuenta ajena o propia, funcionario o trabajador vinculado por un contrato de trabajo. Se refiere a un concepto global de persona que, en su condición de trabajador, tendrá siempre un estatuto como tal. Nosotros lo hemos visto también con los funcionarios públicos con el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, Reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público) donde lo primero que se establece es una carta de derechos que reproduce instrumentalmente el texto constitucional. Pero en la UE es significativo que se haya optado por establecer un conjunto de derechos que son de la persona que se estructuran con arreglo a valores, ya ni siquiera hay una separación estricta, como debe ser, entre los derechos tradicionales que son los civiles y los políticos, y los de la segunda generación, los económicos sociales y culturales, y ahora hablamos de la cuarta generación, derecho al medio ambiente, al desarrollo, etcétera. Esos derechos ya no se separan como compartimentos estancos, sino que se organizan por valores: el valor de la igualdad, la solidaridad, la justicia, la ciudadanía; y eso permite la comunicabilidad e interdependencia de todos los derechos garantizados.

El problema es que la Carta de la UE tiene ese valor jurídico, pero luego tiene los límites derivados de las reducidas competencias comunitarias. No obstante, ahí disponemos de un referente donde podríamos progresar para construir un estatuto protector de las personas, que se despliegue, diversamente, en el empleo, en el mercado de trabajo, fuera del mercado de trabajo y en cualquier situación en la que se encuentre la persona, y por supuesto cualquiera que sea su condición de trabajador: por cuenta ajena, funcionario o no funcionario, trabajador autónomo, en cualquiera de las circunstancias determinantes de protección social. Entonces, creo que ahí estaría lo que he llamado la nueva dimensión antropológica del derecho social del trabajo, que es una reinención de la configuración de «lo social», que es relevante para el Derecho del Trabajo. Es decir, lo primero en lo que tenemos que ponernos de acuerdo es en qué es «lo social», dónde está el elemento de identidades colectivas que tenemos que perseguir, dónde está el valor comunitario que hay que consagrar frente a una sociedad individualizada a la que tiende la sociedad disgregada del capitalismo actual, y dónde nosotros (los juristas críticos) podemos introducir una política de reforma social avanzada.

En esa dirección podríamos caminar. Pero quiero subrayar que, a diferencia de parte de un sector de la doctrina, que pretende que el estatuto de la persona quede totalmente separado y que desplace al estatuto protector del empleo (criterio con el que estoy totalmente en desacuerdo), debe

29

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

construirse un nuevo estatuto protector de las personas, adicional y complementario respecto de aquel. Esa es una lectura neoliberal de la famosa flexiseguridad, en virtud de la cual se pretende que el trabajador quede desprotegido en su empleo, asumiendo que es muy difícil protegerlo porque está cambiando continuamente y se le deja de proteger en el empleo (o la protección se reduce al mínimo) buscando compensarlo con una protección en el mercado de trabajo o fuera de este a través de la Seguridad Social, o políticas de desempleo, etcétera. Estoy totalmente en desacuerdo con ese intercambio político, porque supone la renuncia fundamental a las bases del sistema democrático, del sistema de trabajo en las que se sostiene el Derecho del Trabajo: el trabajo no es una mercancía; ni tampoco el trabajador pueda estar sometido al poder omnímodo del empleador. Si aceptamos ese intercambio, mercantilizamos al trabajador, aceptamos que es una «cosa productiva *sui generis*», de uso y abuso por parte del empleador, quien puede despedir sin causa, se puede aceptar cualquier tipo de contrato, someterlo a ilimitados poderes sobre su persona, etcétera. Y por lo tanto de ser así, se renunciaría a todo lo que ha pretendido el Derecho del Trabajo del constitucionalismo democrático-social, a saber: desmercantilizar la posición del trabajador en el ámbito de la empresa y del mercado; y, sobre todo, también renunciamos a un proyecto de reforma de la empresa, pues por esa vía le estamos diciendo al empresario que la empresa es suya, y que empresa es igual a patrimonio, cuando no es lo mismo (la empresa es organización de personas, aunque expresión de una libertad de iniciativa económica).

La empresa democrática, en los textos constitucionales modernos, anudando las distintas normas de intervención, es una organización de capital y de trabajo, con la iniciativa del empleador, pero la organización no es sinónimo de patrimonio o de simplemente esfera patrimonial del empresario. La empresa tiene que recibir los valores del sistema democrático. Es difícil, pero esa ha sido la pretensión del Estado Social y democrático de derecho, donde la democracia no es solo formal sino también real o material, y como tal tiene que ser una democracia económica e industrial.

Cuando se reconoce en nuestro texto constitucional, como igualmente en los textos democráticos sociales en términos de conjunto, el derecho del trabajador a participar en la dirección de la empresa, a influir en las decisiones empresariales relevantes, se está diciendo que la empresa no se puede confundir con el patrimonio del empresario o la titularidad empresarial. Por tanto, si renunciamos a este tipo de derechos, a esas intervenciones de la subjetividad colectiva del trabajo, estamos mercantilizando al trabajador y renunciando también al avance del proceso de democratización de la sociedad, porque la democracia verdadera tiene que penetrar en la empresa. Salvo que queramos

restringir la democracia a una democracia de tipo «liberal restringida» a un proceso electoral.

El problema de fondo es que, hoy por hoy, el capital en el mundo empresarial está defendiendo lo que defendió en el siglo XIX con otras formulaciones instrumentales: la concesión absolutista de la empresa y la propiedad. Esto supone que el empresario tiene derecho no solo a la iniciativa económica sino que también tiene derecho a la exclusión de «terceros». De ser así, los trabajadores serían «terceros», o meros agentes productivos instrumentales, no serían parte constitutiva de la empresa y no tendrían nada que decir en la empresa; y mucho menos el sindicato, porque sería, por definición, un actor extraño a la empresa y, en consecuencia, tendría que estar fuera de la empresa: en una posición «excedentaria» respecto de ella. Por lo tanto, nos jugamos mucho en ello, lo que significa que dentro de las intervenciones que tiene que plantear el derecho del trabajo, hay que profundizar en una nueva forma de reformar la empresa, de tomarse en serio la democracia económica en el ámbito de la empresa, como un proyecto de democratización de la sociedad formalizada como Estado Social, y teniendo en cuenta las dificultades de garantizar esa influencia colectiva en una empresa tan heterogénea y difusa como las que prevalecen actualmente en el sistema de economía de mercado.

Pero tenemos posibilidades de hacer eso, yo voy a poner varios ejemplos para decir que se puede hacer, que no son utópicos, que son reales y viables. En primer lugar, la UE, que tan criticable puede ser y de hecho lo es en muchos aspectos, tiene instrumentos que han permitido introducir ciertos elementos de democracia, por lo menos hay algunas piezas que nos permiten avanzar. Ante las empresas de dimensión comunitaria, se crearon los comités de empresa europeo (directiva 2009/38/CE, de 6 de marzo, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores de la UE), lo cual costó una lucha por el derecho frente a la empresa multinacional que decía que abandonaba el espacio Europeo. Al final se implantaron, y hay comités de empresa europea en empresas de dimensión comunitaria. En segundo lugar, la sociedad anónima europea que se creó como exigencia de economía de escala, que supone la formación del mercado interior europeo, y cuya regulación impone la creación de procedimientos y estructuras de información, consulta y participación activa, que permiten, incluso a través de la negociación colectiva, establecer hasta mecanismos de cogestión en determinados ámbitos (Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la participación/implicación de los trabajadores).

31

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JOSÉ LUIS
MONEREO

Cada país de la UE, como el nuestro, ha tenido que promulgar una Ley de Trasposición de las Directivas de los Comités de Empresa Europea y de Participación/Implicación de los Trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. Me he ocupado en cada caso de analizar estas normas reguladoras y puedo afirmar que son instrumentos que pueden permitir progresar para recomponer la unidad perdida del trabajo en la empresa de estructura compleja. Esto ha permitido algo fundamental desde el punto de vista del derecho de participación/implicación, que es hacer coincidir el ámbito de la participación con el centro de poder de decisión empresarial. Es lo que se puede formular como el principio de correspondencia entre lo que es el nivel de participación y el nivel de toma de decisiones empresariales. Esto pasa con las empresas multinacionales: si se establece un nivel de participación solo en las empresas filiales o vinculadas y a nivel nacional, y no se garantizan en las estructuras decisionales de todo el complejo empresarial (centro de decisión o centro de decisión unitaria), al final ¿qué ocurre?, pues que la empresa dominante puede cortar el suministro de determinada esfera del mercado a la empresa filial, la deslocaliza, o la descapitaliza económicamente para que lleve a cabo despidos colectivos o modificaciones sustanciales en el régimen del trabajo; o la empresa filial dice que no puedo informar a los representantes de los trabajadores, porque resulta que desconoce datos relevantes, y aduce que las decisiones vienen de afuera. Eso se puede resolver porque hay una forma de recuperar los mecanismos de control y participación a través de mecanismos institucionales.

El artífice de estos procedimientos y estructuras de intervención colectiva o sindical no ha sido el derecho nacional, porque el derecho nacional no puede imponer eso fácilmente, ha sido el derecho de la UE el que ha establecido estos mecanismos que permiten que se correspondan el centro de decisión empresarial con el ámbito de la participación a través de la constitución de un Comité de Empresa Europeo o un órgano de información, consulta y participación en la Sociedad Anónima Europea que en sí misma es, como se sabe, un grupo de sociedades.

En el ámbito internacional, fuera de la UE, existen otros mecanismos, pero son más débiles porque hay menos posibilidad de regulación normativa. Están las muy debilitadas y deficientes cláusulas sociales de mercado, porque aquí se echa en falta ese Derecho Internacional del trabajo que no hemos sido capaces de crear todavía pero que podemos crear en cualquier momento, existe la decisión de política del derecho encaminada a ello. Lo acabo de demostrar ahora mismo, con estos dos ejemplos que acabo de exponer, no es una utopía. Además, incluso las directivas sociales europeas sobre despidos colectivos y sobre transmisión de empresa tienen una cláusula muy significativa que dice que la empresa afectada no podrá negarse a facilitar informaciones sobre la base que

no dispone de esa información porque no se le ha proporcionado la sociedad dominante. Esta obligación jurídica de información no puede excusarse, tiene que cumplirse necesariamente; son su responsabilidad y puede cuestionar la validez de las decisiones laborales del empleador en los casos de despidos colectivos o vicisitudes contractuales ligadas a las transmisiones de empresas.

Es decir, el derecho puede, dentro de los límites y si hay voluntad política —porque el derecho es la otra cara del poder, y el Derecho del Trabajo también—, tratar de buscar mecanismos que superen los límites nacionales para el gobierno de la economía y del sistema de relaciones laborales. Claro, debe decirse que el derecho de participación es un derecho básico social, que tiene un componente democrático.

Esto significa que hay alternativas de viable realización, luego habrá quien quiera caminar más o no, estas que estamos planteando son viables porque los ejemplos que acabo de poner son reales y actuales, y hay que caminar en esa dirección. Se puede caminar en otra dirección. Hay quien piensa, desde el punto de vista neoliberal, que sobran todas las directivas sociales armonizadoras de las legislaciones nacionales, como las garantías laborales en los casos de reestructuración empresarial (Directiva 1998/59/CE, de 22 de octubre, sobre Despidos Colectivos; Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, Relativa a la Transmisión de Empresa; y Directiva 208/94/CE, de 22 de octubre, sobre Insolvencia del Empleador), la de los Comités de Empresa Europeo y la Sociedad Anónima Europea. Hay quienes piensan, por el contrario, como yo, que esa normativa armonizadora garantista es la evolución lógica y coherente del Derecho Social del Trabajo en un sistema democrático avanzado; y, por lo tanto, debemos y podemos progresar en ese sentido de construcción de «lo social» desde el enfoque propio del garantismo jurídico-social.

Crítica de la libertad sindical

Critique of trade union freedom

ÓSCAR ERMIDA URIARTE*

Resumen: El artículo parte del carácter protector del derecho del trabajo y del estudio de la libertad sindical como instrumento de desigualdad compensatoria, para analizar críticamente la protección de este derecho en el Comité de Libertad Sindical. Seguidamente, se desarrollan las causas de la actual crisis del sindicalismo y la posibilidad de una autorreforma sindical y de un Tribunal Internacional de la Libertad Sindical. Finalmente, el artículo presenta algunas estrategias para superar la crisis del sindicalismo.

Palabras clave: relaciones colectivas – libertad sindical – tutela colectiva – sindicalismo

Summary: The article begins of the protective character of Labor Law and of the study of trade union freedom as an instrument of compensatory inequality, to analyze critically the protection of this right in the Committee of Trade Union Freedom. Then, it develops causes of the current crisis of trade unionism and the possibility of a trade union self-reform and of an International Court of Trade Union Freedom. Finally, the article presents some strategies for overcoming the crisis of trade unionism.

Keywords: collective relations – trade union freedom – collective guardianship – trade unionism

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN ACLARATORIA.– II. LA LIBERTAD SINDICAL EN LA DOGMÁTICA DEL DERECHO LABORAL.– II.1. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL DERECHO LABORAL.– II.1.1. FUNCIÓN DEL DERECHO LABORAL.– II.1.2. ESTRUCTURA DEL DERECHO LABORAL.– II.2. NATURALEZA DE LA LIBERTAD SINDICAL.– II.3. FUNCIONES DEL SINDICATO.– III. CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL SISTEMA DE LA OIT.– III.1. LA PRETENDIDA BILATERALIDAD DE LA LIBERTAD SINDICAL.– III.2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA ANTE EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL.– III.3. «CONSERVADURIZACIÓN» DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ.– III.4. EL CASO COLOMBIA.– IV. LA CRISIS DEL SINDICATO Y DE LA TUTELA COLECTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES COMPARADAS.– IV.1. CAUSAS DE LA CRISIS.– IV.2. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA CRISIS.– V. LA «CRISIS» SINDICAL EN AMÉRICA LATINA.– V.1. EL INTERVENCIONISMO ESTATAL LIMITATIVO DE LA ACCIÓN SINDICAL.– V.1.1. ALGUNAS CAUSAS DEL INTERVENCIONISMO ESTATAL LIMITATIVO DEL SINDICATO.– V.1.2. MANIFESTACIONES DEL INTERVENCIONISMO ESTATAL LIMITATIVO DE LO COLECTIVO.– V.2. ALGUNAS CAUSAS DE LA DEBILIDAD SINDICAL EN LATINOAMÉRICA.– V.3. ESPECIAL REFERENCIA A LA ESTRUCTURA SINDICAL Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN AMÉRICA

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

LATINA.- V.3.1. EL MODELO PREVALECIENTE: DESCENTRALIZACIÓN IMPUESTA POR LA LEY.- V.3.2. DEFECTOS DE LA ESTRUCTURA SINDICAL DESCENTRALIZADA (SINDICATO DE EMPRESA).- V.3.3. VENTAJAS DE LA ESTRUCTURA SINDICAL CENTRALIZADA (SINDICATO DE RAMA).- V.3.4. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- V.3.5. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL.- V.4. LA INICIATIVA DE «AUTORREFORMA SINDICAL».- V.5. LA INICIATIVA DE CREACIÓN DE UN «TRIBUNAL INTERNACIONAL DE LIBERTAD SINDICAL».- VI. ESTRATEGIAS POSIBLES.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN ACLARATORIA

Este breve ensayo intenta señalar algunos de los problemas que enfrenta hoy la libertad sindical y su actor principal, el sindicato, especial pero no exclusivamente en América Latina. De ahí el título de *crítica de la libertad sindical*, que no supone una postura negativa ante este derecho fundamental, sino la necesidad de *revisarlo* analíticamente para detectar sus fortalezas y debilidades en determinados contextos. Crítica desde la valoración positiva, crítica para mejorar, para determinar qué es lo que no funciona y así poder corregirlo, para definir en qué y cómo este instituto podría ser más eficaz.

De ahí que la primera parte se destine, precisamente, a destacar la posición protagónica de la libertad sindical en la dogmática del derecho del trabajo, que no podría funcionar sin ella. Luego, en la segunda parte, se aborda la crítica de la libertad sindical en el sistema de la OIT, habida cuenta del papel fundamental que este organismo, sus normas y órganos de control, han jugado en el desarrollo de la sindicación. Luego, se analiza la crisis del sindicato y de la tutela colectiva en las relaciones laborales comparadas (cuarta parte), para inmediatamente (en la quinta parte) abordar la situación sindical en Latinoamérica con especial referencia al problema de la estructura sindical prevaleciente en esta región. En una sexta y última parte se consideran las estrategias posibles para mejorar los aspectos detectados como defectuosos y se culmina con unas muy breves conclusiones.

II. LA LIBERTAD SINDICAL EN LA DOGMÁTICA DEL DERECHO LABORAL

II.1. Estructura y función del derecho laboral

II.1.1. Función del derecho laboral

Está claro que la función principal¹ del derecho del trabajo es la protección del trabajador, a tal punto, que un derecho laboral no

¹ Es cierto que además de la tutela, el derecho del trabajo también cumple una función complementaria o secundaria de organización de la producción y regulación de la competencia. Ello se aprecia con

35

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

protector carecería de razón de ser. Tal esencial protección deriva de la constatación de la desigualdad entre trabajador y empleador, ante la cual se desarrolla la creación de desigualdades de signo opuesto para corregir o aminorar aquella desigualdad de base. Se trata de la desigualdad compensatoria o igualación². En otras palabras, el derecho laboral protege porque constata una desigualdad. De tal modo, podría sostenerse que la igualdad es el valor o principio básico del derecho laboral, del cual deriva el tradicional principio protector. Se protege a la parte débil de una relación económica y de poder. Se la protege para igualar. La igualdad es el objetivo final. La protección es el instrumento para alcanzarlo o aproximarse a él.

Pero, ¿cómo protege, cómo iguala el derecho del trabajo? ¿Cómo introduce esa desigualdad compensatoria?

II.1.2. Estructura del Derecho laboral

La protección propia del derecho del trabajo opera tanto autónoma como heterónomamente.

La *autotutela* o *tutela colectiva* fue la primera en el tiempo e históricamente dio origen al derecho del trabajo durante el desarrollo de la sobreexplotación de la mano de obra que provocó la Revolución Industrial. Ante tal situación los trabajadores se agrupan para oponer la fuerza del número al poder económico del empleador (sindicato), presionando en conjunto (huelga) y acuerdan colectivamente la mejora de alguna de las condiciones de trabajo (negociación colectiva). Al fin y al cabo, y en un resumen brutal, esto es el Derecho Colectivo del Trabajo y así se explica del modo más simple posible el protagonismo y la esencialidad del sindicato en el derecho laboral.

La *heterotutela* es la protección dispensada por el Estado, a través de sus tres poderes. Desde el legislativo, se aprueba una legislación protectora del trabajador; desde la administración, se controla el cumplimiento de esa normativa (inspección del trabajo) y desde el judicial, se estructura una justicia especializada y un proceso autónomo que garantice su rápida aplicación.

Está claro que autotutela y heterotutela no son compartimentos estancos, sino que entre ellos se verifica una constante interacción. Por ejemplo: a) convenio colectivo que sucede a la ley, mejorando lo previsto en ella; b) convenio colectivo que antecede a la ley, que luego viene a generalizar lo que la autonomía colectiva había establecido para

claridad en el Preámbulo de la Constitución de la OIT.

2 La expresión «igualación» es un feliz aporte de ROSENBAUM, Jorge. «Los problemas actuales de la Justicia del trabajo en América Latina». *Derecho Laboral*, XXXVI, 169 (1993), p. 120.

determinado sector; y c) ley que delega en el convenio colectivo o que promueve la negociación colectiva.

En todo caso, es evidente la esencialidad de la autotutela colectiva, en el origen del derecho del trabajo, en su funcionamiento como ordenamiento protector y en la prosecución de sus objetivos de igualación.

Por eso la libertad sindical ha sido tempranísimamente reconocida como un derecho fundamental, lo que lleva a referir su naturaleza jurídica.

II.2. Naturaleza de la libertad sindical

Está absolutamente fuera de discusión que la libertad sindical es uno de los derechos humanos o fundamentales masivamente reconocido en las constituciones y en los pactos y declaraciones de derechos humanos.

Pero hay más que eso. La libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerequisite o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es «un derecho para tener derechos», un derecho generador o creador de otros derechos.

Este carácter genético o estructural de la libertad sindical se aprecia en la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) que proclama en primer lugar a la libertad sindical, aun antes que la proscripción del trabajo forzoso y del trabajo infantil y que la no discriminación. Es que si hubiera que elegir uno solo de los derechos humanos laborales, habría que escoger la libertad sindical, porque con ella existe al menos la posibilidad de crear los otros derechos o algunos de ellos. La inversa no se da. Se puede reconocer la limitación de la jornada, o el descanso semanal o el derecho a vacaciones, sin que ello genere el surgimiento de otros derechos. En cambio, el reconocimiento —y sobre todo el ejercicio— de la libertad sindical sí tiene esa potencialidad creativa de otros derechos, tanto que así fue como nacieron algunos de los otros derechos laborales y el derecho laboral mismo.

Paralelamente, la libertad sindical es un instrumento de desigualdad compensatoria o igualación en tanto constituye o permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador.

Y es también, rebasando ya los márgenes del derecho laboral, un elemento constitutivo de la democracia. No solamente de la democracia material, sino también de la democracia formal y ello por dos razones. Primero, porque para importantes sectores de la población, *v.gr.* los trabajadores, es imposible o muy difícil ejercer muchos de los derechos civiles tradicionales sino a través de la acción igualadora del sindicato. Y segundo, porque las modernas democracias pluralistas requieren del

sindicato como uno de los actores representativos de ese pluralismo que les es consustancial. Tan es así, que es común la referencia al «test sindical» de la democracia que consiste en usar el reconocimiento de la libertad sindical como un indicador de democracia.

II.3. Funciones del sindicato

El sindicato es pues, el sujeto principal o central de la tutela colectiva o autotutela, tanto así, que es común —más en Europa que en América Latina— que el derecho colectivo del trabajo sea denominado «derecho sindical», identificando lo colectivo con lo sindical. Y siendo el sujeto central del derecho colectivo del trabajo, lo es, obviamente, del derecho del trabajo en su conjunto.

Por lo mismo y de igual modo, el sindicato es también sujeto principal de la protección o igualdad, como ya se vio.

El sindicato ejerce, asimismo, la representación de los intereses colectivos y constituye una garantía de eficacia de los derechos y normas laborales. Por su sola presencia, el sindicato ya supone un cierto desincentivo a la violación de normas y derechos del trabajador; y claro está, su acción efectiva puede constituir un incentivo mayor al cumplimiento y prevenir violaciones. Es esta una función «instrumental» del sindicato, pero no por ello poco importante, sino verdaderamente esencial.

Como se sabe, el sindicato también es sujeto exclusivo o preferente de la negociación colectiva, lo que lo convierte en un ente normativo. A través de la autonomía colectiva, el sindicato se convierte en colegislador o creador de Derecho. Ha sido él, al imponer la negociación colectiva como instrumento de establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, el que quebró el axioma decimonónico de que solo el Estado creaba Derecho. La irrupción de un Derecho no estatal, creado por un convenio colectivo cuyo único sujeto colectivo esencial o imprescindible es el sindicato, supuso una verdadera revolución jurídica protagonizada por el derecho laboral a través del sindicato y la autonomía colectiva.

Paralelamente, el sindicato es sujeto preferente —aunque no exclusivo— del conflicto, así como actor del Gobierno del sistema de relaciones laborales. Todo ello, sin perjuicio del ya mencionado e importante papel político que desarrolla el sindicato, sea en el plano de la democracia material, séalo en el de la formal.

Dicho lo que antecede y sentada la esencialidad de la libertad sindical para la democracia en general, para el derecho del trabajo en su conjunto, y para los demás derechos de los trabajadores y partiendo de esta perspectiva que la visualiza como un derecho fundamentalísimo generador de otros derechos fundamentales, es que debe abordarse la crítica de la libertad sindical.

37

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

III. CRÍTICA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL SISTEMA DE LA OIT

También aquí es necesario comenzar rindiendo homenaje al papel fundamental que la OIT ha cumplido en el reconocimiento y desarrollo de la libertad sindical en el mundo, tanto en el plano de la teoría como en el de la realidad práctica.

En efecto, el Preámbulo de la Constitución de la OIT puede ser considerado como la primera declaración internacional de derechos, con lo cual el reconocimiento internacional de los derechos sociales —y específicamente de los laborales— habría precedido al de los derechos individuales y políticos, en contra de la teoría de las generaciones de derechos. Y allí, en el marco del objetivo de mejoramiento de las condiciones de trabajo, se reconoce el derecho a la libertad sindical, así como a la limitación de la jornada, al descanso semanal, al salario, a la igualdad salarial y a la formación profesional, entre otros. Se debe a la OIT la precedencia en el tiempo —y por mucho tiempo, por casi treinta años— del reconocimiento internacional de la libertad sindical y otros derechos laborales, respecto de los derechos humanos en general.

Más adelante, cuando en junio de 1948 la Conferencia General de la OIT aprueba el convenio internacional número 87 sobre libertad sindical³, esta se convierte en el primero de los derechos fundamentales en ser reconocido, consagrado y regulado en un tratado internacional específico, dedicado a uno solo de los derechos humanos.

Muy poco después, cuando en 1951 se constituye el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la libertad sindical se convierte, además, en el primero de los derechos fundamentales en contar con un procedimiento internacional de control, especializado y exclusivo.

Por lo demás, la jurisprudencia acumulada por el Comité de Libertad Sindical a lo largo de más de sesenta años y en torno a más de dos mil casos constituyó, al menos hasta los años ochenta, la más importante doctrina jurisprudencial sobre libertad sindical. Podía hablarse, a su respecto, de la doctrina más recibida a nivel mundial.

Por esto mismo, debido a toda esta descomunal importancia de la labor de la OIT en pro de la libertad sindical, procede —dentro del marco de tal reconocimiento— analizar sus insuficiencias, falencias o aspectos negativos, en busca de diagnósticos que permitan hacer un juicio de su actualidad y de perspectivas de mejoramiento.

3 El convenio 87, aprobado en junio de 1948, también es anterior, aunque solo unos cinco meses, a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de diciembre de ese mismo año.

III.1. La pretendida bilateralidad de la libertad sindical

Sobre la base del artículo 2 del convenio 87, de conformidad con el cual «los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes», los órganos de la OIT han considerado que la titularidad de la libertad sindical es bilateral: tanto los trabajadores como los empleadores serían titulares de ese derecho.

No obstante, y a pesar de ese indiscutible argumento de texto, *dogmáticamente* parece difícil sostener tal bilateralidad. En primer lugar, la contradice el origen histórico del sindicato y del derecho del trabajo, tanto como su función, según se acaba de ver⁴. El sindicato y la libertad sindical nacen para compensar o contrabalancear el poder económico del empleador, procurando un cierto reequilibrio de fuerzas en las relaciones de trabajo o, por lo menos, la reducción del desequilibrio de origen. Si a renglón seguido se reconoce ese mismo derecho o instrumento al empleador, automáticamente se restablece la posibilidad del desequilibrio. Se habrá «borrado con el codo lo que se escribiera con la mano».

De ahí que importante doctrina niegue le referida bilateralidad, reconociendo la titularidad de la libertad sindical solamente a los trabajadores y a sus organizaciones. Para solo mencionar algunos pocos ejemplos de una bibliografía que podría ser interminable, debe mencionarse a Palomeque y al propio Tribunal Constitucional español, para quienes «libertad sindical» y «empresario» son términos antagónicos, porque aquella es siempre un instrumento y una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores⁵. Por su parte, a los argumentos histórico y teleológico ya referidos, Villavicencio agrega la constatación de que en la práctica, allí donde el derecho positivo les reconoce el derecho de sindicación, los empleadores generalmente no lo utilizan, constituyendo sus organizaciones sobre la base de otra base jurídica, en particular el derecho de asociación común o genérico. Asimismo, destaca que la mayoría de esos sistemas que proclaman la bilateralidad de la libertad sindical de inmediato se desdican regulando de manera muy asimétrica la sindicación de los trabajadores y las organizaciones de empleadores⁶. De ahí que Giugni, que remite la concepción simétrica al ordenamiento corporativo, destaca que la unilateralidad de la libertad sindical no implica el desconocimiento del derecho de los empresarios a organizarse, para lo que cuentan con el derecho de asociación, que goza de una tutela menos intensa⁷. Otros destacados autores ni siquiera se

4 Ver *supra*, II.1.2, II.2 y II.3.

5 PALOMEQUE, Manuel-Carlos. *Derecho del trabajo*. Decimosexta edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, p. 318.

6 VILLAVICENCIO, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Programa Laboral de Desarrollo, 2010, p. 57.

7 GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Segunda edición. Bari: Cacucci, 1996, p. 68.

plantean el problema, dando por supuesta, por obvia, la unilateralidad de la libertad sindical⁸.

Todo hace pensar que, en rigor, la introducción de la bilateralidad por el artículo 2 del convenio 87 respondió más a la necesidad de contar con el apoyo del grupo empleador en la Conferencia para la aprobación del instrumento, o sea, a una razón pragmática y política y no a una concepción científica. Más aun, si uno repasa el texto de los convenios 87 y 98, percibe claramente que la mayor parte de sus disposiciones están pensadas para los trabajadores y sus organizaciones.

Pero hay más. Las cosas no siempre fueron así en la OIT. Primero fue la unilateralidad de la libertad sindical; la bilateralidad sobrevino luego, seguramente por las razones prácticas recién mencionadas.

En efecto, como destaca Barbagelata, del propio Preámbulo de su Constitución surge con nitidez que la OIT fue creada para encarar la mejora continua de las condiciones de trabajo (de los trabajadores, claro está), en el marco de cuyo objetivo, se proclama el principio de la libertad sindical, todo ello referido a los trabajadores. Agrega que esa atribución de titularidad coincide, por lo demás, con la que hacen la mayor parte de los pactos y declaraciones de derechos humanos⁹. En efecto, el artículo 23.4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos atribuye el derecho de sindicación a «toda persona», en el marco de una disposición que en su totalidad se refiere a los trabajadores o, como dice el inciso 3, a «toda persona que trabaja». El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, lo mismo que el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere el derecho de sindicación a «los trabajadores», conjuntamente con el derecho de huelga, inequívocamente unilateral. Estas disposiciones agregan las salvedades respecto de «los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado», lo que refuerza la idea de que se está pensando en trabajadores y no en empresarios¹⁰.

Del mismo modo, el primero de los convenios de la OIT sobre libertad sindical, que es el convenio internacional del trabajo número 11 sobre derecho de asociación en la agricultura, de 1921, se refiere exclusivamente a «los trabajadores agrícolas» (preámbulo) y a «las personas empleadas en la agricultura», a las que se garantizan «los mismos derechos de asociación y coalición que a los trabajadores de la industria» (artículo 1).

8 BAYLOS GRAU, Antonio. *Sindicalismo y Derecho sindical*. Madrid: Bomarzo, 2004, p. 14.

9 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. «A propósito de un reciente informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT». *Derecho laboral*, LIII, 238 (2010), pp. 229-243.

10 En cambio, es cierto que el artículo 26 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales la refiere a trabajadores y empleadores, en línea con el convenio 87. Pero el posterior Protocolo de San Salvador proclama claramente la libertad sindical como «derecho de los trabajadores», junto con el derecho de huelga (artículo 8).

En otras palabras, es claro que para la OIT el de sindicación era un derecho de los trabajadores, concepción que fue mudando con el transcurrir del tiempo, siendo el artículo 2 del convenio 87 la norma que produce el quiebre. Con todo, esta disposición mantiene aún, algo de la memoria histórica porque atribuye el derecho de sindicación a «los trabajadores y los empleadores», a pesar de que cuatro años antes, en la Declaración de Filadelfia, la OIT había comenzado a usar el giro inverso («los empleadores y los trabajadores»)¹¹, alegando una razón alfabética para mencionar primero al empresariado, práctica que se consolidara posteriormente¹².

En todo caso, vale reiterar que las razones por las cuales la OIT bilateraliza la titularidad de la libertad sindical luego de treinta años de atribuir la unilateralmente a los trabajadores parecen ser exclusivamente pragmáticas y políticas, así como ajenas a la dogmática jurídica. E inmediatamente se hace necesario advertir que tal bilateralización resiente la función protectora del derecho fundamental de sindicación.

III.2. La legitimación activa ante el comité de libertad sindical

Se reconoce legitimación activa para presentar quejas por violación de la libertad sindical ante el Comité de Libertad Sindical a los Gobiernos y a las organizaciones de trabajadores o de empleadores¹³.

En cambio, las personas físicas, aun cuando sean sujetos pasivos de un ataque a la libertad sindical, carecen de legitimación para accionar ante el Comité. Tal exclusión podría explicarse tanto por razones prácticas como teóricas. Entre los fundamentos pragmáticos de tal limitación de la legitimación activa, podría incluirse, en primer lugar, la necesidad o conveniencia de canalizar o «filtrar» las eventuales quejas a través de organizaciones e instituciones responsables. En segundo término, la referida restricción podría ser consecuencia de la estructuración tripartita de la OIT sobre una base organizacional. Entre los fundamentos teóricos de la exclusión de la legitimación individual, podrían postularse el predominio de lo colectivo-organizacional sobre lo individual asociativo en la libertad sindical, tanto como la ausencia de la proclamación expresa de la libertad sindical negativa en el convenio internacional del trabajo número 87 y la importancia reconocida a la representatividad sindical. Todas estas razones justifican, desde un punto de vista práctico, la atribución de legitimación activa a las organizaciones representativas¹⁴ y da la impresión de que la solución adoptada no ha revelado disfunciones importantes en los hechos.

11 Ver BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Ob. cit.*, p. 231, nota 10.

12 Es irresistible la tentación de proyectar una involución clara: primero «los trabajadores»; luego «los trabajadores y los empleadores»; más adelante «los empleadores y los trabajadores». ¿Se llegará a «los empleadores» solamente?

13 Para más detalles ver ERMIDA URIARTE, Óscar & Alfredo VILLAVICENCIO. «El Comité de Libertad Sindical». *Temas Laborales*, 32 (1994), pp. 87-114, pp. 88-89.

14 No tanto a los gobiernos, que no recurren al Comité.

De todos modos, desde el punto de vista estrictamente técnico, parecería que la protección de un derecho fundamental exigiría una legitimación activa más extensa, inclusiva de la persona física. En efecto, si el Comité limitara su competencia a las violaciones de la libertad sindical colectiva, podría justificarse la restricción de la legitimación activa a las organizaciones representativas, pero en la medida en que —acertadamente— extiende su competencia a todas las dimensiones de la libertad sindical —incluida la individual y todo lo relacionado con el fuero sindical y otras garantías—, parecería generarse un desajuste con la referida circunscripción de la legitimación activa a las organizaciones y los Gobiernos. De hecho, los trabajadores que consideran violada su libertad sindical individual y no cuentan con un sindicato representativo que asuma su reclamación, solo pueden recurrir a órganos internacionales de protección de los derechos humanos ajenos a la OIT.

III.3. «Conservadurización» de la jurisprudencia del Comité

Como ya se adelantó, la OIT nació con una serie de particularidades —verdaderamente revolucionarias para el derecho internacional de la época—, tales como su estructura tripartita, su poder normativo dirigido a regular directamente relaciones y condiciones de trabajo, y hasta la previsión de mecanismos de control del cumplimiento de sus normas. Todo ello, seguido por una rápida e intensa legiferación, la convirtieron, hasta la década de los setenta inclusive, en la gran —y casi única— protagonista del derecho internacional del trabajo. Fue la principal creadora de un derecho internacional claramente protector del trabajador y limitativo, en lo posible, del *dumping social*, expresado al día de hoy, en más de 180 convenios, 200 recomendaciones, varias declaraciones, resoluciones, repertorios de recomendaciones prácticas y finalmente, aunque no menos importante, en una voluminosa «jurisprudencia» emanada de los pronunciamientos de los órganos de control, entre los que destacan la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el ya referido Comité de Libertad Sindical.

Sin embargo, en los últimos veinte años del siglo XX se fue dando un claro debilitamiento o decadencia de la OIT.

Este proceso es *multicausal*. En primer lugar, la caída del «socialismo real» modificó radicalmente el equilibrio de fuerzas dentro de la organización, en perjuicio de las posiciones del grupo trabajador. En efecto, hasta los años ochenta, los países de Europa del este a menudo votaban en bloque en los órganos tripartitos de la OIT (en especial, la Conferencia y el Consejo de Administración), en línea con las posiciones de los trabajadores. Así lo hacían, por cierto, los delegados de los sindicatos, los de los Gobiernos y a menudo los de los empleadores, en tanto funcionarios del Estado. Luego de la «caída del muro» esa

43

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

situación cambia radicalmente, en tanto los países del este se ubican más a la derecha que varios de los de Europa occidental. En los órganos de la OIT, sus empresarios pasan a alinearse con el grupo empleador y la mayor parte de sus Gobiernos adoptan posiciones próximas a los de estos. El resultado es que la ecuación de poder pasa a ser claramente desfavorable a los trabajadores.

Este proceso coincide y se retroalimenta con la entronización mundial del «pensamiento único» en materia económica. No solo los empresarios, sino también muchos gobiernos, abrazaron, expresa o tácitamente, muchos de los postulados económicos neoliberales que, como se sabe, implican la pretensión desreguladora o flexibilizadora en materia laboral. De tal modo que las mismas fuerzas (patronales y gubernamentales) que proponían y a veces imponían las políticas de desregulación y flexibilización en el orden jurídico nacional, también lo impulsaron y en buena medida lo impusieron en el ordenamiento jurídico de la OIT. Tal presión ha apuntado, como hipótesis de máxima, a convertir a la organización en una especie de centro de estudios que se limitara a investigar, analizar y asesorar, pero que no pretendiese regular¹⁵. En la medida en que este objetivo «superior» no es alcanzado, se intenta minimizar la acción normativa hasta donde sea posible.

Todo ello, se vio facilitado por el relativo desinterés europeo en conservar una normativa de mínimos que en su mayoría estaban superados por el derecho comunitario. En ocasiones, no solo los Gobiernos sino incluso delegados de los trabajadores de los países industrializados se vieron proclives a hacer concesiones normativas, en el entendido de que los «pisos» de esas normas mínimas ya no les eran necesarios, habida cuenta de los niveles alcanzados por sus legislaciones nacionales y por la normativa comunitaria¹⁶.

15 Friedrich von Hayek (probablemente el más radical de los neoliberales, al decir de Touchard), luego de descalificar nada menos que a la Declaración Universal de Derechos Humanos, agrega que ella responde a una «realidad que destila también de todas las declaraciones de los líderes sindicales y de la Organización Internacional del Trabajo; planteamientos que reflejan la actitud del empleado de la gran empresa, del funcionario público y de los cuadros de las grandes compañías, pero es totalmente incompatible con los principios que sustentan la Gran Sociedad». Y agrega que «su aceptación por un conjunto de hombres de Estado supuestamente responsables y entregados a la tarea de formular un orden pacífico internacional debe despertar en nuestro ánimo la mayor inquietud» (VON HAYEK, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad. El espejismo de la justicia social*. Vol. II, segunda edición. Madrid: Unión Editorial, 1988, pp. 189-190. La primera edición en inglés es de 1978, aunque las ideas generales de Hayek se remontan a los años 1938 y 1939). No obstante, es necesario subrayar que la actividad normativa le es impuesta a la OIT por su propia Constitución, a diferencia de la cooperación técnica que recién se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX. El carácter de «ente legislativo» de la OIT no solo le es impuesto constitucionalmente sino que además forma parte de su «código genético», mientras que la cooperación técnica es un mero complemento introducido posteriormente. Al respecto, es por demás sintomática la forma en que se incluyó el tema laboral en el orden del día de las conversaciones de paz: el tercer punto del orden del día se denominó «Legislación internacional del trabajo». El respectivo ítem del orden del día no se refiere a «la OIT» ni a «la creación de un organismo internacional», ni mucho menos a la asesoría o cooperación, sino a una «legislación internacional del trabajo». Es claro que el objetivo principal era crear una normativa internacional laboral. Para eso se crea la OIT. Ella es concebida como un instrumento de la legislación internacional laboral. Esa es su función.

16 Aunque muy otra era la situación de los trabajadores en muchos países subdesarrollados.

El carácter meramente intergubernamental y no supranacional de la OIT también supuso un cierto debilitamiento, especialmente en períodos de alta competencia internacional y de paralelo desarrollo de otras instituciones con algunos grados de supranacionalidad.

A todo ello debe sumarse, todavía, un problema congénito: la brecha histórica entre la ratificación de convenios y su aplicación efectiva.

Estos y muchos otros factores dieron lugar a diferentes *manifestaciones* de debilitamiento de la OIT, tales como la denominada «pausa normativa» o enlentecimiento del ritmo de aprobación de convenios, la preferencia por las recomendaciones, la revisión peyorativa de algunos convenios, el inédito rechazo del proyecto de convenio sobre subcontratación en la Conferencia de 1998, una cierta flexibilización del sistema de control, la paradoja de mantener una visión limitada de los efectos de sus normas y de los pronunciamientos de sus órganos de control mientras algunas tendencias jurisprudenciales nacionales e internacionales les atribuyen mayor preceptividad¹⁷.

Este es el marco en el que se produce un cierto proceso de «conservadurización» de la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical, que no es un hecho aislado, sino que debe ser ubicado en el contexto que acabamos de describir.

El análisis del referido proceso requiere una investigación detallada que compare meticulosamente los cambios que se fueron produciendo en los sucesivos pronunciamientos del Comité. Pero para nuestro objetivo, para solo proporcionar algunos ejemplos, basta con una somera comparación entre la cuarta y la quinta edición de *La libertad sindical* (la recopilación oficial de decisiones del referido órgano), de 1996 y 2006 respectivamente¹⁸.

Uno de los temas en los que el cambio es más notorio es el de la huelga en los servicios esenciales. Los pronunciamientos recopilados en la cuarta edición solo preveían dos clases de servicios esenciales en los que era posible limitar y a veces hasta prohibir el ejercicio del derecho de huelga: a) los servicios esenciales *stricto sensu*, entendidos como aquellos

17 Para todo lo que antecede, ver «90º Aniversario de la OIT y 10º del objetivo del trabajo decente». *Derecho Laboral*, LII, 233 (2009), «Editorial», pp. 3-6, pp. 3-4. Debe aclararse, tal como se indica en la obra citada (pp. 4-6), que en la OIT también han surgido algunas reacciones ante tal estado de cosas, entre las cuales deben destacarse el propósito de controlar el cumplimiento de algunos convenios denominados fundamentales, aun en caso de no haber sido ratificados (Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales de 1998), el lanzamiento de la noción de trabajo decente, la aprobación de la importante recomendación 198 sobre la relación de trabajo (2006), y la adopción de la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (2008) y del Pacto Mundial para el Empleo (2009).

18 *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Cuarta edición. Ginebra: OIT, 1996 (en adelante *LS4*) y *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición. Ginebra: OIT, 2006 (en adelante *LSS*).

cuya interrupción siempre pone en peligro la vida, salud o seguridad de toda o parte de la población, y b) servicios esenciales *lato sensu*, que son aquellos que sin ser esenciales en sí mismos (porque su suspensión no pone inmediatamente en peligro la vida, salud o seguridad), pueden devenir esenciales por la prolongación de la afectación. En la quinta edición aparece una tercera categoría de actividades en las cuales el Comité permite la limitación de la huelga como si fueran servicios esenciales: los «servicios públicos de importancia trascendental», categoría que, como se percibe fácilmente, hipertrofia severamente las hipótesis de tolerancia a la limitación del derecho fundamental de huelga. De hecho, por esta vía, el Comité viene a admitir restricciones al ejercicio del derecho de huelga en actividades en que antes las rechazaba, como por ejemplo, las del transporte colectivo urbano de pasajeros, metros y subterráneos, la del transporte ferroviario, la del transporte de mercancías, la del correo, la educación, los servicios de sanidad animal y hasta la del «instituto monetario, los bancos, los transportes y los sectores del petróleo»¹⁹.

Otro ejemplo análogo se da en materia de formas atípicas de huelga. Luego de considerar durante décadas que la ocupación era una forma de ejercicio del derecho de huelga, el Comité dice ahora que en ella se debe permitir el trabajo de los no huelguistas y el acceso de la dirección de la empresa, lo cual, como bien se ha señalado, priva a la ocupación de su sentido y finalidad²⁰.

También se percibe, en los últimos años, una mayor predisposición a admitir quejas de los empleadores por violación de su libertad sindical. Años atrás no era frecuente que los empresarios presentaran quejas al Comité de Libertad Sindical, el que desestimó las pocas que le llegaron por entender que en los casos concretos no se había verificado una lesión de la libertad sindical. Sin embargo, más recientemente pudo percibirse una suerte de campaña de la Organización Internacional de Empleadores (OIE) para presentar reclamaciones y presionar por obtener pronunciamientos favorables, en una estrategia tendiente a reafirmar la bilateralidad de la libertad sindical, a compensar la idea de que el empleador es el natural infractor de la libertad sindical apareciendo, al menos a veces, como lesionado, y a debilitar la posición de los trabajadores. El Comité ha mostrado cierta complacencia ante esta ofensiva patronal.

Reiteramos que se trata de ejemplos, que en todo caso llaman a un análisis más detenido, que probablemente desnude otros casos análogos.

19 LS5, pp. 134-135.

20 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Ob. cit.*, p. 238.

III.4. El caso Colombia

Como quiera que la variedad de actos antisindicales es casi infinita, existen muy diversos tipos de violaciones de la libertad sindical. Consecuentemente, las infracciones a este principio pueden ser de muy diversa gravedad, desde una norma jurídica que restringe en algo el pleno desarrollo de la actividad sindical a un pequeño grupo de trabajadores cuya titularidad de la libertad sindical puede ser discutible, hasta, en el otro extremo, las agresiones físicas directas a los trabajadores que desarrollan actividad sindical.

Demás está decir que la más grave, grosera e inadmisibles violación de la libertad sindical es el homicidio del sindicalista. Y hace años, muchos años ya, que esta lesión de la libertad sindical se perpetra de manera masiva y continua en Colombia. Hubo años en que fueron cientos los sindicalistas asesinados, al punto que cuando la cifra bajó de tres a dos dígitos, el hecho llegó a ser manejado como un progreso por representantes del Gobierno de ese país.

Para circunscribirnos a los datos actuales, cabe consignar que en 2008, fueron 49 los homicidios de sindicalistas en Colombia, que en 2009 fueron 47 y que del 1 de enero al 23 de agosto de 2010 iban 35.

Entre 1998 y 2009, Colombia acumuló el 63% de los homicidios de sindicalistas ocurridos en el mundo, seguida muy de lejos, por Filipinas (aproximadamente el 5%) y Guatemala (aproximadamente el 3%)²¹.

La OIT —y más ampliamente, la comunidad internacional— ha sido impotente ante este tétrico panorama. En lo que tiene que ver con la OIT, que tiene la competencia directa en la protección de la libertad sindical, el propio tripartismo —una de sus grandes fortalezas— ha sido, en este caso, una de las limitaciones. El Gobierno colombiano —apoyado por el grupo empleador y por gran parte de los Gobiernos de diversas latitudes, sea expresa o tácitamente, a veces simplemente «mirando para otro lado»— logró imponer un 2-1 ante el grupo trabajador, dentro del cual, además, es probable que algunos delegados no hayan percibido el problema con la gravedad que tenía, probablemente porque sucedía lejos. Cabe preguntarse qué hubiera acontecido, si en un solo año se hubieran asesinado a 50 sindicalistas en Alemania, Francia, Inglaterra, Italia o España; seguramente no lo mismo que aconteció con Colombia (o sea: nada), que además reitera la pauta desde hace varios años consecutivos.

²¹ Ver *Sistema de información laboral y sindical*, Medellín: Escuela Nacional Sindical, julio de 2009, p. 54; y *3er. Informe nacional de trabajo decente en Colombia*, circulado por correo electrónico el 7 de octubre de 2010, p. 5.

IV. LA CRISIS DEL SINDICATO Y DE LA AUTOTUTELA COLECTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES COMPARADAS

47

Parece claro que, al menos desde los años ochenta, el sindicato, principal titular de la libertad sindical y sujeto protagonista de la tutela colectiva, ha visto disminuido o estancado su poder, más allá de excepciones importantes en algunos países. Es en esos términos que puede hablarse de crisis del sindicato —y consecuentemente de la libertad sindical—, crisis que tiene su causas y sus manifestaciones.

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

IV.1. Causas de la crisis

Si no la única, una de las principales causas de la crisis de los sindicatos, es *la política económica neoliberal* de fines del siglo XX, basada en la imposición en la economía de un pensamiento único o hegemónico: el de la doctrina económica neoliberal, que además tiene sus claras recetas para la relaciones laborales y el derecho del trabajo.

Como se sabe, el recetario laboral del neoliberalismo indica la individualización de las relaciones laborales, a lo que se llega a través del retiro del Estado de la regulación protectora del trabajador individual y de la intervención estatal en la regulación restrictiva o limitativa de la acción colectiva. Ambas cosas, hasta el límite de lo políticamente posible.

A ese plan han respondido las medidas de desregulación y flexibilización de la legislación laboral, la promoción de la descentralización de las relaciones colectivas (ya que si no es posible desmontar totalmente lo colectivo, descentralizarlo es una forma de aproximarse a la individualización), y la privatización de la seguridad social (privatización total, donde ha sido políticamente posible, parcial en los otros casos).

Todo ello tiene —y eventualmente alcanza— un objetivo muy evidente: el debilitamiento de la posición de los trabajadores y de sus organizaciones.

Esta fue la tendencia prevaleciente en los últimos años del siglo XX, aunque con el cambio de siglo, en algunos países y sectores se comenzó a percibir una reacción restauradora o reafirmadora del derecho del trabajo clásico: las reformas legislativas argentinas de 2004 y siguientes, las uruguayas de 2005 a 2009, tanto como algunas evoluciones jurisprudenciales importantes en los Tribunales Constitucionales de Colombia y Perú, así como en la Corte Suprema argentina²².

En el mismo sentido opera lo que se puede denominar «*cultura posmoderna*», signada por el individualismo, la consecuente desvalorización de lo colectivo y un buen grado de insolidaridad.

22 En contra de esta tendencia y retomando inesperadamente la culpabilización de la protección laboral por las dificultades económicas, la sorprendente reforma española de 2010.

Una cultura tan individualista e insolidaria tiende a ser insensible ante los fenómenos típicamente colectivos y solidarios como el sindicato, el mismo derecho del trabajo y el de la seguridad social.

La «caída del muro» o «la caducidad del mundo bipolar del siglo XX» ha operado fuertemente debilitando la posición de los trabajadores. En efecto, la existencia de la alternativa del denominado «socialismo real» exigía a los sistemas capitalistas mantener un cierto rostro humano ante los trabajadores. Desaparecida la alternativa, pudieron mostrarse tal cual eran, sin necesidad de concesiones.

La introducción masiva de *nuevas tecnologías* sustitutivas de mano de obra debilita la posición de los trabajadores al generar desempleo y al mismo tiempo segmenta la base sindical al promover o permitir diversas formas de fraccionamiento de la base o de fragmentación del colectivo, incluyendo, a veces, la del propio régimen jurídico laboral.

La *informalidad* también desprotege al trabajador individual y dificulta al sindicato la representación de ese sector.

Pero al mismo tiempo es necesario reconocer que no todas las dificultades vienen de afuera. También hay dificultades «intrasindicales», como la burocratización en algunos casos, las carencias democráticas y de transparencia en otros, episodios de corrupción en ocasiones, una desacertada politización en otras y sobre todo, muy especialmente, la *inadecuación estructural en América Latina*²³.

IV.2. Algunas manifestaciones de la crisis

La crisis sindical se manifiesta de diversas maneras, entre las que interesa destacar aquí el descenso o estancamiento de las tasas de afiliación sindical, así como una caída de la representatividad de los sindicatos.

El *descenso de las tasas de afiliación* en unos casos y *su estancamiento* en otros ha sido una manifestación frecuente de la crisis, perceptible en las relaciones laborales comparadas en los últimos decenios. Sin embargo, hay excepciones relevantes: Suecia, Noruega, Dinamarca y Finlandia continúan ostentando altas tasas de densidad sindical; Uruguay la ha duplicado entre 2005 y 2009.

Ahora bien, ¿es importante la tasa de afiliación? Sin duda es un índice que necesariamente debe ser tenido en cuenta, pero no lo explica todo, ni mucho menos. En efecto, la realidad muestra sindicatos con alto número de afiliados que carecen, en cambio, de capacidad de movilización y a la inversa, hay sindicatos con tasas de afiliación más moderadas que, sin embargo, tienen una gran convocatoria.

²³ *Infra*, V.3.

Es que no es lo mismo representación que representatividad. Son conceptos diferentes. La representación es mecánica o aritmética: el sindicato representa a sus afiliados como cualquier otra institución o asociación representa a sus miembros. La representatividad es otra cosa: se refiere a la capacidad de convocatoria, arrastre o movilización del sindicato que, cuando la posee, convoca muchos más trabajadores que sus afiliados. El sindicato representativo moviliza a trabajadores no afiliados. La representatividad es un *plus* sobre la mera representación.

En ese sentido, es más importante la representatividad que la representación, aunque hasta cierto punto, esta es un requisito necesario aunque no suficiente para alcanzar la primera.

El problema mayor es que no solo se ha registrado un descenso o estancamiento de la representación, sino *también de la representatividad*. Operan en ese sentido, el descentramiento del trabajo, la diversificación de la mano de obra, los procesos de tercerización y los de expulsión o «travestismo» de trabajadores presentados como empresas independientes o falsos autónomos.

V. LA «CRISIS» SINDICAL EN AMÉRICA LATINA

Centrando el análisis en nuestra América Latina, cabría comenzar preguntándose si tiene sentido hablar de «crisis» sindical en nuestra región, desde que la idea de crisis —aun sin ser ese su sentido etimológico— generalmente evoca una dificultad superviniente que arriesga desarticular o desmejorar seriamente algo que estaba funcionando más o menos razonablemente. Sin embargo, da la impresión de que en Latinoamérica —y salvo excepciones contadas— el movimiento sindical nunca alcanzó un grado de desarrollo considerable. Por tanto, entre nosotros, más que hablar de crisis, habría que referirse a un estado de subdesarrollo del sindicalismo.

¿Y cuáles pueden ser las causas de ese estado de limitación del crecimiento de la sindicación en esta región? Sin pretender agotar la nómina, sí quisiéramos exponer aquí tres de esas posibles razones, a saber: el intervencionismo estatal limitativo de la acción sindical, la propia debilidad de los sindicatos y su inapropiada estructura.

V.1. El intervencionismo estatal limitativo de la acción sindical

La legislación laboral latinoamericana se caracteriza —también aquí, salvo muy pocas excepciones— por su carácter intervencionista y limitativo del sindicato, de la negociación colectiva y de la huelga. Puede decirse que nuestros códigos laborales o leyes generales del trabajo son

49

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

«esquizofrénicos»: comienzan siendo razonablemente protectores del trabajador individualmente considerado, pero cuando pasan a regular la acción colectiva, se vuelven limitativos y controladores. Ambas cosas tienen su explicación.

V.1.1. Algunas causas del intervencionismo estatal limitativo del sindicato
El reglamentarismo legislativo tiene que ver con nuestra cultura jurídica. En efecto, desde que fue incorporada a la civilización occidental y cristiana, Latinoamérica siempre tuvo un sistema jurídico cerrado y escrito, estatal y detallista, que identificaba al derecho con la ley. Todo debe estar en la ley. Lo que no está en la ley es como si no existiera, al menos para el derecho. Este tipo de sistema jurídico nos viene dado desde los orígenes, ubicables en el derecho romano tardío: el *Digesto* de Justiniano pretendía incluir a todo el derecho, de modo que no fuera necesario buscar nada fuera de ese texto²⁴.

En la época de la Colonia, nuestros países recibieron el derecho español y el portugués, a la sazón los sistemas jurídicos más cerrados y escritos del mundo.

Y a la hora de las independencias, el modelo fue el derecho francés, también estatal y legalista, concentrado en el famoso Código Civil Napoleónico de 1804, que tenía la misma fantasía irrealizable del *Digesto* de Justiniano²⁵.

Pero no se trata solamente de cuestiones de cultura y tradición jurídica. También se trata de política. Latinoamérica se ha caracterizado por el autoritarismo político. Un autoritarismo político que siempre vio al sindicato como una peligrosa alternativa de poder, potencialmente opositora, que deberá ser controlada, si no anulada.

Aquella tradición intervencionista y reglamentarista, sumada a esta preocupación política autoritaria, deriva inevitablemente en que la acción estatal sea el mecanismo de control del sindicato. Queda así explicada aquella esquizofrenia: todo (o por lo menos mucho o algo) al trabajador individual, nada al trabajador organizado colectivamente; más aun, en lo posible, evitar esa organización o, por lo menos, volverla inocua para el poder constituido y controlable por él.

24 La finalidad de Justiniano, expresada en el «Proemio» de su *Digesto*, era la de reunir todo el derecho anterior «en un volumen que brilla con nuestro nombre» (2), «a fin de que nada pueda quedar fuera» (5), «como rodeado de un muro» (5), «sin ninguna antinomia [...], no quedando nadie en desacuerdo» (8) y «sin que en lo sucesivo se atreva ningún jurisconsulto a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su palabrería en el compendio del mencionado código, como se hizo en los antiguos tiempos, cuando por los contrarios pareceres de los intérpretes se perturbó casi todo el Derecho» (12).

25 Se cuenta que cuando pocos meses después de la aprobación de su Código Civil, uno de los juristas redactores le trajo la noticia de que en breve se publicaría el primer comentario doctrinal, Napoleón solo habría dicho «¡Está todo perdido!». Claro, ni Justiniano ni Napoleón pudieron leer a Borges: «El concepto de texto *definitivo* no corresponde sino a la religión o al cansancio» (BORGES, Jorge Luis. «Paul Valéry. El cementerio marino». En *Prólogo con un prólogo de prólogos*. Buenos Aires: Emeché, 2010, pp. 180-184, p. 180).

V.1.2. Manifestaciones del intervencionismo estatal limitativo de lo colectivo
Basta revisar la mayor parte de las legislaciones laborales latinoamericanas, para encontrar en ellas la expresa prohibición o limitación de la actividad política del sindicato, así como la imposición de todo tipo de trabas para el ejercicio del derecho de huelga. A menudo también se acota la negociación colectiva.

La reglamentación del sindicato llega a límites exasperantes: quién puede afiliarse y quién no; quién puede ser dirigente y quién no; cuál debe ser la estructura interna del sindicato; qué órganos debe tener; cuál debe ser el número de miembros de cada uno de los órganos; qué pueden y qué no pueden hacer tales órganos; cómo y dónde debe registrarse el sindicato; cómo será su personalidad jurídica y qué puede y qué no puede hacer con ella; etcétera. La lista completa sería interminable y denota una profunda preocupación de control y acotamiento.

Un agudo observador europeo ha señalado la perplejidad que le produjo constatar que en la legislación laboral latinoamericana —y a veces hasta en las constituciones— hay una preocupación igual o aun mayor por garantizar el ejercicio de la libertad sindical individual negativa (o sea, por garantizar el no ejercicio de la libertad sindical individual), que por asegurar el ejercicio de la libertad sindical individual positiva. Observa que en la mayoría de nuestras leyes se garantiza no solo el derecho a afiliarse a un sindicato, sino además expresamente y a veces hasta más intensamente, el derecho a no afiliarse o a desafiliarse²⁶.

Esta es una clara anomalía —podría decirse que hasta es una discriminación— porque el reconocimiento de cualquier derecho supone la posibilidad de no ejercerlo, sin que nadie se preocupe de así aclararlo expresamente. Por ejemplo: el reconocimiento del derecho de propiedad supone la facultad de que quien no quiera ser propietario, no lo sea y nadie ha reclamado que esa posibilidad se plasme expresamente en la Constitución o en las leyes. Del mismo modo, el reconocimiento de la libertad de culto supone, claro está, la facultad de no practicar religión alguna, sin que nadie haya considerado necesario aclararlo explícitamente. El reconocimiento del derecho de reunión supone la posibilidad de no reunirse, aunque no se lo establezca expresamente. El reconocimiento del derecho de libre expresión del pensamiento incluye, por cierto, la posibilidad de quedarse callado, sin que sea necesario explicitarlo. Pero entonces, ¿qué tiene el derecho de sindicación, para que en él sí se establezca expresamente, con iguales o mayores garantías, la posibilidad de no ejercerlo? Obviamente, un claro prejuicio y la voluntad —si no expresa, por lo menos inocultable y mal disimulada— de ponderar a que no sea ejercido.

26 GRANDI, Mario. «La libertà di organizzazione e di azione sindacale nei paesi dell'America Latina». *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, IX, 4 (1990), pp. XX-XX, pp. 413-414.

Más allá de todo esto, hay otro elemento que es claramente antisindical en la legislación laboral latinoamericana y que afecta muy intensa y directamente la eficacia de la acción sindical: la imposición por ley de una estructura inadecuada a la organización sindical y a la negociación colectiva²⁷.

V.2. Algunas causas de la debilidad sindical en Latinoamérica

La debilidad que afecta a la mayor parte de las organizaciones sindicales latinoamericanas tiene *causas exógenas* y *causas endógenas*, es decir, causas que le vienen impuestas desde fuera y otras que son propias de algunas características del sindicalismo de la región.

Entre las *causas externas* o *exógenas*, debe mencionarse en primer lugar, claro está, la reglamentación limitativa del sindicato y el control político que sobre él tiende a ejercer el Estado.

También debe incluirse una política económica adversa, neoliberal, que se generalizó en la mayor parte de nuestros países en los años ochenta y noventa.

En tercer lugar, una estructura inconveniente, impuesta legislativamente, a lo que debe agregarse, en cuarto término, los procesos de descentralización empresaria que, sumados a la estructura sindical descentralizada, terminan segmentando al colectivo de los trabajadores que debería ser la base sindical.

Pero no todo el mal viene de afuera. La debilidad sindical también tiene *causas propias, internas* o *endógenas*.

Por ejemplo, el divisionismo y la atomización sindical. Hay países pequeños en los que existen entre cinco y diez centrales sindicales. Se llega a contabilizar más de veinte sindicatos en una misma empresa. El denominado «paralelismo sindical»²⁸ es una realidad frecuente en muchos de nuestros países.

En tal panorama, no extraña que la mayor parte de los sindicatos de la región tengan una baja representatividad, lo que supone como necesaria consecuencia un menor poder (ante los empleadores, ante las autoridades y ante los propios trabajadores).

En otros casos, aunque claro que no en todos, se verifica una dependencia política del sindicato, sea del Gobierno, sea del partido. Ello puede responder a razones ideológicas, claro está, pero en ocasiones también puede deberse a la propia debilidad del sindicato, que solo

²⁷ *Infra*, V.3.

²⁸ Varios sindicatos en una misma unidad de representación.

puede sostenerse o alcanzar ciertos logros, a costa de una identificación política que no le sería indispensable si tuviera mayor poder propio.

Por lo demás, da la impresión de que debilidad sindical y reglamentarismo estatal limitativo se retroalimentan en un círculo vicioso. El sindicato débil acepta ese intervencionismo, aún limitativo y controlador, porque le es funcional en el corto plazo, pero al mismo tiempo perpetúa su debilidad. En efecto, supongamos que las posibilidades de acción del sindicato se ubicaran en una escala del 1 al 10, en la que 1, 2 y 3 serían los niveles mínimos o más elementales de actividad, como por ejemplo, existir, constituirse, contar con personalidad jurídica. En el otro extremo de la escala, los niveles más altos, como 8, 9 y 10, identificarían la posibilidad de desarrollar plenamente todas las formas de acción sindical y aun de trascenderlas, por ejemplo, participando en el Gobierno y aun tomándolo. Pues bien, un sindicato poderoso no aceptaría una reglamentación que le garantizara los niveles mínimos proscribiéndole los medios y altos, porque él puede alcanzarlos por sí mismo. En cambio, un sindicato débil puede perfectamente admitir y hasta reclamar una reglamentación estatal limitativa, que le proscriba el acceso a los niveles 4 y siguientes, con tal que le garantice el ejercicio de los niveles inferiores, ya que no los podría alcanzar por sí mismo. Pero claro, esa reglamentación que le garantiza unas pocas acciones que el sindicato no podría imponer por sí mismo proscribiéndole otras más avanzadas le condena a un subdesarrollo crónico o permanente. Así se retroalimentan reglamentarismo y debilidad sindical en un círculo vicioso en el que la debilidad alienta la intervención limitativa y esta termina perpetuando la debilidad.

Por lo demás, uno de los mayores obstáculos para el desarrollo sindical en Latinoamérica consiste en su inadecuada estructura, a la que se alude específicamente de inmediato²⁹.

V.3. Especial referencia a la estructura sindical y de la negociación colectiva en América Latina

V.3.1. El modelo prevaleciente: descentralización impuesta por la ley

En la mayor parte de los países latinoamericanos, la estructura de los sindicatos está impuesta por la legislación: estructura descentralizada basada en el sindicato de empresa, que conlleva la negociación colectiva igualmente descentralizada por empresa y una fuerte atomización sindical y de la negociación colectiva. Las únicas excepciones son Argentina, Brasil y Uruguay, cuyas legislaciones inducen la sindicación y la negociación colectiva por rama de actividad. Estos son —dicho sea de paso— los países de la región en los que, hoy por hoy, el sindicalismo es

29 Demás está decir que, también operan en América Latina las dificultades generales referidas *supra*, IV.

más fuerte o mejor dicho, menos débil; también en ellos se da una mayor cobertura de la negociación colectiva que en los demás. En todos los otros países latinoamericanos priman, por imposición legal, el sindicato y la negociación colectiva de empresa.

Esta imposición legal de una determinada estructura sindical y negocial es directa y claramente violatoria de la libertad sindical, lo que no requiere demasiada fundamentación, dado que uno de los principios básicos de la libertad sindical es la de la plena facultad de los sindicatos de autoconstituirse y de determinar su estructura y acción.

Pero además de ser violatoria de la libertad sindical, la imposición de la estructura descentralizada es particularmente inapropiada para los países latinoamericanos. En efecto, se trata en su mayoría de economías de limitada dimensión, en las que entre el 80% y el 90% de la población económicamente activa (PEA) trabaja en empresas pequeñas; siendo así, la mayor parte de los trabajadores no puede constituir un sindicato y si logra hacerlo, se tratará de un «sindicatito» de cuatro o cinco miembros, una unidad carente de poder por falta de escala. Se genera así un sindicalismo débil, atomizado y confinado, además, al limitado espacio de la empresa. En una coyuntura de descentralización empresaria, tercerización, precariedad e informalidad, como la que se vive en estos años, el sindicato de empresa queda sujeto a las decisiones del empleador. Basta con que parte de la actividad habitual de la empresa se tercerice o transfiera a otra, para que esa decisión afecte del mismo modo al propio sindicato; los trabajadores de la tercerizada o subcontratada dejarán de ser miembros del sindicato, definido como de empresa. Las coyunturas de crisis económicas, también afectan muy gravemente al sindicato, ya que el cierre de la empresa determina la inexistencia del sindicato.

Un estudio de la OIT revela de qué manera la imposición legal del sindicato de empresa como única o preferente estructura sindical, combinada con la exigencia, también legal, de un número mínimo de afiliados para constituir un sindicato, excluye de la posibilidad de sindicalizarse a la mayor parte de los trabajadores del país. Teniendo en cuenta, por un lado, el número mínimo de trabajadores exigido por la ley para admitir la constitución de un sindicato (que por lo general oscila entre 10 y 20), con el número de trabajadores empleados en unidades económicas de menor dimensión a ese número, se concluye que entre el 50% y el 88% de la PEA carece legalmente del derecho de sindicación en países como Paraguay, Perú, Nicaragua, Venezuela, Colombia y Costa Rica³⁰.

30 Proyecto FSAL OIT/ACTRAV, *Décimotercer boletín electrónico*, agosto 2010 ([http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/...](http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/))

Sin duda, son innumerables los defectos de la estructura sindical por empresa, no solamente, pero sí especialmente, en países subdesarrollados como los nuestros.

55

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

V.3.2. Defectos de la estructura sindical descentralizada (sindicato de empresa)

- a. El sindicato de empresa genera inevitablemente una baja tasa de afiliación sindical a nivel nacional. Excluye a la mayor parte de los trabajadores de la posibilidad de sindicalizarse, como ya se demostró. Las más altas tasas de sindicalización se dan allí donde predomina el sindicato centralizado, por rama de actividad. Solo este tiene potencialidad para alcanzar una alta cobertura.
- b. El sindicato de empresa es más sensible a la antisindicalidad; está más expuesto a los actos de discriminación sindical llevados a cabo por el empleador. Está más «a mano» del poder empresario, más a su alcance.
- c. También es más sensible a la segmentación de la empresa e incluso a su cierre (no debería olvidarse que el mero cierre del establecimiento es una práctica antisindical relativamente frecuente en Latinoamérica). Si el sindicato es de empresa, desaparece si desaparece la empresa, que es su base y ámbito de actuación.
- d. El sindicato de empresa es más permeable a la «cultura empresaria». Estando en la empresa misma, corre el riesgo de ser, en cierta medida, endógeno, endogámico, incestuoso?
- e. Excepción hecha de los sindicatos de grandes empresas, como ya se dijo, el sindicato descentralizado es débil por falta de escala o dimensión. La esencia de la sindicación y de su origen consiste en oponer la fuerza del número al poder económico del empleador. En consecuencia, cuanto menor el número de trabajadores que lo forman, menor su poder de contrapeso.
- f. El sindicato de empresa corre el riesgo de ser menos solidario. Su carácter cerrado, circunscripto a la empresa y endogámico, tiende a separarlo de —o insensibilizarlo ante— las realidades «ajenas», o sea, todas las que acontecen «extramuros».
- g. Por la misma razón, el sindicato descentralizado es menos apto para lo macro: participación en órganos públicos nacionales, participación en la política nacional o sectorial, en el diálogo social nacional, y en la concertación social, etcétera. El radio de su visión es limitado y ajeno a los ámbitos mayores. Si levanta

demasiado la vista, deja de enfocar su objeto; si se concentra en él, no ve el marco general.

- h. De igual modo, la acción sindical en la empresa es impotente ante lo regional y ni qué hablar ante lo global, excepción hecha, en este caso, de los sindicatos globales de empresas multinacionales, cuando tienen estructura y acción reales, trascendiendo la mera estructura formal.

V.3.3. Ventajas de la estructura sindical centralizada (sindicato de rama)

- a. El sindicato de estructura centralizada, organizado por rama de actividad, alcanza una cobertura inmensamente mayor porque puede incluir a todos los trabajadores, aun de pequeñas empresas (el único trabajador de una empresa con un solo empleado puede afiliarse directamente al sindicato de rama correspondiente), a los trabajadores tercerizados e incluso a los autónomos o informales.
- b. El sindicato de rama está más libre —o por lo menos más alejado— de la presión patronal, tanto de la presión directa como de la más difusa psicológica, moral y cultural.
- c. Por razones de escala, tamaño o dimensión, el sindicato de rama es potencialmente más fuerte y por consiguiente más eficaz en sus funciones de autotutela y de contrapoder.
- d. Teóricamente, el sindicato centralizado es más apto para considerar y tener en cuenta lo macro, por las razones exactamente inversas a las referidas más arriba respecto del sindicato de empresa³¹.
- e. También adorna al sindicato de rama una mejor disposición a la solidaridad, lo que no quiere decir que necesariamente sea siempre solidario, sino simplemente que está mejor predispuesto para la solidaridad.
- f. Pero sobre todo, es necesario resaltar que el sindicato centralizado por rama de actividad *no impide la acción sindical en la empresa* (a través de delegados, secciones, comités o sindicatos de empresa propiamente dichos). *El sindicato de rama puede «bajar», pero el sindicato de empresa no puede «subir».*

Todo esto se refleja, *mutatis mutandi*, en la negociación colectiva, como no puede ser de otro modo, dado que el sindicato es *el sujeto preferente y casi exclusivo de ella*.

³¹ *Supra*, V.3.2, apartado g.

V.3.4. La estructura de la negociación colectiva

Al imponer la estructura sindical por empresa, la legislación laboral latinoamericana ya está imponiendo, indirectamente, esa misma estructura para la negociación colectiva³².

En efecto, la estructura sindical determina la de la negociación colectiva. El sindicato de rama tiende a celebrar convenios de rama, aunque puede también celebrar convenios colectivos de empresa con las firmas que actúan en la respectiva rama de actividad. El sindicato de empresa, en cambio, *solo puede celebrar convenios colectivos de empresa*; no puede negociar ni pactar convenios colectivos de un ámbito superior al suyo, es decir, en un ámbito que le rebasa infinitamente (tal como se dijo recién, también en materia de negociación colectiva, el sindicato de rama puede «bajar», pero el de empresa no puede «subir»).

En países como la mayoría de los nuestros, la negociación colectiva descentralizada por empresa desemboca en una negociación colectiva atomizada, débil, de corto alcance y baja cobertura (excepto, claro está, en las grandes empresas de punta, pero más del 80% de los trabajadores latinoamericanos no trabaja en ellas).

V.3.5. La dimensión internacional

Lo hasta aquí expuesto supone un enfoque nacional. Pero en la actualidad, el ámbito nacional es necesariamente parcial o incompleto. La tradicional internacionalidad del movimiento sindical y del propio derecho del trabajo, la actual globalización y el desarrollo de espacios de integración regional, imponen la necesidad de una *acción sindical internacional*.

En efecto, las instituciones nacionales, como el propio Estado y el sindicato tradicional, son hoy insuficientes para enfrentar al capital transnacionalizado y para actuar solventemente en organizaciones regionales o globales.

Y está claro que esa necesaria acción colectiva internacional requiere del desarrollo de estructuras sindicales internacionales, de negociaciones colectivas internacionales y del conflicto internacional.

V.4. La iniciativa de «autorreforma sindical»

La iniciativa de «autorreforma sindical», planteada por el Secretario General de la Confederación Sindical de las Américas (CSA) en el Congreso fundacional de esta central internacional, propone un análisis

³² Como si eso no alcanzara, para atar con doble nudo, la legislación laboral de la mayor parte de los países latinoamericanos también imponen o inducen expresamente la negociación descentralizada y prohíben o desalientan la negociación por rama. Los casos de Argentina, Brasil y Uruguay son inversos, inducen o fomentan la negociación centralizada.

introspectivo del movimiento sindical latinoamericano que entre otros importantes objetivos, apunta a ampliar su cobertura o alcance.

Dicha iniciativa señala, además, las carencias de cobertura de los propios asalariados tradicionales, la que debería extenderse más allá de quienes trabajan en las grandes empresas, que son una minoría, así como debería alcanzar a los trabajadores tercerizados, informales, desocupados, jubilados, migrantes, mujeres y jóvenes.

A partir de ese diagnóstico-propósito, se centraliza la atención en la estructura sindical: los países latinoamericanos en los que el movimiento sindical goza de cierta fortaleza son Argentina, Brasil y Uruguay. ¿Qué hay en ellos que falta en los demás y que podría explicar la diferencia? La estructura sindical por rama de actividad y consecuentemente, una negociación colectiva preponderantemente centralizada. A partir de ahí, y sobre la base de análisis teórico-prácticos del tipo de los que acabamos de realizar aquí, se propone evolucionar hacia un estructura sindical y negocial por rama de actividad y por regiones.

La iniciativa de «autorreforma sindical» implica muchas otras medidas, algunas de elevada complejidad, que no podemos desarrollar aquí³³, pero sí debe ser destacada, porque es una clara reacción del sindicalismo continental respecto del problema de la estructura y de las otras causas de crisis o debilidad.

V.5. La iniciativa de creación de un «Tribunal Internacional de Libertad Sindical»

A iniciativa de abogados laboristas mexicanos y de diversos países latinoamericanos, se constituyó en México un denominado «Tribunal Internacional de Libertad Sindical», integrado por especialistas de España, Canadá, Estados Unidos y América Latina que analizaron veintiséis denuncias por violación de la libertad sindical en México, en el curso de tres audiencias públicas celebradas entre 2009 y 2010. En especial, pero no exclusivamente, se analizaron los denominados «contratos colectivos de protección» y el cierre de una empresa eléctrica con la consecuente disolución del sindicato por «falta de objeto».

Está claro que la irrupción de una institución de este tipo, una especie de *cuasi tribunal* de valor fundamentalmente ético, teórico o publicitario, denota de algún modo, una insatisfacción con la eficacia del sistema de garantías de la libertad sindical a cargo tanto de los órganos

³³ Ver *Procesos de autorreforma sindical en las Américas. Avances del grupo de trabajo sobre autorreforma sindical (GTAS) en 2009*. Sao Paulo: Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA), 2009 (http://www.csa-csi.org/index.php?option=com_content&view=section&id=38&Itemid=274&lang=es). Asimismo, ver las páginas web de la CSA y del proyecto «Fortalecimiento de los sindicatos ante los nuevos retos de la integración en América Latina» (FSAL (ACTRAV/OIT)).

internacionales como de los nacionales con competencia en la materia (entre otros, el Comité de Libertad Sindical de la OIT y los tribunales nacionales). De algún modo, esta iniciativa encierra una implícita pero clara «crítica de la libertad sindical» en su estado actual, o mejor dicho, de la eficacia de las garantías respectivas.

59

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

VI. ESTRATEGIAS POSIBLES

Ante el panorama que se intentó describir en este trabajo, parecería que una primera estrategia que intente revertir los aspectos negativos de la situación actual debería pasar por la *unidad y la concentración*, tanto nacional como internacional.

En efecto, a nivel nacional es necesario superar la fragmentación, descentralización y atomización sindical y de la negociación colectiva, sustituyendo las actuales estructuras por otras mayores, más centralizadas y apoyadas en la rama de actividad y en las regiones, más que en la empresa. Inclusive en los niveles superiores, como el de rama, el nacional y el internacional, es posible ensayar políticas de fusión de organizaciones. Las fusiones sindicales en Alemania y la propia creación de la CSI (Confederación Sindical Internacional), son ejemplos a tener en cuenta. La propuesta de «autorreforma sindical» apunta también en esa dirección.

Otro curso de acción es el de la *política de alianzas*, tanto políticas como con grupos emergentes, tales como los de consumidores, cooperativistas, ambientalistas, etcétera.

En tercer lugar, el sindicalismo debería asumir temas «atípicos», nuevos o no tradicionales, como la formación profesional —esencial para el acceso al empleo y su conservación—, la salud, la cultura y los servicios a los afiliados; la cuestión de los trabajadores pobres y el trabajo decente; la reducción del tiempo de trabajo; los derechos humanos; la democracia; el apoyo jurisdiccional al trabajador individual, y sobre todo, *la elaboración de una política económica alternativa*, para lo cual el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT (2009) es un aporte valioso. Está claro que la elaboración de una política económica alternativa al pensamiento único no puede ser tarea exclusiva del movimiento sindical, pero él puede liderar esa tarea o, al menos, iniciarla. En todo caso, a largo plazo su supervivencia depende de ello.

Y por supuesto, en último término pero con la importancia mayor, el sindicato latinoamericano debe evolucionar a una estructura centralizada basada en la rama y en la región, con una negociación colectiva de idéntica estructura.

La iniciativa de «autorreforma sindical» es un primer paso desde la autonomía. Pero también se debe actuar en la heteronomía. La legislación laboral latinoamericana que impone la estructura descentralizada excluyendo a la mayoría de los trabajadores del ejercicio del derecho de sindicación es obviamente violatoria de la libertad sindical y como tal debe ser denunciada ante el Comité de Libertad Sindical, ante las cortes internacionales de derechos humanos y ante los tribunales nacionales.

Del mismo modo es necesario promover una reforma legislativa. El Estado debe dejar de promover el sindicato y la negociación descentralizados. Debería, incluso, inducir la sindicación y la negociación colectiva centralizadas. Ello no necesariamente sería violatorio de la libertad sindical, en cuanto se lo considere el mecanismo necesario para promover el ejercicio de derechos fundamentales, como la sindicación y la negociación colectiva, que hoy son vedados a la mayor parte de sus titulares. Debería ser una legislación de promoción, soporte o apoyo de la acción sindical y de la negociación colectiva, sobre la base de una estructura apropiada³⁴.

VII. CONCLUSIONES

1. La libertad sindical es uno de los ejes centrales del derecho del trabajo y más aun de la sociedad democrática y pluralista moderna.
2. Es, asimismo, uno de los derechos fundamentales de más alta jerarquía, por tratarse de *un derecho creador de derechos* y por haber sido precursor en el reconocimiento internacional de los derechos humanos.
3. En el marco de la OIT se perciben algunas deficiencias en la promoción de la libertad *sindical*, que *podrían o deberían* ser mejoradas.
4. El contexto económico también ha afectado la tutela colectiva en el derecho comparado, *aunque con importantes excepciones* que deberían ser estudiadas más detenidamente para identificar las causas de su éxito y analizar la utilidad que pudieran tener en otros contextos
5. En América Latina la debilidad sindical parece ser congénita. Por tanto, lo más preciso *no sería hablar de «crisis» sindical*. Más bien se trataría de un *subdesarrollo* sindical. Las causas de esta

³⁴ Sobre los sistemas o modelos de abstención, reglamentación y promoción legal de las relaciones colectivas de trabajo, ver ERMIDA URIARTE, Óscar. «Intervención y autonomía en el Derecho colectivo del trabajo». *XXI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo: FCU, 2010, pp. 9 y ss.

depresión son múltiples, pero entre ellas destaca una *legislación laboral* razonablemente tuitiva del trabajador individual, pero duramente *restrictiva o limitativa de la acción sindical, atomizante del sindicato y de la negociación colectiva*.

6. Comienza a percibirse un cierto malestar con esta situación que genera algunas *reacciones, como la iniciativa de «autorreforma sindical»* y la creación del denominado *«Tribunal Internacional de Libertad Sindical»*.
7. *Las estructuras sindical y de la negociación colectiva impuestas por la legislación laboral predominante en la mayor parte de los países latinoamericanos, son inapropiadas, disfuncionales y excluyentes del ejercicio real del derecho de sindicación y de negociación colectiva.*

61

CRÍTICA DE
LA LIBERTAD
SINDICALCRITIQUE OF
TRADE UNION
FREEDOM

Recibido: 20/12/2011

Aprobado: 9/03/2012

Reforma y contrarreforma laboral en Argentina, crónica simple de un proceso pendular

Labor reform and counter-reform in Argentina,
simple chronic of a pendulum process

ADRIÁN GOLDÍN*

Resumen: El artículo analiza la reforma argentina en el contexto de los procesos de las reformas laborales producidas en América Latina en la década de los noventa (su inspiración, su dinámica, sus actores). En ese cometido, examina las reformas laborales que tuvieron lugar allí desde las perspectivas dominantes —la flexibilidad externa, la flexibilidad interna, la reducción y variabilización de los costos, las relaciones colectivas del trabajo— constatándose un fuerte activismo desregulador en el campo de las relaciones individuales, en tanto se verificaba un alto intervencionismo administrativo de sesgo descentralizador con escasa transformación institucional en el de las relaciones colectivas.

Al final de aquella década había quedado ya en evidencia que esas estrategias no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni sobre el mercado de trabajo. En ese contexto, un nuevo Gobierno, que accede al poder en 2003, deja sin efecto buena parte de aquellas reformas y emprende en cambio un proceso de reconfiguración institucional del sistema legal de protección del trabajo: incremento sistemático del Salario Mínimo Vital, fortalecimiento de la negociación colectiva salarial —con la consiguiente tendencial mejora de los salarios de los trabajadores del sector formal— y, en virtud de iniciativas parlamentarias, una secuencia de introducción de micro-reformas siempre orientadas a intensificar la protección de los trabajadores que en su conjunto habrían de implicar una notable recuperación del sesgo tutelar del ordenamiento laboral.

Palabras clave: reformas laborales – América Latina – Argentina – flexibilidad externa – flexibilidad interna – contrarreforma laboral

Summary: After placing it in the context of the processes of labor reforms produced in Latin America in the early 90's (its inspiration, its dynamics, its actors), the article considers in particular the case of Argentina. In that assignment, it examines the labor reforms that took place there from dominant perspectives - external flexibility, internal flexibility, reduction and variation of costs, collective labor relations - confirming a strong deregulated activism in the field of individual relations, while it was verified

* Profesor plenario de alta dedicación en la Universidad de San Andrés, Argentina y profesor titular de dedicación simple en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Presidente electo de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

a high administrative interventionism of decentralized bias with a limited institutional transformation in collective relations.

At the end of that decade, it had already been clear that those strategies haven't had a virtuous effect on the social labor situation or the labor market. In this context, a new government that comes into power in 2003, leaves without effect a good part of those reforms and instead it undertakes a process of institutional reconfiguration of the legal system of labor protection: a systematic increase of the Living Wage, strengthening of the collective wage bargaining - with the consequent tendential improvement of wages of workers in the formal sector - and, by virtue of parliamentary initiatives, a sequence of introduction of micro-reforms always oriented to increase the protection of workers, which as a whole would have to involve a remarkable recovery of the tutelary bias of labor regulations.

Keywords: labor reforms – Latin America – Argentina – external flexibility – internal flexibility – labor counter-reforms

CONTENIDO: I. LOS PROCESOS DE REFORMAS LABORALES EN AMÉRICA LATINA.– I.1. SU INSPIRACIÓN.– I.2. SU DINÁMICA Y SUS ACTORES.– II. EL CASO DE LA ARGENTINA.– II.1. LAS SEÑALES DEL CAMBIO.– II.2. EL PROCESO DE LAS REFORMAS.– II.3. OTRO GOBIERNO; UNA CONCEPCIÓN HETEROGÉNEA.– II.4. LA CONTRARREFORMA.– III. A MODO DE CONCLUSIÓN, UN “BALANCE” SOLO DESCRIPTIVO DEL PROCESO PENDULAR.

I. LOS PROCESOS DE REFORMAS LABORALES EN AMÉRICA LATINA

I.1. Su inspiración

A comienzos de los años ochenta se percibía también en América Latina señales de agotamiento del sistema mercado-internista que parecía por entonces carecer de aptitud para crecer, generar empleo, controlar la inflación y mantener el nivel de los ingresos. Desde esa perspectiva, en muchos de los países de la región aquel modelo habría de ser sustituido por otro sustentado en el ajuste estructural, la liberalización y apertura financiera y comercial de la economía, privatización de las empresas estatales y de los sistemas de pensiones, supresión de subsidios, reducción del gasto social, desmantelamiento de la regulación estatal de los mercados (*desregulación*) y en el achicamiento del Estado, muchas de cuyas funciones son puestas en cuestión¹. Presupuesto de este proceso era la convicción de que desde

¹ Esos procesos de ajuste, recuerda Arturo Bronstein, se manifiestan antes, al comienzo de los años ochenta, en Bolivia, Costa Rica y México, mientras que en otros países —tal es el caso de la Argentina, Brasil, Colombia, Perú y Venezuela— sobrevienen más tarde, hacia finales de los años ochenta y comienzos del decenio de 1990 (ver BRONSTEIN, Arturo. «L'évolution sociale et les relations professionnelles en Amérique latine: Bilan et perspectives». *Revue Internationale du Travail*, CXXXIV, 2 (1985), pp. 179-203, en particular p. 184).

él se impulsaría el crecimiento y el desarrollo que se proyectaría en crecimiento del empleo y mejora de la calidad de vida de la población².

En el plano específico de las relaciones de producción, aquella lógica tendió a concebir a las normas laborales como meros instrumentos de interferencia en la capacidad de ajuste de los mercados. En esa condición, se les imputó operar como factores de restricción a la competitividad de las empresas y a la inversión, se les estigmatizó como responsables del crecimiento de la informalidad, del desempleo y de la subocupación³, se las consideró, en cualquier caso, excesivas e infundadas⁴. Imputaciones detrás de las cuales suele más sencillamente ocultarse el propósito de reducir y variabilizar los costos del trabajo, ajustarlos a la evolución de la demanda en los mercados de productos, trasladar a los trabajadores parte de los riesgos de los emprendimientos, y recuperar el control de la fuerza del trabajo por parte de la gerencia para hacer posibles los procesos de reconversión así como la introducción de nuevos modos de organizar el trabajo y la producción⁵. Imputaciones que se corresponden muchas veces con la voluntad deliberada de atraer la inversión extranjera directa mediante la reducción de los costos y obligaciones derivados de la contratación de trabajo humano⁶.

65

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

2 Objetivos que no alcanzarían a cumplirse, según pudo verificarse al cabo de ese proceso: si bien se alcanzaron resultados satisfactorios en cuanto al control de las cuentas públicas y la inflación, las tasas de crecimiento se manifestaron bajas, inestables y dependientes de los volátiles flujos de capitales externos, y sin que se alcanzara una expansión del ahorro nacional y de la inversión interna. En materia social, se pudo observar aumentos del desempleo, de la precarización laboral, de la inequidad en la distribución del ingreso, del sector informal y de las tasas de pobreza.

3 Desde esa perspectiva, los mercados de trabajo (internos y externos), se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y, preferiblemente, de unas y otros, y funcionan mejor cuanto más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis. En ese marco, las regulaciones laborales se perciben como factores de interferencia que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (desregular).

4 Eduardo Lora y Carmen Pagés, sostenían que era necesario introducir profundas reformas laborales para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia, y que mientras a la sazón se habían producido cambios profundos en política comercial, cambiaria, tributaria, financiera y en materia de privatizaciones, se advertían pocas reformas en materia laboral: 23 de 26 países, se decía, habían realizado profundas reformas comerciales, 24 liberalizaron sus sectores financieros y 14 llevaron a cabo políticas de privatización, en tanto solo 5 países (Argentina, Colombia, Guatemala, Panamá y Perú) habían hecho reformas laborales significativas. Si el deterioro de los indicadores del mercado de trabajo no era por entonces tan pronunciado, se afirmaba allí, ello obedecía a la escasa efectividad de la legislación laboral y de sus consecuentes rigideces: la informalidad que permite evadir las limitaciones a las contrataciones temporales, los sobrecostos de las jornadas extraordinarias y los recargos a la nómina, y la inflación que ha permitido reducir remuneraciones reales individuales que la ley no permitiría bajar. Para los autores, los códigos laborales en vigencia en América Latina son muy rígidos y distorsionantes, pueden producir grandes pérdidas en términos de eficiencia e incentivan a las empresas a evadir la legislación para minimizar esos costos. Sostienen, por fin, que la escasez de las reformas laborales es atribuible a la ausencia de mecanismos de representación de los posibles beneficiarios, pues los sindicatos solo defienden los intereses de los *insiders* y no existen organizaciones que representen a los desempleados y a los informales. Inferencia esta última que, obviamente, «conlleva la creencia de que esas hipotéticas organizaciones, de existir, (y en rigor, si existen en algunos países; no otra cosa expresan, por ejemplo, los piqueteros de la Argentina) tendrían un pensamiento análogo al de la ortodoxia económica» (LORA, Eduardo & Carmen PAGÉS. *La legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina y el Caribe*. Washington: BID, Oficina del Economista Jefe, 1996).

5 Ver CÓRDOVA, Efrén. «The Challenge of Flexibility in Latin America». *Comparative Labor Law and Policy Journal*, XVII, 2, (1996), pp. 314-337.

6 Ver «Informe sobre el trabajo en el mundo 1997/1998», Ginebra: OIT, 1997.

Desde esa lógica, de fuerte estirpe ideológica neoliberal, esos juicios críticos sobre la configuración de los derechos sociales no contaron siempre con sustento documentado acerca del impacto real de las normas. Se multiplican —entonces y ahora— las cuantificaciones comparativas basadas en índices que no parecen debidamente contextualizados⁷ y que omiten considerar el carácter solo relativo de la idea de flexibilidad normativa, no susceptible de *medirse* exclusivamente en términos de su literalidad jurídica. Como sostuvimos en otra oportunidad⁸ las normas laborales no tienen un «óptimo abstracto de flexibilidad» ni pueden compararse en puros términos de su contenido prescriptivo, sino en relación concreta con diversos factores del contexto en el que operan (que, en aquella oportunidad, llamamos «grado de flexibilidad/rigidez contextual»⁹).

Pese a esa y otras debilidades, el emprendimiento reformista contaría a su favor con algunas de las particularidades de los regímenes laborales de América Latina: no es sencilla, sin duda, la defensa de un régimen de baja efectividad¹⁰, que incluye normas muchas veces desentendidas de la propia realidad social y productiva. Tampoco contribuiría al objetivo de preservación de los derechos sociales una visión defensiva apoyada

7 Por ejemplo, los que Eduardo Lora y Carmen Pagés incluyen en su artículo «Labor Market Regulations and Institutions», (en *Report on Economic and Social Progress in Latin America*. Washington: BID, 2004, cap. 7), que refieren una evaluación del cotejo de intensidad de los sistemas de protección laboral. En sus términos, los sistemas de tutela de América Latina serían algo menos protectores que los de Europa del Este y Asia Central, pero bastante más que los de Europa Continental y, sobre todo, que los de los países del área del *Common law*. Esto, se agrega, es menos cierto en el campo de la seguridad social, en el que la protección en América Latina es inferior a la de los países desarrollados, de Europa del Este y de Asia Central. Esa insustancialidad comparativa se percibe también en el capítulo «Hiring and Firing Workers» del *Doing Business in 2005* (Banco Mundial, 2005), que fuera objeto de crítica por parte de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CISL) en su documento «Comments by ICFTU/Global Unions on the World Bank's Doing business in 2005: Hiring and Firing of Workers».

8 Ver GOLDÍN, Adrián. «Regulaciones laborales y empleo». En CANITROT, Adolfo & otros. *Libro blanco del empleo. Informe sobre el empleo en la Argentina*. Buenos Aires: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

9 Decíamos en GOLDÍN, Adrián. «Regulaciones laborales y empleo» que las mismas normas *son* más flexibles o más rígidas según cuál sea la cultura industrial vigente, cuáles los criterios empresarios de gestión de los recursos humanos (esquema de comunicaciones, tipo de estructura jerárquica, criterios de integración y sistemas de recompensas, etcétera), sus propias flexibilidades estratégicas de tecnología y de producto, sus opciones de organización de la producción, la tradición sindical y las relaciones de fuerza que suscita y el estilo de sustanciación de las relaciones laborales (básicamente, en términos de cooperación o de conflicto). Agregábamos, entonces, que inciden también de modo destacable el grado de cumplimiento efectivo de las normas, la profundidad de las acciones de contralor administrativo, las tasas de conflictividad judicial, el comportamiento de los protagonistas del litigio y de los jueces, los criterios de interpretación de las normas y el sentido en que evolucionan las relaciones entre las diversas fuentes de producción normativa. Y que definen, igualmente, el grado de *flexibilidad contextual* de las normas factores tales como la eficacia del sistema educativo y del aparato institucional de formación profesional, la calidad del medio ambiente laboral, la existencia y calidad de los servicios de salud, el funcionamiento de las instituciones de la seguridad social (nivel y suficiencia de las prestaciones sustitutivas del salario, edad jubilatoria, condiciones para la vuelta a la actividad, etcétera) y el contenido y alcances de las políticas sociales. Concluíamos en esa oportunidad que resulta insuficiente (por pecar de una suerte de abstraccionismo literal) toda evaluación o cotejo de normas o sistemas de regulación que pretenda efectuarse al margen de esa imprescindible consideración contextual.

10 Véase en ese sentido GOLDÍN, Adrián. «Los Derechos Sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina». En *Discussion Papers, Instituto Internacional de Estudios Laborales*. Ginebra: OIT, 2007, en particular, p. 6.

sobre una visión a veces teñida de cierto fetichismo depositado sobre las normas existentes, suponiéndolas buenas solo por ello y valorando toda pretensión reformista como necesariamente regresiva¹¹.

1.2. Su dinámica y sus actores

Sostiene Ermida Uriarte¹² que en tanto en los países de la Unión Europea los concomitantes procesos de reforma laboral transitaron ora la vía de los acuerdos tripartitos (los casos de España e Italia), ora la del debilitamiento del poder sindical (Reino Unido), los que tuvieron lugar en América Latina fueron más el producto de la unilateralidad estatal y, consiguientemente, de una «desregulación salvaje». Para mejor evaluar esa perspectiva, tal vez convenga tener en cuenta que, como lo recuerda von Potobsky, en estos países *también la introducción de la norma laboral fue un producto de unilaterales decisiones de gobierno* (en materia de descanso semanal, trabajo de niños y mujeres, accidentes del trabajo, seguridad e higiene, jornada de trabajo, etcétera)¹³. Y que, por otro lado, hubo algunos acuerdos reformistas en ámbitos confederales —expresos o implícitos— que no fueron en verdad expresiones levantadas de diálogo social, sino, en cambio, de compromiso político y cooptación¹⁴.

67

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULAR

LABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

11 No parece un modo adecuado de acercarse a las normas laborales y a los valores que expresan, ignorar la necesidad de que las decisiones relativas a su instalación, mantenimiento, rediseño o supresión tengan en cuenta sus variadas repercusiones en términos de protección laboral y de equidad, pero también de su significación económica y productiva y de sus proyecciones sobre el mercado de trabajo y del empleo. Se trata de lo que podría caracterizarse como *la ineludible funcionalidad tripolar de las normas laborales*, como resultado de la cual cada institución debería expresar el punto óptimo de equilibrio entre su faceta tutelar —sin duda, razón predominante de su existencia— y los modos diversos y hasta contradictorios de vincularse con la economía y el sistema productivo, además de su incidencia sobre el mercado de trabajo y el empleo; baste, en efecto, considerar de a pares las categorías comprendidas —protección laboral, eficiencia productiva, empleo— para advertir en cada binomio tendencias alternativamente convergentes o antagónicas (por ejemplo, la elevación de las tasas de productividad puede, en ciertas condiciones, derivar en mayor inversión y nuevos puestos de trabajo, y en otras, por el contrario, en la supresión de los existentes) (GOLDÍN, Adrián. «Regulaciones laborales y empleo»). Debe admitirse, no obstante, que los emprendimientos reformistas provinieron, en una casi excluyente mayoría, de la cantera neoclásica, lo que puede justificar la prevención y desconfianza de otros sectores del pensamiento.

12 Ver «Ajuste y legislación laboral en América Latina». *Debate Laboral*, XI, 2 (1992), pp. 19-46. En el mismo sentido se expresa COMPA, Lance en su «Informe al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». París, 5 al 8 de septiembre de 2006, citando el documento nacional procedente del Ecuador. Es la misma debilidad participativa que se evoca en «Aspectos laborales de los procesos de integración y los tratados de libre comercio en la Región». En *Panorama Laboral 2003*, Lima: Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2003, pp. 64-73, p. 68.

13 Ver VON POTOBSKY, Geraldo. «Evolución de la legislación laboral en América Latina: influencias y tendencias». *Derecho del Trabajo*, LX, 4 (2000), pp. 773-797. Rol que cumplieron Gobiernos socialistas, conservadores y hasta autoritarios. En el tiempo de la incorporación de esas normas —puntualiza este autor— la dirigencia sindical de perfil anarquista y anarcosindicalista ponía en cuestión la legislación laboral burguesa que, a su juicio, saboteaba la solidaridad de clase.

14 Sobre el caso argentino, véase GOLDÍN, Adrián. «Continuité et changement dans le système des relations professionnelles argentin». *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociales*, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC), Universidad Montesquieu- Bordeaux IV, 2001, p. 1010. Es también, en cierto sentido, el caso de México, donde el proyecto Abascal, de contenido altamente flexibilizador, contó en su origen con el apoyo de la fracción parlamentaria sindical del Partido Revolucionario Institucional (PRI) y del sindicalismo oficial (véase HUSSON, Michel. «Mexique. Recomposition du syndicalisme». *Chronique Internationale de l'Ires*, 98 (2006), pp. 3-10, pp. 6 y ss.).

De modo que, tal vez, esa inocultable unilateralidad no tenga solo que ver con las militantes opciones gubernamentales —sin duda activas en el período en consideración—, sino también con unos trayectos históricos en los que la unilateralidad y sus prácticas derivadas se configurarían como trazo constitutivo del desenvolvimiento de los sistemas de protección laboral¹⁵. Todo lo cual se encuentra íntimamente vinculado¹⁶, hay que decirlo, por razones no siempre iguales, con las congénitas debilidades del diálogo social en buena parte de los países de América Latina. Algunas de estas razones son, entre otras, la ausencia de relaciones de estricta alteridad y autonomía recíproca entre los Gobiernos y cada uno de los interlocutores sociales (no se dialoga de modo consistente sino con *otro* sujeto autónomo), la equívoca concepción del diálogo social como forma moderna de legitimación democrática de viejas prácticas autoritarias, la provocada debilidad de los sujetos colectivos¹⁷, la subsistencia de instrumentos jurídicos o políticos a disposición del Estado que le permiten injerir en la vida y acción de los interlocutores sociales a *costo* menor que el de comprometerlos en fórmulas de diálogo y la participación social, etcétera¹⁸.

Otro rasgo más bien generalizado de los procesos de reforma laboral en América Latina —obvio y casi universal— ha sido el de la homogeneidad de los discursos de contestación de los ordenamientos laborales, evocada líneas arriba. Muy probablemente, esa cierta convergencia institucional que puede apreciarse como resultado de aquellos procesos sea precisamente más el producto de ese común discurso de puesta en cuestión de la protección laboral que de su configuración inicial.

II. EL CASO DE LA ARGENTINA

II.1. Las señales del cambio

Ante la quiebra del modelo mercado-internista basado en el dinamismo de un sector industrial protegido y orientado al mercado interno¹⁹, el nuevo Gobierno constitucional que asume el poder a mediados de 1989 inicia un proceso de transformación de la economía que, sin embargo, no logra estabilizarse hasta marzo de 1991, cuando se adopta el *plan*

15 Hemos evocado, con una cita de Bronstein, el componente autoritario presente en muchas de las experiencias nacionales (véase GOLDÍN, Adrián. «Los Derechos Sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina», p. 12).

16 Como efecto de esa historia y quizás como causa de las dificultades para superarla.

17 Es el caso del Perú y, en particular, de la notable debilidad de los sindicatos y sus aliados, como lo recuerda el informante de ese país, registrado por Compa en su informe (COMPA, ob. cit.).

18 Así lo sostuve en mi libro *El trabajo y los mercados: sobre las relaciones laborales en la Argentina*. Buenos Aires: EUDEBA, 1997, p. 128. Trebilcock concluye que la naturaleza del dialogo social y la consulta tripartita refleja el tipo de sistema de relaciones del trabajo (corporativista, pluralista o emergente) vigente en un cierto país (véase TREBILCOCK, Anne. «Structural Adjustment and Tripartite Consultation». *International Journal of Public Sector Management*, IX, 1 (1996), pp. 5-16).

19 Ver CATALANO, Ana M. y Marta NOVICK. «Sociología del trabajo en la Argentina: desarticulación del acuerdo fordista y nuevas formas de conflictos y consensos». *Revista del Trabajo*, 8 (1995), pp. 57-76.

de convertibilidad, el cual consistió en la fijación del tipo de cambio en relación en el dólar estadounidense (un peso, equivalente a un dólar), unida a la sujeción de la oferta monetaria a las reservas disponibles en moneda extranjera. En el marco propicio de la estabilidad de precios (luego de un «deslizamiento» operado en los primeros meses del nuevo régimen cambiario) se profundiza el proceso de reforma de la economía: amplia apertura externa con supresión o rebaja de aranceles, ajuste fiscal, reforma del estado y consiguiente achicamiento del sector público, privatización acelerada de las empresas estatales, desregulación de los mercados y supresión consiguiente de subsidios y regímenes promocionales, liberalización de los mercados financieros, facilitación de la inversión extranjera, asimilada en el tratamiento al que reciben los capitales de origen local, reforma del sistema tributario y fortalecimiento de las políticas de recaudación, etcétera. Expuestas abruptamente a los mercados internacionales, las empresas inician un proceso de intensa reestructuración industrial dirigido básicamente a la exportación con suerte diversa.

Desde las instancias iniciales del plan de convertibilidad, se tiende a responsabilizar al costo laboral excesivo —casi sinónimo de lo que desde entonces se comienza a designar críticamente como «costo argentino»— por la problemática evolución del empleo/desempleo y la menguada competitividad externa de los productos argentinos. Imputaciones que desatienden (cuando no ocultan) el hecho de que el elevado costo salarial relativo argentino, que se registraba al inicio de la convertibilidad y que se extiende después de modo creciente hasta la crisis que se desencadena con máxima intensidad a partir de fines de 2001, era consecuencia, en buena medida, del nivel del tipo de cambio real²⁰; se trataba pues de un fenómeno de distorsión de los

69

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

20 Transcribo, por su afinada síntesis, la descripción de Beccaria y Galín, (BECCARIA, Luis y Pedro GALÍN. «Competitividad y regulaciones laborales», ponencia presentada a las IX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Punta del Este, 11 y 12 de mayo de 1996), que se corresponde con los análisis de estudios como los de Alfredo Monza (MONZA, Alfredo. «Reestructuración productiva y nivel de empleo; algunas falacias difundidas alrededor del problema», ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, 1992) y Germán Coloma (COLOMA, Germán. «Costo Laboral Relativo y Competitividad de la Industria», Documento de Trabajo n.º 3, Instituto para el Desarrollo Industrial/Unión Industrial Argentina, Octubre de 1992): «En efecto, como se observa en el cuadro que se incluye más abajo, con datos para la industria, los costos laborales en dólares eran altos, pero el salario real continuaba en niveles históricamente deprimidos (aunque superiores a los de los años de la hiperinflación). Como ocurrió con otros países de la región, esta tendencia se fue ahondando durante los años 1991-1993, ya que mientras el salario crecía en relación con los precios de la canasta de consumo (muy por debajo de la productividad), los precios industriales permanecían prácticamente estancados —influenciados por el tipo de cambio fijo— los precios de los servicios crecieron y también, en consecuencia el salario nominal y la relación salarios/precios industriales y salarios/tipo de cambio» (p. 57). Esa distorsión de los precios relativos revierte a partir de 1994, debido al crecimiento notable de la productividad, la elevación en los mercados externos de los precios de las «commodities», y devaluación del peso respecto de la moneda brasileña (el real) y el dólar (KACEF, Osvaldo & José Luis MACHINEA. *Cambios recientes en la estructura de precios relativos*. Buenos Aires: IDI, nota 54). El desempeño positivo de esos factores, no obstante, apenas compensa la distorsión cambiaria: en el período 1990/1995, la competitividad argentina habría crecido a una tasa anual del 7,1%, si no hubiere operado el fenómeno de la notable apreciación de la moneda; debido a esta, esa tasa (corrección cambiaria mediante) se reduce al 1,3% anual (OIT, *Panorama Laboral 95*). Es evidente que en un país

precios relativos provocado por las propias políticas de estabilización. No por ello el costo laboral dejaría de constituirse en el eje argumental de las demandas empresarias tendientes a reformar la institucionalidad laboral e inspiraría buena parte de las políticas públicas adoptadas en la materia; no puede tampoco pensarse que ese fenómeno distorsivo en términos de precios, no haya contribuido (y de modo significativo) a definir las opciones empresarias relativas al tipo y modo de mejoramiento de su base técnica y a los criterios para la organización de la producción y del trabajo²¹.

Esos fenómenos de contexto y la clara hegemonía del discurso neoclásico, que orienta la gestión de gobierno y recibe el respaldo unánime de los sectores empresarios más influyentes y de los técnicos que los asesoran, habrían de precipitar un proceso intenso de revisión de las instituciones del sistema de relaciones laborales (normas, actitudes, prácticas, comportamientos) que procuraré examinar de modo muy sintético en las próximas líneas²².

II.2. El proceso de las reformas

II.2.1. Del marco jurídico de las relaciones individuales

II.2.1.1. Introducción de elementos de flexibilidad externa

En el marco de un ordenamiento que aún señala —cuando menos teóricamente— su preferencia por el contrato de trabajo por tiempo indeterminado, uno de los campos en los que el proceso reformista alcanzó mayor intensidad fue el de la introducción de modalidades contractuales por tiempo determinado. Hacia fines de 1991, la Ley

donde la productividad crece (1990/1995) a la tasa del 8,2% anual, y la competitividad solo al 1,3%, el mercado de trabajo solo puede ajustar con desempleo creciente.

21 Ricardo Soifer (SOIFER, Ricardo. «Cambio técnico y mercado de trabajo; reestructuración industrial, recursos humanos y relaciones laborales en Argentina», Documento N°15 del Proyecto Regional «Cambio tecnológico y mercado de Trabajo – Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe», Lima, 1995) expresaba que en las firmas se advierte que el poder adquisitivo del salario había tendido a caer, lo que creaba presiones por mejores remuneraciones, pero que a la vez, estas eran más altas en dólares, reduciendo la competitividad. «Por tal razón, podría pensarse que las gerencias generales pensaron en términos de reducción de costos y no explícitamente de productividad». Lo que se busca es cambiar los procesos productivos incorporando tecnología dura ahorradora de mano de obra, antes que innovar en productos o generar empleos. Se trata de reducir costos laborales, antes que aumentar la productividad o mejorar la calidad (ver NEFFA, Julio César, «El estado del arte de la sociología del trabajo en Argentina (reflexiones preliminares)». *Revista de Trabajo*, II, 8 (1995), pp. 5-20).

22 Hay que decir que, por diversas razones, el proceso de reforma laboral argentino ha sido fuertemente influenciado por España y por su propio proceso reformista. No debe entonces sorprender que tanto en España como en Argentina (desde luego, casi siempre antes en España) se hayan introducido reformas relativas a la regulación del contrato a tiempo parcial, a la admisión de modalidades contractuales a tiempo determinado, a la previsión de regulaciones diferenciadas para pequeñas empresas, a la regulación «flexibilizadora» del contrato de aprendizaje, a la derogación de ordenanzas, reglamentaciones y estatutos especiales, a la legitimación y reglamentación de las empresas de trabajos temporales (o, como se les llama en la Argentina, de «servicios eventuales»), a la variabilidad de las remuneraciones, a la flexibilización del despido y de la jornada de trabajo, a la «deslaboralización» de algunas categorías de trabajadores, como los transportistas o «fleteros», a la ultraactividad de los convenios colectivos, a la «disponibilidad colectiva» (dispositivización frente a la negociación colectiva), a la descentralización de la negociación colectiva y a la preferencia por las unidades de ámbito inferior, etcétera.

Nacional de Empleo incorporó cuatro de esas modalidades. Dos de ellas eran solo para jóvenes menores de 24 años en busca de su primer empleo y alegaban una finalidad formativa: contrato de trabajo «en prácticas», para jóvenes con título profesional y contrato de «trabajo-formación», para jóvenes sin formación previa alguna. Las dos restantes fueron las del contrato de «fomento del empleo» (destinado a trabajadores desempleados) y del contrato para el «lanzamiento de nueva actividad».

Esas cuatro modalidades de contratación por tiempo determinado, que la Ley Nacional de Empleo llamó «modalidades promovidas» y para las que fijó plazos de duración diversos, no generaban derechos indemnizatorios al tiempo de su extinción (o daban, en algún caso, derecho a indemnizaciones menores), acordaban al empleador que las utilizara exenciones (totales o parciales, según los casos) sobre las contribuciones a su cargo con destino a los sistemas de la seguridad social, y presentaban ciertas restricciones reglamentarias para su utilización²³. Por otra parte, no se les podría utilizar en aquellas actividades, sectores o empresas en que no fueran habilitadas por medio de la negociación colectiva aplicable en esos ámbitos²⁴.

La utilización de esas modalidades contractuales fue muy reducida, tal vez, se adujo, debido al exceso de restricciones reglamentarias. Por esa razón, en marzo de 1995 las leyes 24.465 y 24.467 operaron una nueva «vuelta de tuerca» en el proceso de generalización de los contratos temporales: en la primera de ellas se introdujo una nueva modalidad («especial de fomento del empleo»), que facilitaba la contratación de mujeres, discapacitados, trabajadores mayores de 40 años y ex-combatientes de la guerra de las Malvinas, también favorecida por exenciones contributivas y con escasos requisitos reglamentarios. En la segunda, se suprimieron para las pequeñas empresas (las que emplean menos de 40 trabajadores y no superan un cierto tope de facturación anual) buena parte de los requisitos que la Ley Nacional de Empleo fijaba para sus modalidades promovidas. La ley 24.465 introdujo también el período de prueba en los contratos por tiempo indeterminado, así como algunas disposiciones tendientes a alentar la utilización de contratos de trabajo a tiempo parcial.

En el régimen especial para pequeñas empresas se prescribía una suerte de acortamiento del plazo de preaviso en caso de despido de trabajadores contratados después de su sanción; la ley habilitaba también la posibilidad de modificar, mediante convenios colectivos específicos para pequeñas empresas, el régimen legal del despido. Hay que recordar, además, que

23 V.g. no haber producido despidos colectivos con anterioridad y no producirlos durante los 6 meses posteriores a su utilización.

24 La ley preveía, no obstante, que podrían igualmente ser utilizadas (sin habilitación colectiva) en aquellas provincias o lugares que fueran declarados en estado de emergencia ocupacional; con alguna excepción territorial menor, ese estado fue declarado por todas las provincias, a lo largo y a lo ancho del país.

la Ley Nacional de Empleo había establecido un procedimiento especial de negociación ante el Ministerio de Trabajo que debía (y aún debe) sustanciarse antes de adoptar decisiones que impliquen el despido o la suspensión de un cierto número de trabajadores. Un decreto ulterior prescribió además que el empleador que se proponía adoptar medidas como esas debía presentar un plan tendiente a atenuar sus efectos sociales («Plan social»).

Desde luego, el máximo de flexibilidad contractual deriva de colocar una cierta relación laboral al margen de las normas del Derecho del Trabajo. «Deslaboralizar» —esto es, quitar del ámbito del Derecho del Trabajo; tratar un vínculo dependiente como si no lo fuera— es lo que se hizo en esos años con relaciones como la de aprendizaje, la incorporación de becarios y «pasantes» (becas y pasantías) y la de los trabajadores que realizan cierto tipo de prestaciones de transporte de carga («fleteros»)²⁵, vínculos todos ellos a los que desde la sanción de esas normas, el ordenamiento argentino pretendió «no laborales» y, por lo tanto, sujetos al marco jurídico del ordenamiento común (llamamos a este mecanismo «deslaboralización subjetiva»).

Hacia fines de la gestión del Gobierno de los noventa se sanciona la ley 25.013 (octubre de 1998) que asumió una nueva perspectiva en materia de flexibilidad externa. El Gobierno parece por entonces convencido de que las modalidades contractuales a plazo fijo —las que introdujera inicialmente en la ley 24.013 y las mucho más «flexibles» de las leyes 24.465 y 24.467— lejos de facilitar la contratación de trabajadores, tendían a generar una tasa excesiva de rotación que no parece conveniente ni en términos productivos —desde que desalienta la continuidad de los planteles y la consiguiente inversión en formación profesional— ni, por razones evidentes, en términos sociales. Se estableció entonces, mediante aquella ley cuyo proyecto fuera presentado por el Poder Ejecutivo, la derogación de todas las modalidades contractuales a plazo fijo (con excepción de las tradicionales que requieren la producción de causas objetivas que justifiquen ese tipo de contratación) y se procedió, como contrapartida, a reducir el costo del despido en los contratos por tiempo indeterminado. Esto último se realizó mediante la supresión de la indemnización mínima por despido, hasta entonces equivalente a dos meses completos de la mejor remuneración del trabajador; de tal modo la indemnización sería a partir de entonces estrictamente proporcional al tiempo de servicios del trabajador (un mes por año de antigüedad o su incidencia proporcional en caso de no alcanzar al año, lo que implicaría una drástica reducción de los montos indemnizatorios en

²⁵ En el caso de becas, pasantías y «fleteros», su «deslaboralización» fue en un primer momento dispuesta por decretos del Poder Ejecutivo de dudosa validez constitucional (la sanción de leyes laborales de fondo es, en términos constitucionales, una atribución exclusiva del Congreso de la Nación). Las leyes confirmaron más tarde esas opciones normativas.

73

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

el caso de los contratos por tiempo indeterminado que se extinguen tras períodos cortos de desempeño²⁶). La misma ley 25.013 devolvió su naturaleza «laboral» al contrato de aprendizaje, que había sido antes «deslaboralizado» con la finalidad de liberarlo de aportes y contribuciones a los subsistemas de seguridad y, por tanto, de reducir sus costos.

En términos de «flexibilidad externa» la última modificación significativa la introdujo la ley 25.250 del año 2000, que extendió el período de prueba a 6 meses en el caso de las pequeñas empresas, quedando en 3 meses para medianas y grandes; los convenios colectivos podrían prolongar esos períodos hasta duplicarlos (12 meses para las pequeñas y 6 para las medianas y las grandes empresas).

II.2.1.2. Introducción de elementos de flexibilidad funcional o interna

En línea con el tipo dominante de reclamo empresario, los elementos de flexibilidad funcional o interna que se introdujeran en esos años fueron escasos. Tal vez el más importante haya sido la atribución acordada a la negociación colectiva de introducir métodos de cálculo de la jornada máxima sobre la base de promedios, lo que permitió pactar que los tradicionales topes diarios y semanales se verifiquen en períodos más extensos (*v.g.*, trimestralización, semestralización o anualización de la jornada de trabajo). La ley de pequeñas empresas admitió, a su vez, que acuerdos colectivos celebrados al nivel de una pequeña empresa «con la representación sindical signataria del convenio colectivo» redefina los puestos de trabajo correspondientes a las categorías determinadas en ese convenio colectivo.

Pese al escaso tratamiento normativo que concitaran los mecanismos de flexibilidad funcional o interna, hay que decir que la deficitaria situación que adquiriera el mercado de trabajo por esos días (crecimiento dramático del desempleo, caída del empleo) generaría por entonces *de hecho* un amplio espacio de flexibilidad funcional: en general, ni los trabajadores, ni sus representantes (cuando tenían alguna intervención), se atrevían en esos años a resistir los requerimientos de las empresas tendientes a modificar posiciones, cargos, funciones, tareas o, más en general, formas de organizar el trabajo.

26 De tal modo, un trabajador que es despedido tras 8 meses de trabajo, habría de recibir una indemnización equivalente a ocho doceavas partes de un mes de sueldo, en lugar de dos meses completos como lo establecía el régimen hasta entonces vigente. La diferencia, como puede advertirse, es muy significativa en esas situaciones. Obviamente, mucho menos relevante sería la diferencia en relaciones que habían tenido más extenso desarrollo: un trabajador que se hubiera desempeñado 5 años y 6 meses, al cabo de los cuales fuera despedido sin causa, habría de cobrar, según el régimen sancionado por entonces, una indemnización equivalente a 5 meses y medio de remuneraciones, en lugar de los 6 meses que le adjudicaba el régimen que por entonces se reemplazaba.

II.2.1.3. Reformas orientadas a reducir (directamente) los costos laborales

El énfasis en la necesidad de reducir los costos laborales —exacerbada, como se explicó, por la distorsión de los precios relativos— habría de orientar una serie bien heterogénea de decisiones legislativas.

Junto a la «deslaboralización subjetiva» que examiné líneas arriba (que además de expresar un máximo de flexibilidad contractual, libera de la incidencia de todos los costos del sistema de protección laboral y de la seguridad social), el legislador argentino recurrió por aquellos años una y otra vez a lo que llamaría «deslaboralización salarial» o, más directamente, «desalarización» que *consiste en tratar ciertos conceptos remuneratorios como si no lo fueran*, con el objeto de que no se apliquen sobre ellos las denominadas «cargas sociales» o «impuestos al trabajo» y, además, que no se computen tampoco para la determinación de otros créditos laborales (como la remuneración de los descansos, las indemnizaciones por despido, etcétera). Fueron puestos en esa condición conceptos como servicios de comedor en la empresa, vales de almuerzo o reintegros de comida, de gastos de medicamentos, de guardería y sala maternal, de servicios médicos, la provisión de uso de automóvil propiedad del empleador, la de ropa de trabajo, de útiles escolares, guardapolvos y juguetes para los hijos del trabajador, el pago de gastos de sepelio, las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación de suspensiones de la prestación laboral por falta o disminución del trabajo no imputables al empleador, reintegro de gastos por uso de automóvil, etcétera.

Ese proceso de «desalarización» había sido iniciado por una norma de muy cuestionable origen sancionada a fines de los ochenta —un decreto del Poder Ejecutivo— que había autorizado a los empleadores a pagar hasta el 20% de los salarios de sus dependientes mediante unos «vales» o «tickets» (provistos por empresas especializadas) destinados a la adquisición de productos para la alimentación familiar, estableciendo que esa porción de los ingresos del trabajador sería considerada «no remunerativa» y, por lo tanto, no se computaría como remuneración a ninguno de los efectos previstos en la legislación laboral, ni sería gravada por los denominados «impuestos al trabajo» (más rigurosamente, cotizaciones de la seguridad social).

Una de las más importantes medidas legislativas introducidas en aquel período fue la de la modificación del régimen argentino de cobertura de los accidentes del trabajo, vigente en la Argentina desde 1915²⁷. Este régimen ponía bajo la responsabilidad del empleador el pago de indemnizaciones tarifadas proporcionales al grado de incapacidad

27 Aunque desde entonces había sido sometido a numerosas reformas que, sin embargo, no alteraron la estructura básica del régimen, basado en la responsabilidad objetiva del empleador y la tarificación de las indemnizaciones a su cargo.

sufrido por el trabajador, la atención médica y farmacéutica, la provisión de las prótesis necesarias y el pago de los salarios durante el tiempo en que el trabajador no pudiera prestar servicios (hasta un máximo de 1 año). El trabajador, no obstante, podía optar (cuando ello procediera) por reclamar el resarcimiento del daño sufrido de acuerdo a las normas del ordenamiento civil, en el que impera el principio de la reparación integral del daño. El empleador podía asegurarse, pero no estaba obligado a hacerlo.

Este régimen venía siendo duramente cuestionado por algunos analistas y, en especial, por los empresarios; estos últimos impugnaban en particular el elevado costo de las indemnizaciones, especialmente cuando el trabajador optaba por formular sus reclamos en los términos del ordenamiento civil, su imprevisibilidad y la elevada litigiosidad generada por el sistema que agregaba onerosos costos adicionales.

En octubre de 1995, el Congreso de la Nación sancionó un nuevo régimen de accidentes del trabajo (Ley de Riesgos del Trabajo, LRT), impulsado por el Gobierno, que cerraba el acceso a la acción civil (la que habitualmente deparaba las indemnizaciones más onerosas), limitaba el derecho al resarcimiento por enfermedades profesionales a un listado taxativo de dolencias, sustituía prestaciones de pago único por rentas de pago periódico y ponía el otorgamiento de las diversas prestaciones del régimen a cargo de unas entidades aseguradoras con fines de lucro, especialmente constituidas para ello (Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, ART). El régimen se financia mediante cotizaciones que efectúan las empresas con destino a las ART con las que en cada caso contratan su aseguramiento, cuyas alícuotas son fijadas por las aseguradoras teniendo en cuenta el riesgo del sector o de la actividad, sus condiciones de higiene y seguridad, su siniestralidad, etcétera. Ese sistema de cobertura de los accidentes del trabajo comenzó a funcionar en julio de 1996, en medio de un intenso debate acerca de la suficiencia de sus prestaciones, la consistencia de su régimen reglamentario, la ventaja relativa de los costos que genera, y la presunta inconstitucionalidad de varias de sus prescripciones, en especial, de aquellas que impedían al trabajador accidentado el acceso a la acción sustentada en las normas del derecho civil. La ulterior declaración de inconstitucionalidad de varias de las más importantes de esas disposiciones forman parte, en sentido lato, del proceso de contrarreformas que consideraremos luego.

También al propósito de reducir los costos derivados de la contratación de trabajo dependiente (y a compensar parcialmente la distorsión imperante en el sistema de precios relativos) respondía la norma que disminuía las contribuciones empresarias con destino al régimen de la seguridad social (los «impuestos al trabajo») entre un 30% y un 80%, porcentaje que dependía de la zona geográfica en la que estaba localizada la empresa. Naturalmente, igual finalidad inspiraba a las desgravaciones

75

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

previsionales que beneficiaban a los empresarios que contrataban trabajadores valiéndose de las modalidades contractuales a plazo fijo recordadas más arriba. El fin alegado para justificar estas medidas era el de alentar la creación de empleo, objetivo que no se concretó durante su vigencia; ellas contribuyeron, no obstante, a reducir el costo del trabajo y, hay que decirlo también, a incrementar el déficit fiscal.

Hay que mencionar, finalmente, el régimen de conciliación obligatoria de los conflictos individuales del trabajo (vigente para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) que, vigente aún hoy, impide dar curso a aquellas acciones judiciales referidas a conflictos por las que no se hubiera transitado una instancia previa de conciliación ante conciliadores inscriptos en un listado oficial. Este régimen se proponía moderar los costos derivados de la litigiosidad laboral; en la medida en que, según algunas estimaciones, parece facilitar la solución prejudicial del 40% de los reclamos laborales, es probable que haya logrado contribuir a ese objetivo.

II.2.2. El marco jurídico de las relaciones colectivas del trabajo

La evolución del marco jurídico e institucional de las relaciones colectivas del trabajo producida durante los noventa fue mucho menos relevante; ni el carácter universalmente intervenido del sistema, ni el anacrónico modelo sindical (que, a mi juicio, explica una parte significativa de las conductas de la dirigencia)²⁸, ni el régimen básico de la negociación colectiva fueron objeto de reformas trascendentes durante ese período. En el plano legislativo, habría que mencionar algunas novedades regulatorias relativas a la negociación colectiva en las pequeñas empresas, contenidas en el régimen legal referido a ellas (ley 24.467) (a), y a la utilización, en varios casos, de la técnica que ha recibido en la Argentina el nombre de «disponibilidad colectiva», consistente en la atribución concedida a la negociación colectiva de apartarse, aún en perjuicio de los trabajadores, de algunas normas o instituciones reguladas en la ley²⁹ (b).

28 He procurado explicar esa íntima relación (modelo sindical argentino/conducta de la dirigencia) en varios estudios; véase, por todos, GOLDÍN, Adrián. *El trabajo y los mercados: sobre las relaciones laborales en la Argentina*.

29 Al igual que en España, las reformas legales en la Argentina (y también las propuestas del Gobierno que no llegaron a sancionarse) procuraron producir un cambio importante en el sistema de fuentes. De tal modo, en uno y otro país se procuró habilitar relaciones más variadas entre la autonomía colectiva y la ley —se trata especialmente de la ampliación del uso de la técnica de usar la regulación legal en condición de normativa supletoria respecto de la negociación colectiva (en Argentina, «disponibilidad colectiva») — potenciar la autonomía individual, impulsar la descentralización de las unidades de contratación, introducir nuevas reglas de concurrencia normativa entre convenios que determinen la prelación de los de ámbito inferior, especialmente, de los de empresa, etcétera. En la Argentina, sin embargo, estos cambios se introdujeron (o se les intentó introducir) en el marco de un sistema de relaciones colectivas del trabajo —organización y criterios de acción de los actores, régimen de la negociación colectiva, de la participación y del conflicto— que revelaba un alto grado de disfuncionalidad, anacronismo e ineficacia, sin que se advierta —de parte de los Gobiernos ni de los propios actores— la decisión política de producir en él las transformaciones que el sistema necesita. Uno y otro país parecen querer reformular sus sistemas de fuentes en análogo sentido. Difícilmente, no obstante, se alcancen

77

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

- (a) La ley 24.467, aún hoy vigente, preveía la concertación de acuerdos de empresa (en todo caso, con la representación sindical «signataria del convenio colectivo»), que vehicularan apartamientos de ese convenio, tanto en materia de puestos de trabajo y categorías como en caso de reestructuración de sus plantas de personal por razones organizativas, tecnológicas o de mercado. Reconocía asimismo la posibilidad de concertar convenios colectivos (de empresa o de nivel supra-empresario) referido especialmente a pequeñas empresas. A diferencia del régimen general de los convenios colectivos, que prescribía la ultraactividad de los convenios luego de su vencimiento y hasta la celebración de otros que los reemplacen, los convenios colectivos para pequeñas empresas perderían vigencia indefectiblemente a los tres meses del vencimiento del plazo pactado. La ley establecía, además, que durante su vigencia, los convenios colectivos para pequeñas empresas no podrían ser afectados por convenios colectivos de otro ámbito. En defecto de convenios específicos para las pequeñas empresas, esa ley requería que se incorporara a los convenios colectivos supra-empresariales un capítulo dedicado exclusivamente a las pequeñas empresas, cuya concertación debía estar a cargo, por el lado empresario, de representantes de esas empresas. Hay que decir, no obstante, que la ley de pequeñas empresas no tendría aplicación significativa en materia de negociación colectiva en ese nivel; solo se conoce un convenio colectivo específico para pequeñas empresas, y los capítulos para estas empresas incluidos en convenios colectivos generales han sido en su mayoría poco más que ejercicios de escaso contenido sustantivo, concebidos para dar formal cumplimiento a la exigencia legal.
- (b) La propia ley de pequeñas empresas había puesto en situación de «disponibilidad colectiva» al régimen legal del despido, a algunas normas sobre vacaciones, a la posibilidad de fraccionar el pago del «aguinaldo» (treceavo sueldo) y a las normas de los «estatutos especiales»³⁰. Los convenios colectivos de trabajo podían también, como ya señalé, establecer métodos para calcular la jornada máxima de trabajo sobre la base de promedios, o elevar hasta el doble el período de prueba introducido por la ley 24.465 para los contratos por tiempo indefinido.

resultados equiparables; la Argentina tendrá seguramente grandes dificultades para llenar de modo dinámico y equilibrado los nuevos espacios abiertos al ejercicio de la autonomía colectiva, mientras no cuente con actores, prácticas e instituciones del ámbito de lo colectivo que lo hagan posible.

30 Llámense estatutos especiales a leyes que regulan diversos aspectos de las relaciones laborales de ciertos sectores específicos de trabajadores (entre ellos, trabajadores de la construcción, encargados de casa de renta, viajantes de comercio, docentes de establecimientos particulares, periodistas profesionales, empleados administrativos de empresas periodísticas, trabajadores a domicilio, trabajadores marítimos, trabajadores del campo, empleados del servicio doméstico, y algunos pocos más).

Mientras que en los años noventa las reformas legislativas en materia sindical fueron, como queda dicho, escasas, la gestión intervencionista del Poder Ejecutivo en materia de negociación colectiva —esta vez tras el propósito de procurar su descentralización— fue en cambio intensa. En 1991 (decreto 1334) dispone que no se ha de homologar (aprobar) ningún acuerdo en materia de salarios que no encuentre contrapartida en cláusulas de incremento de la productividad. Tiempo después se derogó dicha norma mediante otro decreto (470/93) tendiente a habilitar la apertura de unidades de contratación en niveles inferiores y a promover la articulación negocial en la fijación de los salarios y la introducción en ellos de componentes variables. Ese decreto puso en manos de las partes signatarias del convenio anterior de nivel superior la autorización para la apertura de esas nuevas unidades de contratación; el régimen alcanzó entre escasa y nula implantación. Más tarde (diciembre de 1996), el Gobierno dictó los decretos 1553/96, 1554/96 y 1555/96. El primero de ellos, que decía reglamentar el art. 4 de la ley 14.250 (t.o 1988) (ley de negociación colectiva), facultó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación «a disponer la revocación de la homologación de un convenio colectivo de trabajo cuando, vencido el plazo pactado, considere que su vigencia ya no reúne los requisitos de la norma que reglamenta, o sus cláusulas *se opongan a normas legales dictadas con posterioridad a su homologación*»³¹. El decreto 1554, a su vez modificó el decreto 200/88, reglamentario de la ley 14.250, facultando al ministerio a resolver los conflictos entre sindicatos y empresarios relativos a la determinación del ámbito funcional, personal y territorial para el que se pretende negociar. Finalmente, el decreto 1555/96 se autodefinió como reglamentario de la ley 24.467 que, entre otros contenidos, regula las relaciones laborales en las pequeñas empresas. Este decreto admitía que, en ciertas condiciones, los delegados de personal o las comisiones internas de las pequeñas empresas, pudieran emprender negociaciones colectivas al margen del sindicato del que constituyen órgano de representación en la empresa (argumento artículo 40 inciso b. ley 23.551). Estos decretos, que a mi juicio configuraban, al menos en una parte significativa de su articulado, claros excesos reglamentarios y muestras muy expresivas de un tan intenso como renovado intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo, fueron declarados inconstitucionales.

A fines de 1998, un cambio en la conducción del Ministerio de Trabajo habría de implicar también un cambio notable en la orientación del Poder Ejecutivo en materia de legislación sindical. En la ya recordada ley 25.013, a pedido de la cúpula sindical y, probablemente, a modo de compensación por su conformidad con la reducción notable de la indemnización por despido dispuesta en esa ley, se estableció —en singular ejercicio «centralizador»— que la

31 Las cursivas son mías.

79

facultad de negociar colectivamente no la tendrían en lo sucesivo los sindicatos de primer grado sino las federaciones y las confederaciones. Esa expropiación de la atribución de negociar convenios colectivos a algunas entidades sindicales *más representativas* (puesto que detentan la «personería gremial» que implica esa condición) afectaba de modo flagrante sus derechos de libertad sindical y sería corregida pocos años después por la ley 25.250, a la que nos referiremos en una próxima sección.

Había habido, sí, —en los primeros años de aquella década— una intervención relevante en el plano de los conflictos. Con el fin de allanar el proceso de privatizaciones emprendido en los primeros años de la década de los noventa, en octubre de 1990 el poder ejecutivo entonces en el poder emitió el decreto 2184 —al que consideró «de necesidad y urgencia»— en el que regulaba el ejercicio de la huelga en los servicios públicos. En él, la enumeración de los *servicios esenciales para la comunidad* excedía ampliamente de la que resulta de los dictámenes de los órganos de control de la OIT; se agregaban, entre otros, los educativos y los servicios de administración de justicia. Corría por cuenta del Ministerio de Trabajo disponer la inclusión del conflicto en el régimen del decreto, intervenir en la determinación de los servicios mínimos, someter el conflicto a arbitraje obligatorio en caso de que esos servicios mínimos no fueran cumplidos y calificar en su caso la legalidad o ilegalidad de la huelga.

II.2.3. La jurisprudencia de la Corte Suprema

Durante los noventa, el Gobierno por entonces en ejercicio procuró asegurarse el respaldo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo la popularmente designada «mayoría automática» mediante el incremento de 5 a 9 del número de magistrados y la consiguiente designación de nuevos magistrados «de su confianza» en esos lugares y en otros dos que quedarán vacantes como producto de sendas renunciaciones. Esos jueces mantuvieron, hasta la conclusión de esa gestión, una relación de afinidad con el Gobierno y las políticas estatales.

En ese contexto, la Corte se limitó a convalidar las opciones de política laboral del Gobierno, con objetivos como el de preservar la validez constitucional del régimen de riesgos de trabajo³², arbitrar mecanismos de desresponsabilización en supuestos de tercerización o *outsourcing*³³, admitir la modificación de normas de los convenios colectivos por obra de la ley (lo cual fue importante para el Gobierno, que estaba protagonizando

32 Entre otras decisiones en el mismo sentido, ver «Gorosito, Juan Ramón c/Riva S.A. y otro», sentencia de fecha 01/02/2002.

33 Ver, en particular, «Rodríguez, Juan R. c/Cía. Embotelladora Argentina S.A.», sentencia de fecha 15/04/1993 y «Luna, Antonio R. c/Agencia Marítima Rigel S.A. y otros c/Agencia Marítima», sentencia de fecha 02/07/1993.

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULAR

LABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

un proceso privatizador)³⁴, legitimar los topes indemnizatorios³⁵, aplicar la tasa pasiva por mora en el pago de indemnizaciones por accidentes del trabajo³⁶ o consagrar la precariedad de los trabajadores contratados en la administración pública³⁷.

II.2.4. Una conclusión provisoria

A modo de conclusión provisoria, podría afirmarse que el comportamiento asimétrico del Estado en los años noventa —activismo desregulador en el campo de las relaciones individuales; intervencionismo administrativo, con escasa transformación institucional, en el de las relaciones colectivas— contribuyó de modo decisivo a una evolución correlativamente asimétrica del sistema argentino de las relaciones laborales. La menor intensidad regulatoria producida por entonces por esas estrategias de flexibilización habría de dejar a la vista unos espacios regulatorios e institucionales —necesariamente más descentralizados— que la autonomía colectiva no había sido puesta en condiciones de ocupar.

II.3. Otro Gobierno, una concepción heterogénea

Hacia los comienzos de la década siguiente, un Gobierno de otro signo ideológico introduciría mediante la ley 25.250 una reforma cuya valoración ha de ser, cuanto menos, compleja. Mientras en el terreno de las relaciones individuales, aunque en una dimensión menor, parecía enrolarse en la misma línea que prevaleciera en los noventa³⁸, en el de las relaciones colectivas tendía a comprometerse con los principios de la autonomía colectiva y la libertad sindical. De tal modo, se prescribía allí:

- a. La recuperación, por parte de los sindicatos de primer grado, de la atribución de negociar convenios colectivos de trabajo que la ley 25.013, poniéndola en las manos excluyentes de las entidades sindicales de grado superior³⁹, les había expropiado.
- b. La abolición de los mecanismos normativos que imponían una negociación colectiva centralizada, aumentando los espacios de

34 Como se decidiera en «Soengas; Héctor Rc/ ferrocarriles Argentinos», sentencia de fecha 7/08/1990.

35 Ver «Villarreal, Adolfo c/Roemmers», sentencia de fecha 10/12/1997.

36 Ver «López , Antonio/Explotación Pesquera La Patagonia», sentencia de fecha 10/06/1992; admitiendo el pago de una indemnización por accidentes del trabajo mediante bonos, ver también «Cacace, Josefa E. c/Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires», sentencia de fecha 19/10/1995.

37 Ver, entre otros, «Leroux de Emede, Patricia c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», sentencia de fecha 30/04/1991 y «Castelluccio, Miguel Angel c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», sentencia de fecha 05/10/1999.

38 Mantiene el período de prueba para las grandes y medianas empresas en 3 meses, pero la fija en 6 meses para las empresas medianas y pequeñas, admitiendo además que los convenios colectivos establezcan la duplicación de esos períodos para sus respectivos ámbitos.

39 En diciembre de 1999, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) había descalificado esa disposición de la ley 25.013, sosteniendo que ella violaba la Convención 87 de la OIT.

81

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

- autonomía en la elección de los niveles de negociación. A esos efectos, la ley reconocía a las partes la libertad de decidir el nivel de la negociación, suprimía la obligación de privilegiar el nivel de la negociación colectiva anterior y estimulaba la utilización de medios de resolución no vinculante de los conflictos suscitados durante la negociación. Sin embargo, más en línea con el ideario de la flexibilidad laboral y en opción de dudoso rigor teórico⁴⁰, la ley 25.250 consagraba la prevalencia del convenio colectivo de ámbito menor por sobre el de ámbito mayor precedente o ulterior.
- c. Se proponía un modo de terminación de la vigencia de las convenciones colectivas que subsistían hasta entonces desde los años setenta merced a la regla de la «ultra-actividad» (su vigencia aún después del vencimiento de su plazo convencionalmente establecido hasta su reemplazo por otra convención colectiva)⁴¹. Además, para los nuevos convenios la ley facultaba a las partes a establecer libremente las condiciones de su perduración luego de su vencimiento o su decadencia inmediata; en defecto de acuerdo, el convenio colectivo vencido tendría solo una ultraactividad de dos años, contados a partir de la fecha del vencimiento originariamente pactado.
- d. Se suprimían los modos de resolución de los conflictos colectivos de trabajo que, como el arbitraje obligatorio, colisionaban con el principio de libertad sindical y de autonomía colectiva; se derogaba igualmente el decreto presidencial 2184/90, de dudosa constitucionalidad, que regulaba el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad, régimen que descansaba igualmente sobre el arbitraje obligatorio.

II.4. La contrarreforma

II.4.1. El contexto

Durante los años en que se materializaron las reformas analizadas en las secciones anteriores, la situación del empleo había evolucionado de modo crítico y complejo. Durante los primeros años de vigencia del régimen de convertibilidad, creció la tasa de desempleo (mayo de 1991, 6,9%; mayo de 1993, 9,9%); en el mismo período, sin embargo, creció también en números absolutos la cantidad de trabajadores, aunque cayó la tasa de ocupación, fenómenos ambos atribuibles al crecimiento

40 Si se admite, como expresara alguna vez Mario Grandi, que todos los convenios colectivos, cualquiera sea su nivel, tienen la misma intensidad jurídica.

41 La nueva ley establecía un plazo de dos años para renegociar la convención colectiva; durante ese tiempo se prolongaba la condición de ultraactividad de cada convenio. Si vencido el mismo, no se hubiera alcanzado un nuevo convenio, el sindicato quedaba habilitado para solicitar un arbitraje (obligatorio entonces para los empleadores) que sustituiría al texto ultraactivo.

significativo de la tasa de actividad y de la población económicamente activa (PEA).

En mayo de 1994 se advierte, por primera vez desde el comienzo del plan de convertibilidad, la caída del número absoluto de trabajadores ocupados; la economía comienza a destruir empleos, situación que se prolonga de modo sistemático y creciente en los años subsiguientes (entre mayo de 1993 y el mismo mes de 1996, se destruyen 415.028 puestos de trabajo; sumado el número de puestos que reflejan subocupación, la supresión del número de puestos de trabajo pleno en ese período asciende a 957.072). En cuanto a la tasa de desempleo abierto, que había alcanzado al 9,9% en mayo de 1993, trepa al 17% en el mismo mes de 1996 (en mayo de 1995 había alcanzado un pico del 18,6%) para reducirse en octubre al 16,4% y volver a crecer en mayo de 1996 hasta el indicado 17%. Cuando el Gobierno de los noventa concluye su gestión (diciembre de 1999) la tasa de desempleo se había reducido, pero aún superaba el 13%⁴² y la tasa de informalidad del trabajo asalariado —que fuera del 22% a comienzos de los ochenta— había superado ahora la crítica dimensión del 40%⁴³. En los albores del nuevo milenio, se había hecho ya evidente que aquellas reformas laborales, en el marco de las concomitantes reformas económicas, no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni sobre el mercado de trabajo: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, e incremento notable de la pobreza y la desigualdad⁴⁴.

En ese marco, sobreviene una virtual suspensión del proceso de reforma de inspiración neoliberal para desencadenarse, pocos años después, una tendencia de reflujo de marcada intensidad. En Argentina, tras el desencadenamiento de una profunda crisis que detuvo el proceso reformista y una sucesión de efímeros Gobiernos que en ese contexto crítico no lograban afirmarse en el ejercicio del poder, se convocó a la realización de elecciones generales y resultó electo Néstor Kirchner, un peronista que rápidamente procuró situarse en el sector del centro-izquierda del espectro político. La orientación de sus políticas laborales

42 Argentina exhibía de tal modo una economía estable con estándares relevantes (hasta 1994) de crecimiento económico, confrontada con un mercado de trabajo caracterizado por el desempleo, el subempleo y la precarización laboral, vastos sectores de la población que permanecen debajo de la línea de pobreza, desigualdad social y polarización creciente en la distribución del ingreso (ver NEFFA, Julio César. Ob. cit.).

43 Y crecería aún más en el contexto de la profunda crisis que se desencadenara hacia fines de 2001.

44 En ese sentido, ver LORA, Eduardo & Carmen PAGÉS. «Labor Market Regulations and Institutions», p. 3, donde se admitía que «las reformas estructurales no produjeron los cambios previstos en el mercado laboral». Años antes, los mismos autores (ver LORA, Eduardo y Carmen PAGÉS, *La legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina y el Caribe*) reclamaban con vehemencia ese tipo de reformas «para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia». Y, como ya hemos mencionado antes (ver *supra*, nota 4), se denunciaba el hecho de que mientras se habían producido cambios profundos en política comercial, cambiaria, tributaria, financiera y en privatizaciones, las reformas laborales habían sido de más baja intensidad.

se pondría de manifiesto poco después de su asunción mediante la ley 25.877 sancionada el 2 de marzo de 2004.

83

II.4.2. Su incidencia en el derecho individual del trabajo

En el campo de la regulación de las relaciones individuales, esa ley mejora el tratamiento económico del régimen del despido, restableciendo la indemnización mínima por despido (suprimida en 1998 por la ley 25.013), fijándola ahora en una suma equivalente a un mes de sueldo (la indemnización mínima vigente hasta su supresión en los noventa ascendía a dos meses de sueldo). Suprime además la posibilidad de que el convenio colectivo duplique los períodos de prueba que estableciera la ley 25.350, fijándolos en la extensión única de 3 meses.

El Gobierno inicia, además, a partir de diciembre de 2003, un proceso sistemático —que se prolonga hasta nuestros días— de actualización del Salario Mínimo Vital, que había permanecido congelado en 200 pesos durante la gestión del presidente Menem por casi una década⁴⁵. A la fecha de elaboración de este documento, el SMV asciende a 2300 pesos, —equivalente a unos 535 dólares—.

Simultáneamente se generaliza —alentada también desde el Gobierno— la negociación colectiva salarial, en un contexto en el que crece fuertemente el producto pero también la inflación. El favorable marco político y económico se proyecta sobre el campo de las relaciones colectivas contribuyendo a un fortalecimiento notable del poder de los sindicatos y, por consiguiente, a una tendencial mejora de los salarios nominales y reales de los trabajadores del sector formal⁴⁶.

A partir de la asunción de la nueva gestión, se activa en el Congreso de la Nación un proceso de introducción de micro-reformas, siempre orientadas a intensificar la protección de los trabajadores, que en conjunto habrían de implicar un notable fortalecimiento del sesgo tutelar del ordenamiento laboral y que procuraré reseñar en las próximas líneas.

Entre esas reformas encontramos las siguientes:

- a. El 22 de marzo de 2006 se promulgó la ley 26.086 que reformó diversas disposiciones de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras. La nueva ley fortalece el régimen de pronto pago para los créditos laborales en el concurso y restituye a la justicia laboral su competencia para la sustanciación de los juicios laborales contra el concursado que la precedente ley 24.522 había colocado bajo

45 Vigente entonces el régimen de «convertibilidad» (un peso era equivalente a un dólar), el salario mínimo vital equivaldría durante ese período a un total de 200 dólares estadounidenses.

46 Hay que decir, no obstante, que el desarrollo notable de la negociación colectiva en el plano de los salarios no se extiende de igual manera al resto de las condiciones de trabajo; en los últimos 5 años, entre el 90% y el 95% de las negociaciones se circunscriben al cometido de actualización de las remuneraciones.

el fuero de atracción del juzgado comercial en el que tramita el concurso del empleador.

- b. El 19 de abril de 2006 se promulgó la ley 26.089 que modificó la anterior ley 24.571 y declaró días no laborables para todos los habitantes de la Nación Argentina que profesen la religión judía los días de Año Nuevo Judío (dos días), el día del Perdón (un día) y los días de la Pascua Judía (los dos primeros y los dos últimos días de la semana).
- c. El 21 de abril de 2006, se promulgó la ley 26.088 que estableció que en caso de que el empleador incurriera en un exceso en el ejercicio de su «ius variandi» —esto es, que produjera una modificación en las condiciones esenciales de trabajo de su empleado, o lo hiciera de modo irrazonable, o le infiriera daño moral o patrimonial como consecuencia de su ejercicio— el trabajador podría optar entre considerarse en situación de despido indirecto o permanecer en su puesto y solicitar al juez el restablecimiento de las condiciones alteradas. El régimen hasta entonces vigente solo le habilitaba a poner término al contrato.
- d. La ley 26.341 del 12 de diciembre de 2007 devolvió su carácter remuneratorio a ciertos «beneficios sociales»⁴⁷ (los vales de almuerzo, alimentarios y de canasta de alimentos) y estableció su incorporación al salario de los trabajadores registrados del sector privado con un incremento concebido para que evitar que la necesidad de ingresar los aportes a los sistemas de seguridad social y obras sociales resultante de su recobrado carácter salarial resultara en una disminución de los haberes.
- e. La ley 26.364 del 9 de abril de 2008 vino a regular la prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a las víctimas, tanto desde el marco penal como laboral. Se refiere especialmente al tráfico para explotación en condiciones de esclavitud, servidumbre, trabajos forzados y comercio sexual. En consonancia con la ley 25.202⁴⁸, la ley 26.382 aprobó el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR, suscripto en Belo Horizonte, República Federativa del Brasil, el 16/12/2004. También por ley 26.378, se aprobaron la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y su protocolo facultativo del 13/12/2006.

47 Definidos como «prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo» (ley 26.341 artículo 103). No contabilizaban a los fines laborales ni provisionales.

48 Norma mediante la cual se dio aprobación al Convenio Internacional de protección de trabajadores migrantes y sus familias adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 18/12/1990.

85

REFORMA Y
CONTRARREFORMA
LABORAL EN
ARGENTINA,
CRÓNICA SIMPLE
DE UN PROCESO
PENDULARLABOR REFORM
AND COUNTER-
REFORM IN
ARGENTINA,
SIMPLE CHRONIC
OF A PENDULUM
PROCESS

- En el marco descrito, tiene particular relevancia la ley 26.485 del 11 de marzo de 2009 de protección integral a las mujeres. Esta contempla expresamente la violencia laboral, a la cual define como la discriminación en los ámbitos de trabajo públicos o privados en el acceso, ascenso, estabilidad o permanencia en el empleo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de un *test* de embarazo; la vulneración del derecho de igual remuneración por igual tarea o función y el hostigamiento psicológico y sistemático. Insta a la adopción de políticas públicas y establece la creación de registros.
- f. Además, por la ley 26.390 del 4 de junio de 2008 se modificó el régimen del trabajo de menores contenido en la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), ratificándose la prohibición del trabajo infantil e incrementándose la protección del adolescente⁴⁹. Se elevó la edad mínima de admisión al empleo y para estar en juicio laboral de 14 a 16 años⁵⁰, con prohibición de contratar menores por debajo de ese límite. Entre los 16 y los 18 años subsiste la obligación de requerir autorización de padres, tutores o encargados. Se fijó en 15 días la licencia anual paga de los menores de 18 años⁵¹. Se permite a los mayores de 14 trabajar en empresas familiares con una jornada máxima de 3 horas diarias y 15 semanales y previa autorización de la autoridad administrativa del trabajo. Idénticas restricciones se aplican al servicio doméstico y al trabajo agrario, cuyos regímenes especiales fueron alcanzados por la reforma⁵². La jornada máxima para el contrato de aprendizaje celebrado por menores será de 40 horas semanales.
- g. Por otro lado, la ley 26.427 del 26 de noviembre de 2008 sustituyó el régimen de pasantías educativas para mayores de 18 años. Estas tienen como finalidad la capacitación, no originan relación laboral ni pueden utilizarse para cubrir vacantes o crear empleo, se impone para ellas un plazo mínimo y máximo de duración y una carga horaria semanal considerablemente inferior a la jornada máxima laboral. Aunque no se les considera trabajadores dependientes, los pasantes deben tener protección contra accidentes y enfermedades (ley 24.557) y perciben una «asignación estímulo» que no es considerada remuneración.
- h. La ley 26.428, también del 26 de noviembre de 2008, otorgó a los jueces la facultad de resolver en favor de los trabajadores

49 Según estadísticas oficiales, el 60% de los menores viven en hogares vulnerables.

50 La ley Federal de Educación 24.195 dispone instrucción básica obligatoria hasta los 15 años.

51 El régimen general de vacaciones de la LCT establece un mínimo de 14 días.

52 Decreto 326/56 para el servicio doméstico; ley 22.248 para el trabajo agrario, que acaba de ser sustituida por la ley 26.727, publicada el 28 de diciembre de 2011.

las dudas que se susciten en la evaluación de la prueba. De ese modo extiende a la apreciación de los hechos la regla *in dubio pro operario* que estaba vigente hasta ahora solo a los efectos de la interpretación de las normas.

- i. En diciembre del mismo año, mediante la ley 26.374 se introdujo una importante reforma al artículo 12 de la LCT. Esa norma consagraba hasta entonces la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores establecidos en las leyes y en las convenciones colectivas. La nueva ley establece que son también irrenunciables las mejores condiciones pactadas en los contratos individuales del trabajo, condiciones que, por tanto, no podrán en lo sucesivo ser disminuidas por acuerdo de partes.
- j. En mayo de 2010, la ley 26.592 reintrodujo en la LCT una declaración de principio según la cual «las desigualdades que crea esta ley a favor de una de las partes (el trabajador), solo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación». Esta norma, incluida en el texto original de la LCT dictado en 1974, había sido suprimida en 1976 por la dictadura militar.
- k. En el mismo mes se publica la ley 26.593 que fija en 4 días hábiles el plazo para pagar las indemnizaciones por despido. Al mes siguiente, se publica la ley 26.597 que introduce una importante reforma en materia de jornada de trabajo: mientras que la legislación vigente hasta entonces exceptuaba a los trabajos de dirección y vigilancia (incluso subalterna) de los límites impuestos a la jornada de trabajo (en Argentina, 8 horas diarias o 48 horas semanales), la nueva ley restringe esa excepción solo para gerentes y directores. Esto implica que en lo sucesivo los trabajadores de dirección que no invistan esa jerarquía (y también, los trabajadores que ejercen funciones de vigilancia) estarán amparados por aquellos límites.
- l. En julio de 2010 se publica la ley 26.598 que derogó la norma que impedía que el Salario Mínimo Vital se usara como índice o base para la determinación o actualización de cualquier otro instituto legal o convencional y que se proponía evitar que esa utilización para fines diversos de los que le son propios incidiera artificialmente sobre su monto.
- m. El 1 de Junio de 2011 se sancionó la ley 26.684 que introduce nuevas y más audaces reformas a la ley de concursos y quiebras con importante incidencia en materia laboral. Por un lado, se incrementa del 1% al 3% el porcentaje de la facturación bruta de la concursada que se destina al pago de los créditos de pronto

pago (entre ellos, los laborales). Se consagra la continuidad de los intereses de los créditos laborales (que, por tanto, no dejan de devengarse luego de la declaración de la quiebra) y se suprime la disposición que suspendía los efectos de los convenios colectivos de trabajo aplicables en la empresa concursada. Sin embargo,

[...] la reforma más importante en la materia es la que prevé la posibilidad de que los trabajadores, reunidos en cooperativas de trabajo, se inscriban en el registro de interesados en adquirir las acciones o cuotas de capital de la concursada cuando esta no obtenga las mayorías necesarias para obtener la aprobación del acuerdo concursal, y regula el trámite por medio del cual dicha cooperativa puede constituirse en adquirente de dicha empresa.

Inscrita la cooperativa de trabajo en el mencionado registro, el síndico debe liquidar a los trabajadores los créditos que les corresponderían en caso de ser despedidos, créditos que se aplicarán a la adquisición de la empresa por parte de la cooperativa que esos trabajadores integran. La misma ley obliga al Estado a subsidiar a las cooperativas —prestarles apoyo técnico y económico— con el fin de asegurar la continuidad de las empresas cuya titularidad han adquirido. De ese modo, esta nueva ley procura formalizar el proceso de constitución de «fábricas recuperadas» desencadenado, a partir de la gran crisis de 2001/2002, que hasta la sanción de esta ley se constituyeran *de hecho* tras recaer en situaciones de insolvencia (frecuentemente, el Estado confirmaba «ex post» esa apropiación por parte de los trabajadores, expropiando esas empresas y transfiriéndolas en propiedad a estos últimos⁵³).

II.4.3. En el derecho colectivo del trabajo

En el plano de lo colectivo, aquella ley de marzo de 2004 (hito liminar de la política laboral de Néstor Kirchner) restableció el principio de la ultraactividad de los convenios colectivos hasta la concertación de un nuevo convenio que lo reemplace y estableció que una nueva convención concertada a un nivel distinto al del convenio precedente solo podría ser aplicada si proponen condiciones más favorables que las del convenio colectivo anterior *comparación que debe realizarse «institución por institución»*. Se derogaron también las normas que habilitaban con amplitud la negociación colectiva en cualquiera de sus ámbitos y niveles e incorporaba mecanismos de corte descentralizador.

Esa ley reguló además *ex-novo* los conflictos que afecten servicios esenciales para la comunidad, estableciendo que una actividad

53 Se estima que las «fábricas recuperadas» eran, antes de la entrada en vigencia de esta nueva ley, más de 150 y los trabajadores involucrados, unos 13 000.

que no hubiera sido calificada como tal en esa misma ley podría, sin embargo, recibir excepcionalmente esa calificación «por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación»⁵⁴. No fue sino en marzo de 2006 que se dictó el decreto 272 que reglamentó aquella ley en esta materia. En los términos de ese decreto se procedió a la creación de la ahora denominada Comisión de Garantías integrada por cinco miembros «de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional [...]»⁵⁵, «designados por el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) a propuesta de las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y del Consejo Interuniversitario Nacional[...]»⁵⁶ (este último agrupa a los rectores de las universidades públicas). Cada una de las entidades mencionadas debe proponer 3 candidatos, uno de los cuales será elegido y designado por el PEN. Este, además, designará directamente al quinto miembro.

Esa Comisión de Garantías —ya constituida a la fecha de elaboración de este documento— tiene facultades para calificar excepcionalmente como servicio esencial a una actividad no expresamente enumerada en la ley, asesorar a la autoridad de aplicación para fijar los servicios mínimos necesarios cuando las partes no alcanzaren acuerdos suficientes sobre ese particular, pronunciarse —a pedido del Ministerio de Trabajo— sobre cuestiones vinculadas con el ejercicio de medidas de acción directa, expedirse, también a pedido de la autoridad de aplicación cuando las partes involucradas en el conflicto lo soliciten de común acuerdo, y consultar a los entes reguladores de los servicios involucrados, a las asociaciones cuyo objeto sea la protección de los usuarios y a personas o instituciones nacionales y extranjeras expertas en las disciplinas involucradas.

La norma establece además la obligación de la parte que se propusiere ejercer medidas de acción directa de preavisar a la otra parte y a la autoridad de aplicación con cinco días de anticipación. Dentro de ese plazo, las partes en conflicto deben acordar los servicios mínimos que deberán prestarse durante la medida, o comunicar a la autoridad de aplicación los que se hubieran establecido previamente en un convenio colectivo. En defecto de ese acuerdo, los servicios mínimos serán fijados por la autoridad de aplicación en consulta con la Comisión de Garantías. Se prevén sanciones para el caso de incumplimiento de las normas de este decreto.

Hay que decir, no obstante, que en esta materia fue la jurisprudencia la fuente de las novedades más importantes. Se destaca la sentencia de

54 Ley 25.877, artículo 24.

55 Decreto 272, artículo 3.

56 *Ibidem*, artículo 5.

la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Rossi Adriana María c/Estado Nacional–Armada Argentina»⁵⁷ en la que declaró la inconstitucionalidad de la norma que limitaba la protección especial de la ley a los dirigentes y representantes pertenecientes a los sindicatos más representativos, estableciendo que también los dirigentes y representantes de los sindicatos minoritarios debían contar con esa protección. Esta decisión no hizo sino continuar con la importante línea jurisprudencial inaugurada el año anterior por la misma Corte en el caso «ATE»⁵⁸ en el que, de conformidad con reiterados dictámenes de los órganos de control de la OIT, descalificó al régimen sindical argentino por entender que atribuye demasiadas facultades exclusivas al sindicato más representativo, lo cual podría influir indebidamente en la elección por parte de los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse y es por ello contrario al Convenio 87 de la OIT y al artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Afirmandose en esa perspectiva, la Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 41 inciso c de la ley 23.551 que reservaba en exclusividad al sindicato más representativo (el sindicato con «personería gremial») el ejercicio de la representación de los trabajadores en la empresa.

También se encuentran, en línea con los dictámenes de los órganos de control que ponen en cuestión al régimen sindical argentino, dos sentencias recientes de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (autos «Ministerio de Trabajo c/Asociación Sindical de interpretes masivos» y «Ministerio de Trabajo c/Asociación Personal de la Universidad Católica» en las que ese tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 29 y 30 de la ley sindical afirmando que obstaculizan la formación de sindicatos de empresa y de oficio, en flagrante contradicción con el artículo 2 del Convenio 87 que reconoce el derecho de los trabajadores «de constituir las organizaciones que estimen convenientes»). Pocos meses antes de concluirse la elaboración de este documento, la Sala II de la misma cámara declaró a su vez la inconstitucionalidad del recordado artículo 29, en los autos «Ministerio de Trabajo c/Unión de Aviadores de Líneas Aéreas s/Ley de Asociaciones Sindicales», sentencia definitiva No. 99693 del 29 de septiembre de 2011. Más recientemente aun, también la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad de los artículos 48 y 52 de la ley sindical, que reconocen solo a los representantes de sindicatos con personería gremial la protección que allí se consagra contra las represalias que contra ellos pudieran arbitrar los empleadores (sentencia del 5 de Octubre de 2011 en los autos causa L. 93.122, «Sandes, Hugo Raúl c/Subpga S.A. Indemnización por despido» (causa L.93.122)).

57 En autos «Rossi Adriana María c/Estado Nacional–Armada Argentina», (S.C.R. 1717 L. XLI) sentencia del 09/12/2009.

58 En autos «Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo» (S.C.A. 201, L. XL) sentencia del 11/11/2008.

II.4.4. El desempeño de la Corte Suprema de Justicia

Si durante los noventa el papel de la Corte Suprema había de garantizar y acompañar el despliegue de las políticas del Gobierno por entonces en el poder, en la composición que adquiriera a partir del año 2004, luego de la separación —juicios políticos y renuncias mediante— de los jueces más cuestionados, quedó conformada una Corte independiente⁵⁹ que viene desempeñando un rol extremadamente influyente en el control de constitucionalidad de las políticas públicas. La Corte puso esto de manifiesto, por ejemplo, en reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad del régimen de riesgos de trabajo⁶⁰, en el cuestionamiento de la congelación o incremento insuficiente de las jubilaciones que superan su monto mínimo⁶¹, en la preservación de la integralidad de la indemnización por despidos en tanto esté afectada por los topes impuestos por la ley⁶², en la ya recordada declaración de inconstitucionalidad del régimen sindical argentino⁶³, en la recuperación de la responsabilidad de la empresa principal en los procesos de tercerización⁶⁴, en la convalidación del derecho a su reinstalación del trabajador que ha sido víctima de un despido discriminatorio⁶⁵, en la afirmación de la estabilidad del empleado público⁶⁶, en el reconocimiento de las atribuciones de la inspección del trabajo para interpretar las normas que debe considerar a los efectos del ejercicio del acto inspectivo⁶⁷, entre otras decisiones de análoga relevancia. Decisiones que tienen como hilo conductor un declarado compromiso con el sistema de protección laboral, la consideración del *trabajador como sujeto de protección preferente* y la sistemática invocación de normas internacionales del ámbito de la tutela de los derechos humanos y del trabajo en sustento de la afirmación local de esos derechos.

59 Tal vez *demasiado independiente* para el propio Gobierno que tuviera el mérito de recomponerla, y se agravara más tarde de los obstáculos que el tribunal hubo de oponer a sus opciones de política pública («nosotros pusimos esta Corte para otra cosa», dijo textualmente Carlos Zannini, Secretario Legal y Técnico de la Presidencia de la Nación, ver «Zannini sobre Santa Cruz: "Nosotros pusimos esta Corte para otra cosa"». *Clarín*, 9 de septiembre de 2010).

60 Véase, entre otras, las sentencias en autos «Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.», (07/09/2004); «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.», (21/09/2004); «Díaz, Timoteo Filiberto c/ Vaspia S.A.», (07/03/2006); «Arostegui Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.», (08/04/2008); «Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina S.A.», (18/12/2007); «Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/ Taddei, Eduardo y otro», (17/08/2010); «Milone, Juan Antonio c/ Asociat S.A.», (26/10/2004).

61 Ver, entre otras, «Badaro Adolfo Valentín c/Anses s/ reajustes varios», (08/08/2006) y «Rainone de Ruffo, Juana Teresa Berta c/ANSeS», (02/03/2011).

62 Ver «Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/despido», (14/09/2004).

63 Ver *supra* notas 53 y 54, p. 22.

64 Ver «Benítez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero S.A. y otros», (22/12/2009).

65 Ver «Álvarez Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.», (07/12/2010).

66 Ver, entre muchos otros, «Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas», (03/05/2007); «Ruiz, Emilio David c/DGI s/despido», (15/05/2007); «Ramos, José Luis c/Estado Nacional», (06/04/2010); «González Dego c/Ministerio de Trabajo», (05/04/2011); «Cerigliano, Carlos Fabián c/gobierno de la CABA», (19/04/2011).

67 Ver «Aerolíneas Argentinas S.A. c/Ministerio de Trabajo», (24/02/2009).

III. A MODO DE CONCLUSIÓN, UN «BALANCE» SOLO DESCRIPTIVO DEL PROCESO PENDULAR

Como lo señalamos desde el título mismo de este documento, las últimas dos décadas albergaron un proceso pendular: de flexibilización y parcial desmantelamiento del sistema de protección (en los noventa); de recuperación y fortalecimiento a partir de los primeros años de la década del 2000. ¿Qué quedó tras tan asimétrica secuencia?

La primera estrategia de flexibilización externa —la introducción de modalidades contractuales por tiempo determinado— fue íntegramente revertida. Todas esas modalidades fueron suprimidas y solo subsisten hoy aquellas que ya reconocía el ordenamiento histórico, formalizado en 1974 en la LCT, aquellas modalidades que responden a causas objetivas, tales como la limitación temporal de las tareas para las que se requiere el servicio, o su carácter ocasional o extraordinario.

En relación con el régimen del despido en el contrato por tiempo indeterminado, se restituyó la indemnización mínima por despido (antes equivalente a dos meses del salario del trabajador, ahora solo a uno). Se consolidó el período de prueba introducido en los noventa, pero limitado ahora a 3 meses, ese período ya no será susceptible de ser extendido (hasta duplicado) por vía del convenio colectivo.

La técnica de la «disponibilidad colectiva» —la posibilidad, autorizada por la propia ley, de establecer por medio del convenio colectivo condiciones menos favorables que las que aquella prevé— fue sensiblemente limitada. Subsiste, sin embargo, en materia de jornada, permitiendo establecer jornadas promedio —jornada flexible o jornada modulada— mediante los convenios colectivos.

Se redujeron los casos de «deslaborización»⁶⁸ y «desalarización»⁶⁹: subsiste la «deslaborización» de becarios y pasantes pero no ya de la de los aprendices. No fue derogada la de los transportistas (fleteros), que, sin embargo, ha sido ampliamente cuestionada por la jurisprudencia. También las técnicas de «desalarización» han sido severamente limitadas.

Desde la perspectiva procedimental e institucional, conservan vigencia el procedimiento de crisis de empresa (a sustanciarse antes de disponer suspensiones o despidos que alcancen a un número relevante de trabajadores) y la conciliación obligatoria previa a la promoción de las acciones judiciales. También conserva vigencia el régimen de riesgos de trabajo, cuya cobertura fuera «privatizada» mediante su atribución a las denominadas Aseguradoras de Riesgos de Trabajo. Sin embargo, este régimen ha sido objeto, durante la primera década de los 2000, de reiteradas declaraciones de inconstitucionalidad en varias de sus disposiciones, se han incrementado sensiblemente sus prestaciones y

68 De nuevo, tratar a un vínculo dependiente como si no lo fuera.

69 Tratar a un concepto remuneratorio como si no tuviera ese carácter.

el sistema en su conjunto está pendiente de una reforma que atienda aquellos cuestionamientos.

El Salario Mínimo Vital, que se mantuviera invariable durante los noventa en un valor equivalente a los 200 dólares, fue sometido a un sostenido proceso de actualización durante la última década que lo ha llevado a su actual nivel de unos 535 dólares. Los salarios reales de los trabajadores formales evolucionaron positivamente, al socaire de un fortalecimiento significativo del poder de negociación de los sindicatos y consiguiente generalización de la negociación colectiva salarial. Mejoró la situación del empleo —al tiempo de la elaboración de este documento, la tasa de desempleo no supera el 7,5%— y se redujo la tasa de informalidad a poco más del 34%⁷⁰. Las recurrentes micro-reformas producidas durante los últimos años dieron lugar a una fuerte recuperación del sistema de protección mediante el restablecimiento de normas de la LCT que habían sido abrogadas durante los noventa o aún antes, durante la dictadura⁷¹ o la introducción *ex novo* de superiores niveles de tutela⁷².

En materia de derecho colectivo, se derogaron tanto las normas de intervención administrativa (introducidas en la segunda mitad de los noventa) como las legales (que introdujera la ley 25.250 del año 2000) que facilitaban (o imponían) la descentralización de la negociación colectiva. La ultraactividad de los convenios hasta la celebración de uno nuevo fue plenamente restablecida. En materia de conflictos, subsiste la supresión —producida por la ley 25.250— de las normas que obstruían el pleno ejercicio del derecho de huelga, y se fortalece, esta vez en la ley 25.877, la adecuación de la reglamentación de la huelga en los servicios esenciales a los convenios internacionales y los dictámenes de los órganos de control, reconociéndose en este campo específico la necesidad de que las necesidades de intervención sean abastecidas por un «organismo independiente».

Es necesario destacar, por fin, que en los últimos años, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, posteriormente, la de algunos tribunales inferiores, ha puesto en cuestión la legitimidad constitucional del régimen legal del monopolio sindical.

Recibido: 20/12/2011

Aprobado: 9/03/2012

70 Claro progreso respecto de los niveles que se verificaran durante la crisis desencadenada a fines de 2001, pero ahora aparentemente irreductible en esa nueva dimensión.

71 Tales como el derecho del trabajador de pedir el restablecimiento de las condiciones alteradas (o, alternativamente, de darse por despedido) en el caso de excesos en el ejercicio del *ius variandi* o la reposición de la regla del *in dubio pro operario* en la apreciación de la prueba.

72 Como en materia de trabajo de menores o en la reducción de los supuestos que hacen excepción a la aplicación de los límites a la jornada de trabajo.

La reforma del mercado de trabajo en España durante la crisis financiera internacional

The labor market reform in Spain during the international financial crisis

ANTONIO OJEDA & MIGUEL GUTIÉRREZ*

Resumen: La crisis surgida en 2008 ha provocado una acusada degradación del empleo en España y una legislación de emergencia en muy poco tiempo, que se analiza en el estudio.

Palabras clave: reforma laboral – mercado de trabajo – subvenciones al empleo – formación profesional – fondo de compensación individual – contrato único – situación laboral – contrato en prácticas y para la formación – desempleo juvenil – reducción de jornada de trabajo – trabajo a tiempo parcial – agencias de colocación – servicio público de empleo

Summary: The crisis emerged in 2008 has caused a marked degradation of employment in Spain and an emergency legislation in a very short time, which is analyzed in the study.

Keywords: labor reform – labor market – employment subsidies – professional training – individual compensation fund – unique contract – labor situation – contract in practices and training – youth unemployment – reduction of working day – part-time work – employment agencies – Public service of employment

CONTENIDO: I. LA DETERIORADA SITUACIÓN DEL MERCADO LABORAL EN ESPAÑA.- II. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO FRENTE A LA CRISIS.- III. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO Y AGENCIAS DE COLOCACIÓN.- IV. MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL: EL CONTRATO EN PRÁCTICAS Y EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN.- V. EL RÉGIMEN DE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE EMPLEO.- VI. EL FONDO ESPAÑOL DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL: UNA MEDIDA CONTROVERTIDA

* Antonio Ojeda es catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla y Doctor *honoris causa* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social y del Instituto Europeo de Relaciones Industriales. Miguel Gutiérrez es doctor por la Universidad de Sevilla e investigador en el programa ECOGES (Estudio de políticas activas de empleo en Europa) y en el Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía sobre Negociación Colectiva.

I. LA DETERIORADA SITUACIÓN DEL MERCADO LABORAL EN ESPAÑA

La grave crisis económica por la que venimos atravesando a nivel internacional se ha visto agravada sobremanera en España, adquiriendo unas dimensiones aun más amplias que en el resto de países de nuestro entorno. Pudiendo deducirse de los datos macroeconómicos que ofrece nuestro país que la recuperación económica será aun más lenta que en otros país vecinos, tal y como se ha venido a exponer por diversos organismos nacionales e internacionales¹.

A consecuencia del negativo panorama económico que viene a ofrecer nuestro país, la situación del mercado laboral español presenta una situación devastadora y ha convertido al mismo en el principal problema con el que se han de enfrentar las autoridades públicas españolas.

En este sentido, como es consabido, los datos más preocupantes son los referentes al desempleo que viene aumentando de forma importante, y porqué no decirlo, de forma alarmante desde hace más de tres años², lo que ha colocado a España en la peor situación dentro de los países de la Unión Europea, puesto que con una tasa de desempleo por encima del 21%³, llega a duplicar y triplicar la tasa de desempleo de los principales países europeos.

Dentro de nuestras fronteras, el desempleo ha afectado a todas las Comunidades Autónomas, oscilando la tasa de desempleo entre el 11,61% del País Vasco y el 29,68% de Andalucía, la cual lidera un ascenso espectacular de su índice de desempleo, situándose por encima del millón de desempleados⁴.

Además, si acudimos no ya al criterio territorial sino al criterio subjetivo, se puede apreciar cómo si bien el desempleo ha aumentado de forma

1 En este sentido, en el Informe semestral de perspectivas emitido en mayo de 2010 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se contempla que la previsión para 2011 es de una subida del PBI español del 0,9%, siendo la subida pronosticada para los países miembros de aquella de un 2,8% y la media de los países de la Zona Euro de un 1,8% de crecimiento (ver Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico(www.oecd.org). Sitio web oficial de la OCDE; contiene información sobre la organización y enlaces de interés).

2 Téngase en cuenta que la cifra de desempleados no llegaba a los 1,8 millones de desempleados en el tercer trimestre de 2007, situándose la tasa de desempleo en torno al 8,5% (ver *Anuario de estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2007*, (<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>). Sitio web oficial del Ministerio de Trabajo de España.

3 En el primer trimestre de 2011, España presenta una tasa de desempleo del 21,29% y se sitúa en 4.910.200. En los últimos 12 meses la cifra total de desempleados ha aumentado en 297.400. Datos ofrecidos por la Encuesta de Población Activa (EPA) en el primer trimestre de 2011 (ver Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es). Sitio web oficial del instituto; contiene los resultados de todas las encuestas realizadas. En adelante, EPA). A este respecto, ver el informe del Instituto Internacional de Estudios Laborales(IIEL) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Estudios sobre el crecimiento con equidad. España: empleo de calidad para una nueva economía*, donde se destaca que la tasa de desempleo se sitúa 13 puntos porcentuales por encima de la de 2008 (OIT (IIEL). *Estudios sobre el crecimiento con equidad. España: empleo de calidad para una nueva economía*. Ginebra: IIEL, 2011, p. 2. Disponible en línea en el sitio web oficial de la OIT (http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/country_ss.pdf).

4 Datos ofrecidos por la EPA en el primer trimestre de 2011.

significativa en todos los colectivos de desempleados, son los jóvenes, y dentro de ellos los varones, los que están sufriendo de manera más virulenta la crisis del empleo⁵. A este respecto, la tasa de desempleo juvenil española se sitúa por encima del 40%⁶, lo que ha colocado a nuestro país a la cabeza de Europa en lo que a este extremo se refiere, convirtiéndose este en uno de los mayores problemas que han de afrontar los dirigentes españoles, lo cual ha provocado que se pongan en marcha una serie de medidas e iniciativas, con el fin de tratar de atajar esta grave situación que presenta este colectivo, tal y como tendremos la ocasión de examinar posteriormente.

Así pues, en este contexto que presenta el mercado laboral español marcado por la grave situación del desempleo, queremos resaltar que hasta el momento las previsiones de recuperación del empleo en España no son demasiado optimistas, a tenor de las informaciones vertidas por algunos organismos internacionales como es el caso de la OCDE, quien sostiene que aunque el nivel medio de desempleo empiece a bajar en 2012, lo hará de forma muy moderada y se quedará de media en el 19,3%, y no en el 17,4% que había calculado en su informe precedente. De hecho, las previsiones más a largo plazo de la OCDE estiman que la tasa de paro de España se situará en el 14,5% en el cuarto trimestre de 2015 y solo se situará en un nivel similar al anterior a la crisis en 2026, cuando la tasa de desempleo se situará en el 8,9%⁷.

Por otro lado, también debe destacarse, con relación al mercado laboral español, en consonancia con los datos de desempleo, la importante caída en la cifra de personas ocupadas, la cual se sitúa en 18.151.700 personas en el primer trimestre de 2011, lo que supone una tasa de actividad del 59,88%, lo que implica una disminución de aquella con respecto al segundo trimestre de 2010, donde la misma se situó en el 60,11%, lo que suponía un total de 18.476.900 personas ocupadas, esto es, 325.200 personas más ocupadas⁸. En este sentido, por Comunidades Autónomas la tasa de actividad fluctúa entre el 51,43% del Principado de Asturias y el 64,24% de la Comunidad de Madrid⁹.

Al margen de estos datos, otro aspecto a tener en cuenta, en lo que a la situación del mercado de trabajo español se refiere, es que la temporalidad tampoco arroja unos mejores resultados, ya que se puede afirmar que se ha mantenido estable, desde los años ochenta, en sus

5 En este sentido, se pronuncian, entre otros, MORALES ORTEGA, José Manuel. «El régimen de incentivos a la contratación tras la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo». *Temas Laborales*, 107 (2010), pp. 375-405, p. 377.

6 Datos ofrecidos por Eurostat (www.epp.eurostat.ec.europa.eu), base de datos estadísticos de la Comisión Europea, para el año 2010.

7 Informe semestral de perspectivas emitido en mayo de 2011 por la OCDE (www.oecd.org).

8 Datos ofrecidos por la EPA.

9 Datos ofrecidos por la EPA.

altísimos índices, próximos al 25%¹⁰, convirtiéndose de esta forma en un mal endémico de nuestro mercado de trabajo y colocando a España a la cabeza de Europa en lo que a este extremo se refiere. Este dato contrasta, por el contrario, con el empleo a tiempo parcial en nuestro país, el cual sigue siendo poco frecuente en nuestro mercado laboral en comparación con otras economías avanzadas. Tal es así, que este se cifraba en torno al 11,8% en 2009, cuando la media de la OCDE para ese año era del 16,2%¹¹.

Por tanto, los anteriores barómetros que hemos expuesto, sobre todo, con relación a la elevada tasa de desempleo y el elevado índice de temporalidad, vienen a determinar la delicada salud que posee nuestro mercado laboral en estos momentos, tal y como hemos venido anunciando. Ello ha provocado que las autoridades de nuestro país hayan emprendido una importante reforma laboral, sobre todo, a raíz de la aprobación de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, con el fin de poner en marcha aquellos instrumentos necesarios para tratar de revertir la grave situación por la que atraviesa nuestro mercado de trabajo, en especial, en materia de empleo. Si bien, dos rasgos podrían definir esta reforma, por un lado, la misma aparece de manara tardía, puesto que, tal y como ya advirtiera la Unión Europea en 2008, «la crisis sería más severa con aquellos países cuyos Gobiernos no hayan actuado para respaldar el empleo, sino que hayan seguido aplicando la misma política que en tiempos de situación económica normal»¹², tal cual parece haber ocurrido en España. Y, por otro lado, esta reforma no ha venido sino a realizar revisiones parciales de nuestra política de empleo, sin que se haya llevado a cabo una reforma unitaria o conjunta de la política de empleo, rediseñándose la misma¹³. Por lo que se viene afirmando que, realmente, la ansiada reforma en torno a la política de empleo sigue aún por realizar en España¹⁴.

Pese a todo, trataremos de analizar en las próximas páginas aquellas medidas que han sido introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente a través de la ley 35/2010, en materia de política de empleo, con el fin de evitar un aumento en la destrucción de empleo y,

10 En el primer trimestre de 2011 la tasa de temporalidad se sitúa en el 24,77%, según los datos ofrecidos por la EPA.

11 OIT (IIEL). Ob. cit., p. 14.

12 Esto se afirmó en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para la política de empleo de los Estados miembros», DOCE de 17 de noviembre de 2009.

13 A este respecto, MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., p. 379. En esta línea ver MORÓN PRIETO, Ricardo. *Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*. Madrid: El Derecho, p. 8 y MONTOYA MELGAR, Alfredo. «Introducción: crisis económica y reforma laboral». En MONTOYA MELGAR, Alfredo & CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dirs.). *Comentario a la reforma laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 30.

14 No obstante, se viene destacando en el concierto internacional el importante paso dado por nuestro país con la reforma que se ha llevado a cabo del mercado de trabajo aprobada en 2010. En este sentido ver OIT (IIEL). Ob. cit., p. 4.

sobre todo, con el fin de fomentar la inserción de los desempleados en el mercado de trabajo¹⁵, con especial referencia al colectivo más afectado en estos momentos, tal cual es, como sabemos, el de los jóvenes.

97

II. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO FRENTE A LA CRISIS

Aun cuando esta posibilidad ya existía en la legislación laboral española con anterioridad a la reforma de 2010¹⁶, uno de los aspectos más novedosos de la reforma legal introducida en España, en lo que a la regulación del mercado de trabajo se refiere, a través de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, es, precisamente, el referido a la reducción de la jornada como mecanismo para permitir el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económicas, evitando el recurso a las extinciones contractuales por causas económicas. En este sentido, el empleo exitoso de esta medida en otros países, fundamentalmente, en Alemania, donde gracias a la misma el impacto de la crisis en el empleo ha sido menor, ha provocado que dicha medida constituya uno de los escasos puntos de encuentro entre la doctrina laboralista de nuestro país, las fuerzas políticas y los interlocutores sociales, en lo que a la reforma laboral se refiere¹⁷.

Como punto de partida para el análisis de esta medida debemos tener presente que el objetivo de la misma es, por un lado, favorecer la flexibilidad, facilitando el ajuste de las empresas a las necesidades cambiantes del mercado y, al mismo tiempo, proporcionar al trabajador seguridad, tanto en la conservación de su puesto de trabajo como en el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos por la protección dispensada por el sistema de protección por desempleo, tal y como veremos posteriormente¹⁸.

Así, en primer término, desde el punto de vista laboral se ha modificado el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores —en adelante ET— para incorporar expresamente, en su apartado segundo, que «la jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas

LA REFORMA
DEL MERCADO
DE TRABAJO EN
ESPAÑA DURANTE
LA CRISIS
FINANCIERA
INTERNACIONAL

THE LABOR
MARKET REFORM
IN SPAIN
DURING THE
INTERNATIONAL
FINANCIAL CRISIS

15 En este sentido, el preámbulo de la Ley 35/2010, viene a afirmar que «[...] recuperar la senda de la creación de empleo y reducir el desempleo constituye en estos momentos una exigencia unánime del conjunto de la sociedad y, en consecuencia, debe constituir el objetivo último, fundamental, de todas las políticas públicas».

16 En este sentido, ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 46 y VIDAL VIDAL, Joaquín. «Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y las reducciones de jornada con derecho a desempleo parcial». *La Ley*. Publicación en línea, 7560 (2011), p. 1501.

17 FERRANDO GARCÍA, Francisca. «La reducción del tiempo de trabajo (suspensión del contrato y reducción de la jornada) como instrumento de flexibilidad interna». En MONTOYA MELGAR, Alfredo & CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dirs.). Ob. cit., p. 231.

18 A este respecto, ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 46.

o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor».

A tenor de este artículo, el primer aspecto a resaltar en torno a esta medida de reducción de jornada es que no hay lugar a dudas que el cauce a seguir a fin de proceder a la reducción de la jornada por las causas anteriormente indicadas es el expediente de regulación de empleo con independencia del número de trabajadores afectados por la medida. Consecuentemente, para reducir la jornada de trabajo se debe abrir un período de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores, con el objeto de concluir un expediente de regulación de empleo que deberá ser autorizado por resolución de la autoridad laboral y, en caso de que no se concluya ese acuerdo, deberá ser la autoridad laboral la que emita la resolución estimatoria o desestimatoria. Dicho procedimiento solo podrá ser iniciado por el empresario, no estando legitimados para ello los representantes de los trabajadores. A este respecto, la justificación de este procedimiento se encuentra en la necesidad de controlar de forma pública esta medida, teniendo en cuenta el coste público que comporta la misma, básicamente, derivado de las prestaciones por desempleo, tal y como posteriormente veremos¹⁹.

Otro aspecto a tener en cuenta con relación a esta medida es que aquella constituye, en todo caso, una medida provisional, conectada a la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa²⁰. Así pues, la propia naturaleza provisional de esta medida determina la necesidad de que quede sin efecto si, superada la situación de crisis, la empresa incrementa su actividad. A este respecto, debe tenerse en cuenta un aspecto importante, y es que el legislador, a pesar del carácter provisional del que goza esta medida, ha eludido la fijación de un límite temporal máximo a la reducción de jornada, tal y como existe en el modelo alemán. Si bien, esta cuestión podría quedar establecida en el período de consultas, toda vez que los representantes de los trabajadores estarían interesados en limitar su duración al número máximo de días de reposición de la prestación por desempleo, que luego

19 A este respecto, ver FERRANDO GARCÍA, Francisca. Ob. cit., p. 232; VIDAL VIDAL, Joaquín. Ob. cit., pp. 1502-1503, quien advierte que se ha previsto un procedimiento especial para aquellas empresas que carecen de representante legal de los trabajadores y que pueden someterse a expediente de regulación de empleo, aplicándose las previsiones establecidas por la reforma laboral de 2010 para los artículos 40 y 41 del ET, a los cuales nos remitimos. No obstante, para mayor abundamiento en relación a esta cuestión y algunas otras relacionadas con el expediente de regulación de empleo en el marco de la reducción de jornada, ver FERRADANS CARAMÉS, Carmen. «La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a la crisis de empleo». *Temas Laborales*, 107 (2010), pp. 227-264, pp. 250 y ss.

20 Sobre la naturaleza provisional de la medida, ver FERRANDO GARCÍA, Francisca. Ob. cit., p. 235. Asimismo, ver FERRADANS CARAMÉS, Carmen. Ob. cit., pp. 247 y ss.

analizaremos, y, a su vez, el empresario estaría interesado en alcanzar el acuerdo con los representantes de los trabajadores, pues del mismo dependerá la obtención de determinados incentivos, que posteriormente veremos²¹.

No obstante, sin duda una de las novedades más llamativas en esta materia consiste en el establecimiento de unos amplios márgenes para la disminución del tiempo de trabajo. Así, el artículo 47.2 del ET así como los preceptos (203 y 208) de la Ley General de la Seguridad Social —en adelante LGSS—, que regulan la protección por desempleo que después veremos, contemplan aquella posibilidad a un mínimo del 10 y un máximo del 70% de la jornada ordinaria de trabajo, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

En este extremo debemos detenernos brevemente, puesto que podemos observar aquí cierta disfunción entre la regulación que se lleva a cabo en la normativa laboral y en la normativa de Seguridad Social, al regularse en esta última el desempleo parcial en caso de reducción de jornada. Y es que en el primero de los casos, esto es, en el artículo 47.2 del ET, como sabemos, se hace referencia a los límites mínimo y máximo, sin distinción, a la reducción de la jornada ordinaria diaria, semanal, mensual y anual. Mientras que en el segundo caso, esto es, en el artículo 203.3 de la LGSS, se alude a los citados límites, únicamente, como requisitos para considerar la existencia de desempleo parcial, cuando la reducción de la jornada afecta a la disminución del trabajo diario. A este respecto, viene entendiendo la doctrina que como en tantas otras instituciones que vinculan la protección de Seguridad Social a las vicisitudes contractuales, la normativa laboral y de Seguridad Social han de ser interpretadas conjuntamente, exigencia que, en el caso que aquí se trata, determina la necesidad de concluir que los límites mínimo y máximo deberían venir referidos al computo diario de la jornada ordinaria, según precisa la normativa de Seguridad Social²².

En este ámbito de disminución del tiempo de trabajo, un tema que queremos reseñar en estos momentos es si la reducción de la jornada de trabajo puede afectar a los trabajadores a tiempo parcial. En este sentido, el artículo 47.2 del ET no prohíbe esta posibilidad, puesto que dicho precepto únicamente establece límites mínimos y máximos a la reducción de jornada. Desde luego parecería razonable interpretar el artículo 47.2 del ET por analogía con el artículo 21.1 del ET, en el que se establece que la jornada diaria, semanal, mensual o anual de referencia es la ordinaria, y así se desprende de una interpretación conjunta con el artículo 203.3 de la LGSS que expresamente alude, como sabemos, a la jornada ordinaria. Ahora bien, de lo anterior no cabe inferir una prohibición de la reducción de la jornada de los trabajadores a tiempo

21 A este respecto, ver FERRANDO GARCÍA, Francisca. Ob. cit., p. 236.

22 *Ibidem*, p. 240.

parcial. Así pues, un trabajador a tiempo parcial podría ver reducida su jornada en la medida en que la jornada resultante no quedara fuera de los límites establecidos para la reducción de jornada²³.

Por otro lado, otro aspecto a destacar por lo que se refiere a la regulación de esta medida es el hecho de que la medida de reducción de jornada será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de trabajadores afectados. Bajo nuestro punto de vista, este es un elemento importante que contempla la 35/2010, puesto que supone la inclusión en esta institución de las pequeñas y medianas empresas²⁴, las cuales, sin duda, son las mayormente afectadas en este período de crisis económica por el que atraviesa nuestro país.

Asimismo, en otro orden de cosas, con relación a esta institución se debe tener en cuenta que el último inciso del artículo 47.2 del ET prohíbe la realización de horas extraordinarias durante el período de reducción de jornada, salvo fuerza mayor, puesto que si aquellas se realizasen, se entendería que esta medida no es necesaria²⁵. No obstante, en este sentido, se viene suscitando la duda acerca de si la prohibición afecta, únicamente, a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, o a todos los trabajadores de la empresa²⁶.

En otro orden de cosas, queremos analizar, a continuación, la protección por desempleo que lleva aparejada este mecanismo de la jornada reducida, como instrumento destinado a otorgar seguridad al trabajador, al posibilitar el mantenimiento de su nivel de ingresos económicos mientras tenga lugar la disminución del tiempo de trabajo.

En este sentido, en materia de protección social, mediante la reforma introducida por la ley 35/2010 se ha venido a adaptar la regulación del desempleo para hacerla compatible con las reducciones de jornadas. Así, se ha modificado el artículo 208 de la LGSS para determinar que se está en situación legal de desempleo cuando se reduzca temporalmente la jornada diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3 de la LGSS. Por su parte, dicho precepto viene a establecer que existe desempleo parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. Además, el precepto establece que se entiende por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo. Asimismo, el artículo 208.1.3 de la LGSS en concordancia,

23 *Ibíd.*, p. 241.

24 VIDAL VIDAL, Joaquín. *Ob. cit.*, pp. 1502-1503.

25 FERRADANS CARAMÉS, Carmen. *Ob. cit.*, p. 248.

26 FERRANDO GARCÍA, Francisca. *Ob. cit.*, p. 242.

igualmente, con la regulación laboral, a la que aludimos anteriormente, establece como condición esencial para obtener la prestación por desempleo que la reducción de jornada se autorice en virtud del expediente de regulación de empleo²⁷. Por último, en relación con la protección social motivada por la reducción de jornada, se incorpora un nuevo apartado 5 al artículo 210 de la LGSS para determinar que, en el caso de desempleo parcial, la consunción de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días, de manera que el porcentaje consumido sea equivalente al de reducción de jornada autorizada²⁸.

Por último, queremos abordar el tema de los incentivos que se establecen en la ley 35/2010 en relación con la reducción de jornada. El objetivo de estos incentivos parece claro: de un lado, incentivar la opción empresarial por soluciones que entrañan la conservación de los puestos de trabajo y, de otro lado, vencer la reticencia de los representantes de los trabajadores a la adopción de un acuerdo en tal sentido, en el curso, como sabemos, del preceptivo expediente de regulación de empleo²⁹.

En este sentido, podemos destacar entre los incentivos más importantes introducidos por la ley los siguientes³⁰: incremento de la bonificación de cuotas empresariales por contingencias comunes³¹. En este sentido, la ley contempla, entre otras medidas de apoyo a la reducción del tiempo de trabajo, una bonificación del 80% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes cuando la empresa, en los procedimientos de regulación de empleo que haya concluido con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como acciones formativas durante el período de reducción de jornada, cuyo objeto sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, medidas de flexibilidad interna que favorezcan la conciliación, o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa.

27 En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) viene afirmando que la exclusión del derecho a prestaciones por desempleo parcial en los supuestos de reducción de jornada no autorizados en expediente de regulación de empleo, sino fruto de un acuerdo entre empresario y trabajador o impuesta a través del artículo 41 del ET, no comporta la vulneración del artículo 14 CE (ver sentencia del TC número 213/2005, de fecha 21 de julio o auto del TC número 350/2005, de fecha 27 de septiembre).

28 Sobre la protección por desempleo en caso de jornada reducida, ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 47; FERRANDO GARCÍA, Francisca. Ob. cit., pp. 242-243; FERRADANS CARAMÉS, Carmen. Ob. cit., pp. 260-261 o GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. «Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo». *Temas Laborales*, 107 (2010), pp. 407-439, pp. 411 y ss.

29 En torno a los objetivos de estos incentivos, ver FERRANDO GARCÍA, Francisca. Ob. cit., FERRANDO GARCÍA, F.: «La reducción del tiempo de trabajo...», op. cit; p. 248.

30 Con relación a estos incentivos, ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., pp. 47-48; VIDAL VIDAL, Joaquín. Ob. cit., p. 1502; GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Ob. cit., pp. 414 y ss. y FERRANDO GARCÍA, Francisca. Ob. cit., pp. 247 y ss.

31 La ley 27/2009, de fecha 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, introdujo en su día la bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situación de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada, autorizadas en expediente de regulación de empleo o tramitadas de conformidad con la ley concursal.

Asimismo, se flexibilizan las condiciones de acceso a las bonificaciones al reducirse el requisito del compromiso de mantenimiento del empleo de un año a tan solo seis meses, cuando se trate de acuerdos concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 35/2010.

Por otro lado, se establece en 180 días el límite máximo de derecho de reposición, en caso de que tras un período de consumo de prestaciones por desempleo por reducción de jornada en expediente de regulación de empleo autorizado, finalmente, se autorice la extinción del contrato en expediente de regulación de empleo o resolución judicial en procedimiento concursal.

Hasta aquí, los rasgos más destacados que vienen a configurar esta medida a raíz de la reforma laboral introducida en 2010 en nuestro país, de la misma se espera que contribuya a frenar la destrucción de empleo que viene teniendo lugar en nuestro país desde hace más de tres años, aun cuando, quizás, las estipulaciones acerca de esta medida lleguen algo tarde, puesto que ha sido masiva la pérdida de puestos de trabajo en los últimos tiempos en nuestro país, como sabemos. Por ello, los mayores esfuerzos quizás deban centrarse en estos momentos en poner en marcha aquellas medidas necesarias para recuperar los puestos de trabajo destruidos, esto es, para lograr la inserción de los desocupados en el mercado de trabajo, siendo este uno de los aspectos que consideramos clave en la política de empleo de nuestro país. Es por ello, por lo que analizaremos, a continuación, las medidas que se contemplan en la ley 35/2010, precisamente, con ese objetivo de fomentar la inserción y la contratación de los desempleados, y en especial, de los colectivos más afectados por el desempleo, destacando, sobremanera, la población juvenil.

III. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO Y AGENCIAS DE COLOCACIÓN

En este sentido, ante la alta tasa de desempleo que presenta nuestro país, la cual se sitúa, como sabemos, por encima del 20%, la reforma aprobada en España, a través de la ley 35/2010, viene a establecer como objetivo esencial de dicha reforma la contribución a la reducción del desempleo, contemplándose en esta ley entre las medidas destinadas a dicho fin una serie de disposiciones que pretenden la mejora de los mecanismos de intermediación laboral³².

Tales medidas, tal y como ahora veremos, se centran, básicamente, en: coadyuvar a la modernización de los Servicios Públicos de Empleo,

32 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «Servicio público de empleo y agencia de colocación». En CAVAS MARTÍNEZ, Faustino & José LUJÁN ALCARAZ (coords.). *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*. Murcia: Laborum, p. 223. En la misma línea, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. «El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación». *Relaciones Laborales*, 3 (2011), pp. 1-14, p. 2.

mejorando su eficiencia y eficacia en la intermediación laboral, permitir la colaboración público-privada, especialmente, a través de la regulación legal de la actividad de las agencias de colocación con ánimo de lucro e incluir en el concepto de intermediación laboral a las empresas de recolocación o *outplacement*.

Así, en primer término, por lo que se refiere a los servicios públicos de empleo, se viene advirtiendo en torno a los mismos la deficiente cooperación existente entre las instituciones que integran el Servicio Nacional de Empleo (SNE) y la escasez de los recursos de toda índole asignados a estas instituciones. No basta solo con preservar la centralidad de los Servicios Públicos de Empleo ni reconocer su carácter imprescindible para promover los cambios en el acceso al empleo. Tampoco es suficiente, conforme establece la disposición adicional decimoséptima de la ley 35/2010, afirmar que el Gobierno seguirá reforzando los servicios públicos de empleo mediante la mejora de sus recursos humanos, tecnológicos y organizativos y de la red de oficinas. Además de todo ello, resulta imprescindible que las declaraciones acerca de la existencia de una efectiva voluntad política de potenciar y perfeccionar tales servicios se acompañen de medidas eficaces, capaces de plasmar en el orden económico, organizativo y humano esa voluntad³³. Esta parece ser la dirección hacia la que se encamina, con el objeto de tratar de modernizar aquellos servicios, mejorando de este modo la eficiencia de los mismos en el marco de la intermediación laboral, el artículo 13 de la ley 35/2010, que autoriza al Gobierno para aprobar, como ya lo hiciera en su momento la Disposición Adicional Primera del Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de Medidas Urgentes para el Mantenimiento y el Fomento del Empleo y la Protección de las Personas Desempleadas, una nueva prórroga, por dos años más, del Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral³⁴, referida, exclusivamente, a la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo³⁵. Lo que viene a significar la posibilidad de otorgar una atención más personalizada y de realizar itinerarios individuales de inserción laboral para las personas desempleadas o expuestas a su exclusión del mercado laboral. Dicha medida es de aplicación en todo el territorio del Estado y su gestión se realizará por

33 A este respecto, ver VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «La reforma de la intermediación laboral». *Relaciones Laborales*, 21-22 (2010), pp. 129-157, p. 225.

34 En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 del Real Decreto ley 2/2008, de 21 de abril, de Medidas de Impulso a la Actividad Económica, autorizaba al Gobierno la aprobación, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros, de un Plan Extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, destinado a incrementar la contratación laboral y el reforzamiento de la estabilidad profesional tanto de las personas desempleadas como de las expuestas a su exclusión del mercado laboral. Dicho Plan fue aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008.

35 Sin embargo, a pesar de los esfuerzos por contratar más personal el número de beneficiarios por funcionario a cargo se aproxima a 450/1 en los servicios públicos de empleo españoles, tasa que se encuentra entre las más elevadas de los países europeos (ver OIT (IIEL). Ob. cit., p. 9).

las Comunidades Autónomas con competencias estatutariamente asumidas en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación y por el Servicio Público de Empleo estatal.

No obstante, a pesar de este intento por aumentar la eficiencia de los servicios públicos de empleo, el cual no parece que resulte ni mucho menos suficiente³⁶, uno de los aspectos más importantes que se contemplan en este terreno, en esta ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo, es, sin duda, la admisión de la colaboración público-privada en la intermediación laboral, concediéndose un amplio margen de actuación a las agencias privadas de colocación, incluidas, ahora, (y ahí estriba una de las novedades más destacadas en esta materia) las de carácter lucrativo.

Así, por lo que se refiere a la temática de las agencias de colocación, la ley 35/2010 viene a modificar diversas disposiciones de la ley 56/2003, de 16 de diciembre, Ley de Empleo, estableciendo, en concreto, en el nuevo apartado 1 del artículo 21 bis de aquella ley que se entenderá por agencia de colocación aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen actividades de intermediación laboral. Consistiendo esta, a tenor de lo dispuesto por el artículo 20 de la citada Ley de Empleo, en el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación. Por tanto, la ley, como uno de sus cambios más significativos, elimina, tal y como ya apuntamos, la prohibición de las agencias de colocación con ánimo lucrativo, contemplando expresamente las mismas³⁷.

Al margen del reconocimiento expreso de las agencias de colocación con fines lucrativos, debe tenerse en cuenta otro aspecto importante en torno a las agencias de colocación, y es que la Ley contempla la posibilidad de que estas puedan desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, entre las cuales se mencionan la orientación y formación profesional y la selección de personal³⁸. Si bien, se consideran, en todo caso, estas actividades, secundarias y accesorias, pudiendo ser desarrolladas las mismas por entidades que no reúnen la condición de agencia de colocación. Además, en este terreno, debe resaltarse que la

36 En este sentido, Valdés advierte que la medida formulada en el artículo 13 de la ley resulta de una manifiesta deficiencia al hacerse en soledad (ver ob. cit., p. 225). Téngase, además, en cuenta que el gasto en España en el Servicio Público de Empleo, expresado como porcentaje del gasto en programas activos del mercado de trabajo, es inferior al 18%, lo cual contrasta con países como Alemania que invierten más del 35% (ver OIT (IIEL). Ob. cit., p. 9).

37 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 229; FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación». En MONTOYA MELGAR, Alfredo & CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dirs.). Ob. cit., pp. 378-379 y RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, Miguel. Ob. cit., p. 2.

38 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», p. 380 o MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 58.

expresión búsqueda de empleo debe entenderse de manera concordante con la norma que la inspira, esto es, el artículo 1.1.c del Convenio 181 de la OIT, por lo que quedan fuera del campo de aplicación de esta expresión las actuaciones destinadas a emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, esto es, la empresa usuaria, que determine sus tareas y supervise la ejecución de aquellas. Así, las agencias de colocación no podrán actuar simultáneamente como Empresas de Trabajo Temporal³⁹.

No obstante, debe tenerse presente que la Ley mantiene el carácter de servicio público de la intermediación laboral, puesto que, tal y como en seguida veremos, a las agencias de colocación se les va a exigir para el desarrollo de sus actividades de intermediación una autorización otorgada por el Servicio Público de Empleo, y, además, las mismas, tal y como veremos, podrán actuar bien como colaboradoras de los servicios públicos de empleo, bien de manera autónoma pero coordinada con los mismos.

Así, en primer término, por lo que se refiere a la autorización administrativa con la que deben contar dichas agencias para desempeñar su actividad, la Ley establece que el desempeño de las actividades de intermediación como agencias privadas queda condicionado, al igual que con el real decreto 735/1995, a la obtención de una autorización del Servicio Público de Empleo. Si bien, la regulación de dicha autorización se establece reglamentariamente, en concreto, a través del real decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Viniendo, únicamente, la ley a especificar que la autorización será única y válida en todo el territorio nacional, que el órgano administrativo competente para su concesión variará en función de que la agencia actúe en diferentes Comunidades Autónomas (Servicio Público de Empleo estatal) o en una única Comunidad Autónoma (órgano equivalente de la Comunidad Autónoma), y que el silencio administrativo determinará la desestimación de la solicitud. En este sentido, entre las puntualizaciones más destacadas que efectúa la norma reglamentaria, queremos destacar, en estos momentos, que dicha norma establece que, igualmente, deberán solicitar autorización las entidades que casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos, correspondiendo en este caso la autorización al Servicio Público de Empleo estatal. Asimismo, se prevén en el capítulo III de dicha norma reglamentaria los procedimientos de concesión, ampliación y extinción de la autorización⁴⁰. Además, se dispone en la norma reglamentaria que la información relativa a las autorizaciones concedidas, así como las autorizaciones para la modificación del ámbito

39 VALDÉS DAL-RE, Fernando. Ob. cit., p. 231.

40 La Ley establece como infracción muy grave ejercer actividades de intermediación que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa.

de actuación de las agencias de colocación, al objeto de que pueda ser conocida tanto por los servicios públicos de empleo como por la ciudadanía, quedará integrada en el espacio telemático común recogido en el artículo 6, dentro del sistema de información de los servicios públicos de empleo⁴¹.

En segundo término, uno de los extremos más relevantes, en lo que se refiere a la actuación de las agencias de colocación, es que aquellas, tal y como ya hemos esbozado, pueden actuar bien como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo o bien pueden actuar de manera autónoma pero coordinada con dichos servicios.

En este sentido, en cuanto a la posibilidad de que dichas agencias actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, la ley 35/2010 prevé que para poder realizar actividades de intermediación laboral como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, las agencias de colocación habrán de suscribir un convenio de colaboración, el cual regirá la relación de colaboración, concretando las particularidades de la misma⁴². En este sentido, el real decreto 1796/2010 contiene en su capítulo IV una regulación específica de las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo. Así, dicha norma regula en su artículo 18 el objeto y el contenido de los convenios de colaboración, señalando el apartado 1 de dicho artículo que los convenios de colaboración tendrán por objeto la determinación de las actividades a desarrollar por las agencias de colocación que actúen como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, especificándose en el apartado 2 del mencionado artículo 18 el contenido mínimo de dicho convenio, el cual viene a ser el siguiente: ámbito de aplicación; duración, que podrá ser de uno a dos años; descripción de las acciones concretas a desarrollar; forma de financiación de las acciones objeto del convenio, con expresión de su vinculación a los resultados fijados; los medios materiales, humanos y económicos que empleará la agencia para acometer las acciones previstas; colectivos de demandantes destinatarios de los servicios; seguimiento y evaluación; definición de los sistemas de comunicación de la información; mecanismos de comunicación para dar cumplimiento a la obligación que tienen las agencias de colocación de comunicar las incidencias que se produzcan en relación con las obligaciones de

41 Sobre la autorización necesaria y su desarrollo reglamentario ver, FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», pp. 383-384. Y, especialmente, por lo que se refiere al desarrollo reglamentario de dicha autorización, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. Ob. cit., pp., 8-9 y GARCÍA NINET, José Ignacio & SALIDO BANÚS, José Luis. «Intermediación laboral y agencias de colocación y de recolocación privadas. Comentario al RD 1796/2010, de 30 de diciembre». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Publicación en línea, 24 (2011), pp. 17 y ss.

42 A este respecto, ver FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «Servicio público de empleo y agencia de colocación». Ob. cit., p. 231; VALDÉS DAL-RE, Fernando. Ob. cit., p. 232 y GARCÍA NINET, José Ignacio & SALIDO BANÚS, José Luis. Ob. cit., pp. 24 y ss.

las personas trabajadoras y de las personas solicitantes y beneficiarias de prestaciones por desempleo⁴³; los indicadores de eficacia definidos en función de la Disposición Adicional primera del real decreto 1796/2010⁴⁴; y el procedimiento y trámite para su modificación, así como la determinación de las causas extintivas. Por su parte, el artículo 19 del mencionado real decreto especifica que los servicios públicos de empleo podrán establecer, en su correspondiente ámbito territorial, el procedimiento para suscribir convenios de colaboración con las agencias autorizadas para operar dentro del mismo. Este procedimiento podrá consistir en la concesión de subvenciones públicas, contratación administrativa o cualquier otra forma jurídica ajustada a la normativa estatal y autonómica⁴⁵.

Al margen de las premisas anteriores, es importante resaltar en este terreno que los servicios prestados por las agencias de colocación como colaboradoras de los servicios públicos de empleo serán gratuitos tanto para el empresario como para los trabajadores, lo que implica que la suscripción de convenios se vincula a la aportación de recursos financieros públicos⁴⁶. Así, la prohibición de percepción, por parte de esta modalidad de agencia de colocación, de contraprestación alguna ha de ser entendida en un doble sentido. De un lado, es general, afectando no solo a honorarios o tarifas, sino, también, a todo tipo de gastos sea cual fuere su causa. De otro lado, es universal, resultando aplicable a todo tipo de agente intermediador, incluidas las agencias de colocación sin ánimo de lucro⁴⁷.

43 En estos casos, las obligaciones previstas en materia de seguridad social, esto es, participar en trabajos de colaboración social, renovar la demanda de empleo y comparecer, cuando haya sido previamente requerido, devolver el correspondiente justificante de haber cumplido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo, podrán ser exigidas o cumplidas ante las Entidades Gestoras, los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos (artículo 231 de la LGSS en la redacción dada por la ley 35/2010). Ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 59.

44 Dicha disposición establece que los indicadores de eficacia de las agencias de colocación contemplarán, al menos, los siguientes aspectos: número de personas atendidas, número de personas atendidas perceptoras de prestaciones por desempleo, número de personas atendidas pertenecientes a colectivos con dificultades de inserción, número de ofertas y puestos de trabajo captados como resultado de su actividad de intermediación, número de ofertas y puestos de trabajo cubiertos con las personas atendidas como resultado de su actividad de intermediación, número de contratos de trabajo suscritos por las personas atendidas, número de contratos de trabajo indefinidos suscritos por las personas atendidas, y otros indicadores correspondientes al resto de servicios ofrecidos por la agencia. Dichos indicadores serán evaluados cada dos años a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre las agencias y los servicios públicos de empleo. En este sentido, Rodríguez-Piñero afirma que la previsión de unos indicadores de eficacia de las agencias de colocación a efectos de suscripción de posibles convenios de colaboración entre las agencias y los servicios públicos de empleo puede ser en el futuro un factor muy relevante para asegurar una selección objetiva de agencias de colaboración en régimen de libre concurrencia (ver RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. Ob. cit., p. 13).

45 Sobre el desarrollo reglamentario de las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos, ver FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», pp. 386-387 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. Ob. cit., pp. 11-13.

46 *Ibidem*, p. 13.

47 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 241.

Por último, como colofón al tratamiento del papel de las agencias de colocación como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo, queremos referirnos al tipo de agencias que pueden suscribir el correspondiente convenio de colaboración, obteniendo así la condición de agencia colaboradora. En este sentido, se ha venido entendiendo, aun cuando la ley 35/2010 no se pronuncia sobre este extremo, que las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro no pueden aspirar a ser calificadas como agencias colaboradoras, siéndoles de aplicación la consideración de agencias autónomas, a las que seguidamente aludiremos. Pudiendo deducirse aquella conclusión de una interpretación conjunta del fin que anima la constitución de este tipo de agencias y del tratamiento del régimen económico de la intermediación laboral enunciado en el artículo 22.4 de la Ley de Empleo, que, como hemos adelantado, establece la gratuidad de los servicios de intermediación laboral realizados por los servicios públicos de empleo o sus entidades colaboradoras⁴⁸. No obstante, sobre la anterior cuestión se ha pronunciado el real decreto 1796/2010, restringiendo la actuación como colaboradoras de las agencias privadas con ánimo de lucro, al establecerse en el artículo 17 f) de la citada norma la exigencia de la acreditación de actividades realizadas con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo, que se configura como un requisito para poder suscribir convenios. Si bien, se viene advirtiendo que es esta una exigencia no contemplada en la ley y que es contraria a su espíritu y, posiblemente, discriminatoria y es producto de la desconfianza en el pasado hacia las agencias privadas de colocación⁴⁹.

Por otro lado, tal y como ya hemos advertido, las agencias de colocación pueden actuar de manera autónoma pero coordinada con los servicios públicos de empleo, no teniendo ya que ser necesariamente colaboradoras del servicio público correspondiente. A partir de la ley 35/2010 las agencias de colocación aunque gestionen un servicio de carácter público y estén sometidas a una necesaria autorización realizan autónomamente una actividad económica, operando en el mercado⁵⁰. Si bien, uno de los aspectos más destacados en este sentido es que la decisión del trabajador de acudir a los servicios de intermediación de estas agencias de colocación autónomas resulta económicamente neutra, pues no le puede ocasionar coste alguno. De tal forma que se establece como infracción muy grave exigir a los trabajadores coste o contraprestación por los servicios prestados. Sin embargo, si esa misma decisión de acudir a las agencias de colocación autónomas, al margen de

48 L. cit.

49 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. Ob. cit., p. 12.

50 Sobre la posibilidad de actuar las agencias de colocación de manera autónoma, ver FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», p. 382; MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 58 o RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. Ob. cit., p. 5.

que tengan o no ánimo lucrativo, es adoptada por el empresario, esta es onerosa para él, al cual estas entidades pueden requerir por los servicios prestados todo tipo de contraprestación, sin limitación cuantitativa ni objetiva. A este respecto, debe tenerse en cuenta que si la agencia de colocación privada no tiene fines lucrativos ello no significa la gratuidad de sus servicios, pues puede requerir la compensación de los gastos ocasionados por la intermediación⁵¹.

Por otro lado, una vez delimitadas las modalidades de agencias de colocación, ya sea como entidades colaboradoras de los servicios públicos ya sea como entidades autónomas pero coordinadas con estos, debe resaltarse el conjunto de obligaciones a las que la ley viene a someter a dichas agencias. Así, junto con las obligaciones genéricas que pueden derivarse de la regulación de las agencias de colocación desarrolladas reglamentariamente en el artículo 5 del real decreto 1796/2010 y las obligaciones específicas de las agencias de colocación colaboradoras de los servicios públicos de empleo determinadas reglamentariamente en el artículo 17 del real decreto 1796/2010, la ley establece una serie de obligaciones con la intención de controlar su actividad⁵²:

- Informar a los servicios públicos de empleo acerca de las demandas y las ofertas de empleo.
- Asegurar el respeto de la intimidad y dignidad de los trabajadores en el tratamiento de los datos, conforme a la normativa aplicable.
- Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de los colectivos prioritarios, con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, que concluyan con la colocación de aquellos, tales como jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes.
- Disponer de sistemas electrónicos compatibles y complementarios con los servicios públicos de empleo, con lo que se contribuirá a la obtención de un servicio más rápido y eficaz.
- Garantizar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social.
- Observar las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad, haciendo especial hincapié en evitar su exclusión en el acceso al empleo.
- Con el establecimiento de este conjunto de obligaciones se busca obtener cierta coordinación y colaboración con los servicios públicos de empleo, pero, sobre todo, se persigue que a raíz de

51 En este sentido, ver VALDÉS DAL-RE, Fernando. Ob. cit., p. 241 y FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «Servicio público de empleo y agencia de colocación», p. 234.

52 Ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 58; FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «Servicio público de empleo y agencia de colocación», pp. 230-231 o VALDÉS DAL-RE, Fernando. Ob. cit., p. 233.

la legalización de las agencias de colocación con ánimo de lucro, los servicios públicos de empleo no se conviertan en oficinas de asistencia social de intermediación, mientras que las agencias privadas colocan a los desempleados más cualificados. Es por ello, que la ley, tal y como hemos expuesto, obliga a las agencias de colocación a hacer especial hincapié en evitar la exclusión en el acceso al empleo de los discapacitados y a elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de los colectivos prioritarios que concluya con la colocación de aquellos. Si bien, se viene echando en falta que el desarrollo reglamentario no haya especificado los términos en los que se concretan aquellas obligaciones, pues no se ha fijado una cifra máxima de colocación para estos colectivos, considerados prioritarios, que podía haber sido un tanto por ciento basado en el resultado final de colocaciones de la agencia, ni tampoco se condiciona específicamente la renovación o el mantenimiento de la autorización por parte de los servicios públicos de empleo a su cumplimiento, ya que el artículo 14.1.a del real decreto 1796/2010 alude únicamente a la extinción de la autorización por incumplimiento por parte de la agencia de colocación de cualquiera de los requisitos u obligaciones legal o reglamentariamente establecidos⁵³.

Como ya advertíamos al comienzo de este apartado, una de las grandes aportaciones al concepto de intermediación laboral es la inclusión en el mismo de las actividades destinadas a la recolocación, lo que supone cumplir legalmente con uno de los objetivos fundamentales de la intermediación laboral: la recolocación de los trabajadores⁵⁴. Así, la ley 35/2010 en su artículo 14, en la nueva redacción dada al artículo 20.2 de la Ley de Empleo, establece que se entiende igualmente como intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en proceso de reestructuración empresarial cuando aquella hubiese sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación. Por decirlo en otros términos, también tienen la consideración de agentes mediadores en el mercado de trabajo las empresas de *outplacement*.

En este sentido, la actividad de recolocación o de *outplacement* proporciona servicios de apoyo, información y asesoramiento al trabajador para la búsqueda de un nuevo empleo lo más adecuado posible a su perfil y preferencia en el menor tiempo posible, reduciendo

53 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», pp. 385-386. Asimismo, ver GARCÍA NINET, José Ignacio & SALIDO BANÚS, José Luis. Ob. cit., p. 14.

54 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», p. 374.

así los perjuicios económicos y psicológicos que genera toda situación de despido⁵⁵.

El *outplacement* es conocido desde los años sesenta en el mercado de trabajo norteamericano y exportado más tarde a Europa, donde desde las instituciones comunitarias se considera como una buena práctica el recurso, en situaciones de reestructuración empresarial, a fórmulas y técnicas destinadas a asegurar una eficiente transición entre empleo y desempleo o a garantizar una adecuada gestión de la trayectoria profesional. Es más, entre las medidas de seguridad en la vida profesional del trabajador en las propuestas de flexiseguridad para el mercado de trabajo en la Unión Europea, se encuadran las medidas que facilitan el proceso de búsqueda de empleo y permiten al trabajador evaluar su situación y competencias y perfeccionar el proceso de búsqueda, a través de un plan personalizado. Las ayudas a la recolocación han venido así a ser consideradas como garantías para el trabajador en el momento de la extinción del contrato, siendo estas medidas más efectivas que las tradicionales indemnizatorias⁵⁶. En tal sentido, las medidas de recolocación se han venido desarrollando desde hace tiempo en Europa, tal cual es el caso, del modelo austriaco e, igualmente, se han venido desarrollando en nuestro país desde hace más de dos décadas, a través de empresas de recursos humanos o consultoras, convirtiéndose sus servicios en un elemento habitual en los planes sociales de los expedientes de regulación de empleo⁵⁷. Si bien, la actividad de recolocación no ha venido gozando de un reconocimiento legal expreso, como sabemos, hasta la normativa de 2010.

A este respecto, como ya hemos advertido, la ley 35/2010 delimita el concepto de intermediación laboral a la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resulten excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación. Por tanto, del precepto legal se desprenden varias conclusiones: primero, que la fuente de intervención de las empresas de recolocación u *outplacement* puede ser bien la decisión unilateral del empresario (establecida), bien el acuerdo, individual (acordada con los trabajadores) o colectivo (acordada con sus representantes)⁵⁸. Segundo, los medios en los que ha de quedar plasmada la fuente son los planes sociales o los programas de recolocación.

55 Sobre el mismo, ver SASTRE CASTILLO, Miguel Ángel. «Outplacement: una aproximación a su realidad teórica». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 6 (1995), pp. 185-199, p. 187.

56 SÁEZ LARA, Carmen. «Espacio y funciones de las empresas de recolocación». *Temas Laborales*, 107 (2010), pp. 337-373, p. 339.

57 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación» p. 375 y SÁEZ LARA, Carmen. *Ob. cit.*, p. 341.

58 No obstante, se entiende que no parece que pueda utilizarse la recolocación en supuestos de expedientes de regulación de empleo con plan social, que deben ser resueltos por la autoridad

111

LA REFORMA
DEL MERCADO
DE TRABAJO EN
ESPAÑA DURANTE
LA CRISIS
FINANCIERA
INTERNACIONAL

THE LABOR
MARKET REFORM
IN SPAIN
DURING THE
INTERNATIONAL
FINANCIAL CRISIS

Y tercero, que las fuentes y los medios han de insertarse en procesos de reestructuración empresarial, no pudiendo recurrirse a empresas de recolocación cuando la pérdida del empleo de los trabajadores se deba a situaciones ajenas a la reestructuración empresarial⁵⁹.

Asimismo, se hace necesario aclarar el sentido o el significado que debe atribuirse a las expresiones reestructuración empresarial y programas de recolocación. Así, en el primer caso, por reestructuración empresarial, al amparo del artículo 64.5 a) del ET, ha de entenderse las decisiones adoptadas por las empresas de reordenar su plantilla, con cese de la misma, sea total o parcial, siempre que resulte definitivo, incluyéndose en este concepto tanto los despidos colectivos como los despidos objetivos plurales. Siendo irrelevante el número de trabajadores afectados a estos efectos. En segundo término, por programas de recolocación puede entenderse cualquier proyecto unilateralmente adoptado por el empresario o convenido con los trabajadores o sus representantes, que prevea un conjunto ordenado de acciones destinadas a asesorar, formar u orientar profesionalmente a trabajadores excedentes de procesos de reestructuración con vistas a asegurar su reinserción en el mercado laboral. Por tanto, se puede entender que los programas de recolocación pueden formar parte de los planes sociales o también pueden haberse acordado o establecido al margen de aquellos, lo que sucederá en los supuestos en los que la empresa que se reestructura no esté obligada a presentar un plan social en el marco de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE)⁶⁰ o cuando la reestructuración se lleve a cabo a través del despido objetivo⁶¹.

Por otro lado, el real decreto 1796/2010, que desarrolla, como sabemos, las agencias de colocación, con respecto a las empresas de recolocación puntualiza en su artículo 2 que estas son agencias de colocación especializadas y estarán sometidas al régimen legal y reglamentario establecido con carácter general para las agencias de colocación. Por lo que cabe entender que las empresas de recolocación que actúen en los supuestos concretos de recolocación de trabajadores excedentes en procesos de reestructuración empresarial únicamente pueden actuar como agencias de colocación acogiéndose al régimen legal y reglamentario establecido. Por lo que *a sensu contrario*, cabe afirmar que las empresas y consultorías que hasta la fecha habían venido desarrollando actividades de recolocación pueden continuar haciéndolo siempre que no se trate de la recolocación de trabajadores excedentes

laboral al no haberse concluido con acuerdo el correspondiente período de consultas (GARCÍA NINET, José Ignacio & SALIDO BANÚS, José Luis. Ob. cit., p. 14).

59 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 236.

60 Así, el artículo 51.4. párrafo segundo del ET establece que, en todo caso, en las empresas de 50 o más trabajadores se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente de regulación de empleo un plan de acompañamiento social.

61 L. cit.

en procesos de reestructuración empresarial, para lo que la empresa tendría que convertirse en una agencia de colocación, siendo necesaria la correspondiente autorización por parte de los servicios públicos de empleo⁶².

Por último queremos poner de manifiesto que entre las ventajas del *outplacement* suele afirmarse que contribuye a disminuir el tiempo de paro del desempleado, si bien no hay una garantía absoluta de éxito, pues la situación de crisis actual reduce este nivel de éxito. Así, se puede apreciar cómo los datos que se refieren a España cifran en un 57% los candidatos que encontraron nuevo puesto de trabajo en 2009, frente al 65% alcanzado en 2008. Si bien, se afirma, que lo relevante es que el 76% consigue colocación antes de un año. Incluso se han descrito efectos positivos sobre las perspectivas salariales de los trabajadores que se benefician de estos programas o servicios⁶³. De ahí que, el buen funcionamiento de los servicios de *outplacement* parece haber despertado al legislador a regular expresamente estos servicios, tal y como hemos analizado. Si bien aun queda un largo camino por recorrer, de modo que debiera llevarse a cabo una regulación más exhaustiva de las actividades de recolocación⁶⁴.

LA REFORMA
DEL MERCADO
DE TRABAJO EN
ESPAÑA DURANTE
LA CRISIS
FINANCIERA
INTERNACIONAL

THE LABOR
MARKET REFORM
IN SPAIN
DURING THE
INTERNATIONAL
FINANCIAL CRISIS

IV. MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL: EL CONTRATO EN PRÁCTICAS Y EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN

Tal y como ya hemos expuesto, uno de los principales colectivos afectados por la desmesurada tasa de desempleo que viene experimentando nuestro país hace más de dos años, fruto de la crisis económica y financiera por la que estamos atravesando, es el colectivo de los jóvenes, que sufre una tasa de desempleo que se sitúa por encima del 40%, lo que ha colocado a nuestro país a la cabeza de Europa en lo que a este extremo se refiere. De ahí que no hayan faltado en el diseño de la reforma laboral que se ha llevado a cabo en nuestro país medidas específicamente dirigidas a paliar la gravísima situación de desempleo que padece este sector de la población activa. En este sentido, el legislador ha venido a incidir sobremedida en los contratos formativos en sus dos modalidades clásicas, esto es, el contrato en prácticas y el contrato para la formación, con el claro objetivo de potenciar su uso como herramienta capital de incentivación de la inserción laboral de los trabajadores jóvenes. Por

62 FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén. «La intermediación laboral en la reforma de 2010: servicio público de empleo, políticas de empleo y agencias de colocación», p. 381.

63 SÁEZ LARA, Carmen. Ob. cit., p. 347.

64 En esta línea, ver DE VICENTE PACHÉS, Fernando. «Intermediación laboral y agencias de colocación». Comunicación presentada a la II Ponencia «Reformas en materia de políticas activas de ocupación». Sesión 1, «La intermediación laboral». XXII Jornadas catalanas de Derecho Social: «Las reformas laborales de 2010», Lleida: marzo de 2011, p. 10.

tanto, procederemos a continuación al análisis por separado de cada uno de estos contratos, con el fin de examinar las modificaciones más significativas introducidas a este respecto en cada uno de ellos.

Así, por lo que se refiere al contrato en prácticas, que tiene como finalidad la aportación de conocimientos prácticos al bagaje teórico que ya se acredita a través de la oportuna titulación⁶⁵, sin que se precise, pues, una formación teórica adicional, la ley 35/2010 viene a modificar su regulación, contenida en el artículo 11.1 del ET, en diferentes aspectos, de los cuales consideramos fundamentales: la ampliación de los títulos habilitantes para concretar un contrato en prácticas y del período en el que se puede celebrar el mismo y el establecimiento de diferentes limitaciones a dicho contrato.

Por tanto, en primer término, por lo que se refiere a la titulación habilitante para poder concertar este tipo de contratos, siendo esta la esencia de este contrato cuyo bagaje de conocimientos debe ponerse en práctica en una empresa, la ley amplía el círculo de sujetos que pueden celebrar un contrato en prácticas, al aumentar el elenco de títulos que permiten concretar este tipo de contratos.

Así, con anterioridad a la reforma de 2010 solo resultaban admisibles para poder celebrar este contrato los títulos universitarios y los de formación profesional de grado medio o superior, así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes «que habiliten para el ejercicio profesional»⁶⁶. Mientras que a raíz de la reforma operada en 2010 se añade al elenco de títulos que posibilitan celebrar un contrato en prácticas los certificados de profesionalidad que capacitan para el ejercicio profesional de acuerdo con lo establecido en la ley orgánica 5/2002, de 19 de junio, Ley de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. Los mismos, a tenor de dicha normativa, vendrán a acreditar la correspondiente cualificación profesional a quienes los hayan obtenido y surgen los correspondientes efectos académicos, entendiéndose por cualificación profesional el conjunto de competencias profesionales con significación para el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación y a través de la experiencia laboral⁶⁷. Añadiéndose además que el puesto de trabajo a desempeñar deberá permitir la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados.

En segundo término, otro de los aspectos modificados con relación a este contrato ha sido el período en el que se puede celebrar el mismo.

65 CABEZA PEREIRO, Jaime. «Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Publicación en línea, 24 (2011), p. 1.

66 *Ibidem*, p. 2 y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. «La reforma de los contratos formativos y el fomento del empleo juvenil». En MONTÓYA MELGAR, Alfredo & CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dirs.). *Ob. cit.*, p. 166.

67 Sobre esta ampliación, MORÓN PRIETO, Ricardo. *Ob. cit.*, p. 54; CABEZA PEREIRO, Jaime. *Ob. cit.*, p. 3 o CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *Ob. cit.*, pp. 166-167.

Sin querer detenernos en exceso en esta cuestión, queremos apuntar que el establecimiento de un arco temporal para la celebración de este contrato se justifica por la necesidad de garantizar la proximidad entre los estudios realizados y las prácticas a desarrollar. Si bien, con la clara intención de incrementar las oportunidades de empleo e inserción laboral de los desempleados jóvenes se ha ampliado de cuatro a cinco años, contados desde la terminación de los correspondientes estudios, el plazo en el que se puede concretar este contrato. Asimismo, en orden a favorecer la inserción laboral de las personas discapacitadas, se amplía el plazo de seis a siete años cuando el contrato se concierte con trabajadores discapacitados⁶⁸. En este sentido, un aspecto a tener en cuenta es que el contrato en prácticas no establece límite de edad, sino únicamente que el trabajador haya finalizado sus estudios en el arco temporal que hemos visto⁶⁹.

Por último, otro de los aspectos que consideramos de importancia, en cuanto a las modificaciones introducidas por la Ley con relación a este contrato, es el establecimiento de determinadas restricciones o limitaciones al mismo, con el fin de evitar posibles abusos por parte de los empresarios a la hora de recurrir a dicho contrato. Dichas limitaciones son, básicamente, las siguientes⁷⁰:

- Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años⁷¹ en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad.
- Igualmente, no se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad.
- Asimismo, no se podrá concertar un contrato en prácticas sobre la base de un certificado de profesionalidad obtenido como consecuencia de un contrato para la formación celebrado anteriormente con la misma empresa.

Por tanto, al margen de estas reformas introducidas en el contrato en prácticas, que han tratado de ampliar su ámbito de aplicación subjetivo y temporal, favoreciendo así el empleo de esta figura, y que han tratado de

68 Ver CABEZA PEREIRO, Jaime. Ob. cit., pp. 4 y ss. y MORENO MÁRQUEZ, Ana María. «Los contratos formativos». *Temas Laborales*, 107 (2010), pp. 123-161, pp. 129-130.

69 CABEZA PEREIRO, Jaime. Ob. cit., p. 170.

70 Para ahondar más en estas restricciones o limitaciones, ver MORENO MÁRQUEZ, Ana María. Ob. cit., pp. 130 y ss. o CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., pp. 172-173.

71 Que es el plazo máximo que se fija en cuanto a la duración del contrato, que oscila entre seis meses y dos años, el cual no se ha visto alterado por la reforma. Contemplándose, únicamente, a este respecto diferentes supuestos que interrumpen la duración del contrato, tales como: la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad.

evitar, en la medida de lo posible, los abusos empresariales en el empleo de la misma; las reformas de mayor calado y enjundia se han producido en el contrato para la formación, convirtiéndose este en el instrumento estandarte de lucha contra el desempleo juvenil. Prueba de ello es que la reforma, tal y como veremos, se ha centrado, básicamente, en incorporar elementos que hagan atractivo su uso tanto para el empresario (a través de una bonificación de las cotizaciones sociales, según veremos) como para los trabajadores (a través de una mejora retributiva y una mejora de la protección social).

Así, el contrato, que para la formación tendrá por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación, solo podrá celebrarse con quienes carezcan de la titulación o certificado de profesionalidad necesarios para realizar un contrato en prácticas, pudiendo celebrarse el mismo con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21, con lo que dicho contrato tiene como destinatarios exclusivos a la población juvenil. Lo que lo dota de una notable diferencia con relación al contrato en prácticas, puesto que aquel contrato no establece límite de edad, sino únicamente que el trabajador haya finalizado sus estudios en el arco temporal que expusimos, lo que no convierte a los jóvenes en destinatarios exclusivos, aun cuando sí principales. No obstante, una de las novedades introducidas con relación al contrato para la formación, en lo que a la edad de los sujetos destinatarios se refiere, es que como medida transitoria, con el fin de favorecer la inserción laboral de los jóvenes, se establece que hasta 31 de diciembre de 2011 podrán celebrarse contratos para la formación con trabajadores menores de 25 años. Asimismo, se prevé que cuando el contrato se concierte con desempleados que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas públicos de empleo-formación, tales como los de escuelas taller, casas de oficios, talleres de empleo u otros que se puedan aprobar, el límite máximo de edad será el establecido en las disposiciones que regulen el contenido de los citados programas. En el supuesto de desempleados que cursen un ciclo formativo de formación profesional de grado medio, el límite máximo de edad será de veinticuatro años. Además, en orden a favorecer la inserción de las personas discapacitadas, se mantiene que el límite de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad⁷².

Al margen de la ampliación del ámbito subjetivo de este contrato, lo que más nos interesa conocer en estos momentos son los instrumentos que se han introducido para hacerlo más atractivo tanto para empresarios

⁷² En este sentido, ver MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 59; MORENO MÁRQUEZ, Ana María. Ob. cit., p. 141; CABEZA PEREIRO, Jaime. Ob. cit., pp. 7-8 y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., p. 176.

como para trabajadores, tratando, así, de potenciar su uso, al objeto de lograr una mayor inserción en el mercado de trabajo de los jóvenes desempleados.

Así, en primer término, por lo que se refiere a las medidas establecidas por la reforma de 2010 para hacer este tipo de contrato más atractivo para los empresarios, la ley contempla los siguientes incentivos: las empresas que a partir del 19 de septiembre de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011⁷³ celebren contratos para la formación con trabajadores desempleados e inscritos en las oficinas de empleo tendrán derecho durante la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) y formación profesional, referidas a dichos contratos. La misma bonificación se aplica a la cuota de los trabajadores. Ahora bien, la ley exige, para tener derecho a tales incentivos, que el contrato para la formación suponga un incremento de la plantilla de la empresa. Por tanto, dicha bonificación no será aplicable si la empresa procede a contratar a un trabajador con un contrato para la formación para sustituir a otro trabajador fijo que haya causado baja en la misma⁷⁴.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, con relación a estas bonificaciones, que las mismas no serán de aplicación a los contratos para la formación suscritos con los alumnos trabajadores participantes en los programas de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo.

Por último, con relación a la mismas, debe tenerse en cuenta que la ley prevé que el Gobierno evalúe con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 el funcionamiento de esta medida. A la vista de dicha evaluación, y en función de la evolución del empleo durante 2010 y 2011, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, adoptará las medidas que correspondan sobre su prórroga o modificación⁷⁵.

Ahora bien, a pesar del establecimiento de estas bonificaciones, no basta con establecer determinadas mejoras en la regulación del contrato para la formación desde el punto de vista del empresario, con el objeto de incentivarle para que recurra a la utilización de este tipo de contrato, sino que es preciso adoptar medidas dirigidas a los trabajadores, con el objeto de que estos encuentren atractivo someterse a este tipo de

73 Igualmente, se aplica esta bonificación a los contratos para la formación celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 35/2010 que sean prorrogados entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 2011, durante la vigencia de dichas prórrogas.

74 Para el cómputo del incremento de la plantilla la ley se remite a lo dispuesto en el párrafo segundo de su artículo 10.5. Para mayor detalle sobre este requisito, ver MORENO MÁRQUEZ, Ana María. Ob. cit., pp. 152-153 y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., pp. 184-185.

75 Así lo establece la disposición adicional duodécima de la ley 35/2010.

contrato. Dichas medidas, tal y como hemos adelantado, vienen dirigidas a proporcionar a aquellos una mejora de las condiciones retributivas y una mejora de la acción protectora de la seguridad social.

En este sentido, por lo que se refiere a la mejora de las condiciones retributivas de los trabajadores sometidos a este tipo de contrato, hay que resaltar que con anterioridad a la reforma el artículo 11.2 h) del ET establecía que la retribución del trabajador sería la establecida en el convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivamente realizado. Con lo que dicha regulación al contener la expresión en su defecto, parecía contener una remisión plena al convenio colectivo en cuanto a la fijación de la retribución de los trabajadores en formación, por lo que la garantía constituida por el salario mínimo interprofesional solo era aplicable en ausencia de convenio colectivo. Pues bien, a partir de la reforma introducida por la ley 35/2010 se lleva a cabo una modificación del régimen retributivo con la supresión de la expresión «en su defecto» y con la diferenciación entre el primer y el segundo año de contrato. Lo que viene a significar, en primer término, que a raíz de la supresión de aquella expresión, el convenio colectivo, al establecer la retribución de estos trabajadores, actuará condicionado por el importe del salario mínimo interprofesional fijado, como sabemos, por el Gobierno. Esto es, la ley establece un mínimo que el trabajador tendrá garantizado, ya que el convenio colectivo no podrá establecer una cuantía inferior, aun cuando, como es lógico, si podrá mejorarla. Y, en segundo término, la ley distingue entre el primer y segundo año de retribución del contrato. Así, durante el primer año de vigencia del contrato se prevé que la retribución será la fijada en el convenio colectivo, sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectuado, esto es, excluyendo el tiempo dedicado a la formación teórica. Mientras que a partir del segundo año de vigencia del contrato, la retribución será la fijada en convenio colectivo, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica. Con lo que el legislador lleva a cabo una mejora retributiva a partir del segundo año de vigencia del contrato⁷⁶.

Por otro lado, por lo que se refiere a la mejora de la acción protectora de la seguridad social, esta es una de las innovaciones más importantes que ha venido a establecer la ley 35/2010 con relación a este tipo de contratos. De este modo, la ley establece que la acción protectora comprenderá todas las contingencias, las situaciones protegibles y las prestaciones, incluido el desempleo, añadiendo que, asimismo, se tendrá derecho a la

⁷⁶ Sobre las mejoras retributivas introducidas por la reforma, ver MORENO MÁRQUEZ, Ana María. Ob. cit., pp. 148-150; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., pp. 178-179; MORÓN PRIETO, Ricardo. Ob. cit., p. 55 o CABEZA PEREIRO, Jaime. Ob. cit., p. 18.

cobertura del FOGASA⁷⁷. En este sentido, la gran novedad, sin duda, es el expreso otorgamiento que efectúa la norma de la protección por desempleo, con el claro fin de hacer más atractivo para los jóvenes el contrato para la formación, tal y como se señala en el preámbulo de la ley 35/2010⁷⁸. No obstante, con relación a la prestación por desempleo hay que tener en cuenta que dicha prestación viene a ser excluida por la ley en los contratos para la formación suscritos con alumnos trabajadores en los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo⁷⁹.

Hasta aquí, el análisis de algunos de los principales instrumentos o medidas que se han puesto en marcha en nuestro país con el firme propósito de procurar el acceso al mercado de trabajo de la población más joven. Si bien, como ahora veremos, no son estos los únicos instrumentos que se han puesto en marcha, a raíz de la reforma de 2010, con aquel fin. Sino que habrá de tenerse, igualmente, en cuenta el régimen de incentivos a la contratación establecido en la ley 35/2010, dirigido, del mismo modo, a los jóvenes y a otros colectivos considerados prioritarios, los cuales presentan especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, y para los cuales se trata de facilitar el acceso al mercado laboral, estableciendo mecanismos que estimulen su contratación, tal cual ocurre con el mencionado régimen de incentivos a la contratación. Pasaremos, pues, a analizar los aspectos más destacados o relevantes que presenta el mismo, aun cuando sin intención de efectuar un examen exhaustivo de los mismos.

V. EL RÉGIMEN DE INCENTIVOS A LA CONTRATACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE EMPLEO

La expresión *incentivos estatales al empleo* ha quedado reducida a las bonificaciones a la contratación, las cuales suponen una rebaja, y en algunos casos incluso una exención, para el empresario del pago de las cuotas a la seguridad social por la contratación de colectivos que presentan unas mayores dificultades para insertarse en el mercado de trabajo⁸⁰. Dichas bonificaciones, en cuanto medida de fomento de empleo, constituyen, desde el punto de vista económico, la principal política activa del mercado de trabajo de nuestro país en

77 Esta ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social solo se aplica a los contratos para la formación que se hayan concertado a partir del 18 de junio de 2010, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 18/2010, y a los contratos con anterioridad a esa fecha, una vez que sean prorrogados (párrafo segundo de la disposición transitoria octava de la ley 35/2010, en los mismos términos que se establecía en la disposición transitoria octava del Real Decreto Ley 18/2010).

78 Debe tenerse en cuenta a este respecto, el establecimiento del régimen de cotización por desempleo en este contrato, así como la cuantía de la prestación (ver CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., pp. 180-181; MORENO MÁRQUEZ, Ana María. Ob. cit., pp. 150-151; CABEZA PEREIRO, Jaime. Ob. cit., pp. 18 y ss. y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Ob. cit., pp. 429-430).

79 Así se establece en la disposición adicional tercera de la ley 35/2010.

80 MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., p. 380.

términos de gasto⁸¹ y jurídicamente una pieza ya tradicional de nuestras políticas públicas de empleo⁸². De hecho, la Unión Europea⁸³ ha venido afirmando desde hace años que las mismas se han convertido en la piedra angular de nuestra política de empleo. No obstante, debe advertirse que desde la Unión Europea no se contempla ninguna propuesta con relación con esta medida de bonificaciones a la contratación. Esto es, ni siquiera en la Estrategia Europea 2020 se menciona este abaratamiento de la mano de obra como una medida eficaz de lucha contra el desempleo. Desde las instituciones comunitarias se prefieren enfatizar todas aquellas medidas que redunden en la empleabilidad del trabajador, esto es, en su formación⁸⁴.

Pese a todo, habida cuenta de que este instrumento, tal y como se ha apuntado, es una pieza tradicional en nuestra política de empleo, a pesar de que el mismo ha venido arrojando dudas y críticas acerca de su verdadera eficacia⁸⁵, es por ello que el mismo merece toda nuestra atención en estos momentos. Por lo que trataremos de analizar en las próximas páginas el marco que presenta esta medida de bonificaciones a la contratación a raíz de la reforma operada en 2010, a fin de explorar cuáles son los instrumentos que se han establecido con relación a la misma para lograr a través de ella una fomento del empleo y una consiguiente reducción de la altísima tasa de desempleo que, como es consabido, presenta nuestro país.

Debe partirse de la base de que la política de empleo actual tiene como finalidad la calidad en el empleo, lo que se viene traduciendo en estabilidad en el empleo. Y este parece ser el espíritu de estas bonificaciones a la contratación en nuestro país, donde, como sabemos, la temporalidad es demasiado elevada. Así, las mismas desde sus comienzos hasta la propia ley 35/2010 son concedidas para la contratación indefinida y la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, con lo que se persigue conseguir el doble objetivo de inserción en el mercado laboral

81 CUETO IGLESIAS, Begoña. «Las ayudas a la contratación indefinida en España». *Revista de Economía Laboral*, 3 (2006), pp. 87-199, p. 88.

82 MONTROYA MELGAR, Alfredo (ed.). *Comentario a la reforma laboral de 2006: ley 43/2006, de 9 de diciembre*. Navarra: Thomson Civitas, 2007, p. 53.

83 Así, en el Informe Conjunto sobre el empleo de 1999, ya se afirmaba que «la reducción de los costes laborales a través de las subvenciones a la seguridad social sigue siendo la piedra angular de la promoción del empleo en España».

84 MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., p. 381.

85 Así, se ha venido a afirmar que una política de bonificaciones generosas, puede conducir a un comportamiento por parte del empresario que aumenta la rotación laboral, ya que el empresario contrata y despide una vez que el trabajador ya no le da derecho a reducciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social y cuando el coste del despido es todavía bajo (ver CUETO IGLESIAS, Begoña. Ob. cit., p. 104). Asimismo, se viene dudando de que estas subvenciones sean beneficiosas para las carreras posteriores de los beneficiarios y se viene advirtiendo de los modestos efectos sobre el empleo de las mismas (ver MARX, Ive. «Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos». *Revista Internacional del Trabajo*, CXX, 1(2001), pp. 75-148, pp. 75 y ss.

de los colectivos con mayores dificultades de inserción en el mismo y, lo que es más importante aun, hacerlo de manera indefinida, logrando de este modo alcanzar calidad en el empleo. Esto es, procurando no solo luchar contra el desempleo sino mantener el empleo.

Pasando ya al examen de alguno de los aspectos concretos de esta medida, en primer término, queremos destacar que la ley 35/2010 ha roto con la tendencia de los anteriores programas de empleo que paulatinamente fueron aumentando el número de colectivos beneficiarios de estas bonificaciones. Y es que, tal y como se recoge en el preámbulo de aquella norma, se viene a afirmar que «se mejora la política de bonificaciones a la contratación indefinida, partiendo del consenso general de que su práctica generalizada ha limitado gravemente su eficacia»⁸⁶.

Asimismo, antes de entrar a analizar los colectivos concretos hacia los que ahora se dirige esta medida, queremos llamar la atención sobre dos aspectos concretos, por un lado, dentro de este nuevo marco se ha institucionalizado la evaluación permanente del sistema. Así, la disposición adicional novena de la ley 35/2010 establece que el Gobierno presentará ante el Congreso de los Diputados un informe anual de evaluación y seguimiento económico de las bonificaciones a la contratación con el fin de conocer la efectividad de la medida a fin de ajustar las políticas activas a la realidad del mercado laboral. Y, por otro lado, la ley 35/2010 no se limita a lo económico, ya que establece que los trabajadores cuya contratación resulta bonificada serán objetivo prioritario en los planes de formación para personas ocupadas dentro de los programas de formación profesional para el empleo, así como de cualquier otra medida de política activa de empleo, con el objeto de incrementar su cualificación profesional. Con ello se busca que la bonificación sea, igualmente, un instrumento que coopere con la empleabilidad del trabajador. Aun cuando parece que esta previsión por ser demasiado inconcreta es más una declaración de buenas intenciones⁸⁷.

Por cuanto hace al colectivo al que va dirigida esta medida, tal y como hemos apuntado, la norma toma conciencia de que la generalización de la misma ha limitado su eficacia, por lo que la ley realiza una regulación más rigurosa y define de manera más selectiva los colectivos de trabajadores para cuya contratación indefinida se establecen bonificaciones. Veamos, pues, los destinatarios de esta medida de fomento del empleo.

86 En este sentido, CÁMARA BOTÍA, Alberto. «La bonificación de cuotas para fomentar la contratación indefinida: el art. 10 de la Ley 35/2010». En MONTOYA MELGAR, Alfredo & CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dirs.). Ob. cit., pp. 304 y ss. En este sentido, se afirma desde la OIT que la eficacia de medidas de este tipo es mayor cuando se orienta hacia una población con una desventaja determinada, en lugar de orientarla a una población más amplia (ver OIT/IIEL. Ob. cit., p. 10).

87 MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., p. 389.

En primer término debemos hacer referencia a los jóvenes, debido a la especial virulencia con la que viene padeciendo este colectivo la crisis del empleo. En este sentido, debemos partir de la base de que la delimitación del concepto joven abarca a las personas entre 16 y 30 años. La ley 35/2010, en contra de lo que establecía la ley 46/2003, limita notoriamente el ámbito de la bonificación al exigir que estos jóvenes presenten especiales problemas de empleabilidad. Entendiendo por tales que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo, al menos, 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación y que no hayan completado la escolaridad obligatoria o carezcan de titulación profesional. Con relación a la cuantía, la misma consiste en una cantidad a tanto alzado y fija, tal cual se estableció en el Programa de Empleo de 2006, que no tiene en cuenta el salario del trabajador ni su productividad. Así, la ley prevé para el caso de contratación de jóvenes una bonificación a la cuota empresarial de la Seguridad Social de 66,67 euros/mes (800 euros al año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario. Cuando estos contratos se realicen con mujeres las bonificaciones serán de 83,33 euros/mes (1000 euros al año) o su equivalente diario⁸⁸.

En segundo término, debemos hacer referencia a los mayores de 45 años. En este sentido, debe advertirse que la inclusión de este colectivo en los destinatarios de esta medida se debe, por un lado, al envejecimiento de la población, de ahí que se promueva por parte de las instituciones internacionales la prolongación de la vida activa. Y, por otro lado, a las enormes dificultades con las que se encuentra este colectivo a la hora de reincorporarse al mercado laboral, debido a su edad. En relación a este colectivo la ley 35/2010 añade un requisito adicional al de la edad para que se pueda acceder a la bonificación, y es que se haya estado inscrito en la Oficina Pública de Empleo, al menos, doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación. Con lo que se viene a incorporar aquí el requisito de desempleo de larga duración. Además, se ha llevado a cabo en la ley una destacada reducción de la bonificación, ya que ahora su duración es de solo tres años frente a toda la vida del contrato de la regulación anterior. De este modo, las empresas que contraten, hasta el 31 de diciembre de 2011, de forma indefinida a trabajadores desempleados mayores de 45 años, que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo, al menos, doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, de 100 euros/mes (1200 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario. Si estos contratos se concertan con mujeres las bonificaciones serán de 116,67 euros/mes (1400 euros/año) o en su equivalente diario. No obstante,

⁸⁸ CÁMARA BOTÍA, Alberto. Ob. cit., p. 315-316; MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., pp. 390-391 y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Ob. cit., pp. 424 y ss. Téngase en cuenta, por lo que se refiere a este colectivo, el régimen de bonificaciones con relación a los contratos para la formación.

123

LA REFORMA
DEL MERCADO
DE TRABAJO EN
ESPAÑA DURANTE
LA CRISIS
FINANCIERA
INTERNACIONAL
THE LABOR
MARKET REFORM
IN SPAIN
DURING THE
INTERNATIONAL
FINANCIAL CRISIS

a este colectivo parece que no le ha beneficiado la reducción de la duración de la bonificación comentada, puesto que la disminución del tiempo de abaratamiento de los costos laborales, provoca, lógicamente, una pérdida del interés empresarial por esta medida. Tal es así, que el número de contratos bonificados celebrados con este colectivo no es relevante⁸⁹.

Se mantienen las bonificaciones para la contratación indefinida de otros colectivos que se consideran prioritarios, debido, igualmente, a sus problemas de inserción en el mercado de trabajo. Así, se mantienen en su regulación actual las bonificaciones dirigidas a las personas discapacitadas⁹⁰, víctimas de violencia de género⁹¹ y trabajadores en situación de exclusión social⁹².

Además de estos incentivos a los que hemos hecho referencia, deben tenerse en cuenta, en estos momentos, las nuevas bonificaciones por contratos a tiempo parcial que se contemplan en el Real Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de Medidas Urgentes para Promover la Transición al Empleo Estable, con el que se persigue aumentar las posibilidades de empleo estable y la colocación del gran número de personas desempleadas, especialmente, jóvenes y parados de larga duración. De este modo, podrán acogerse a las bonificaciones previstas en la norma las empresas que contraten, dentro del período de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta norma, de forma indefinida o temporal, a personas desempleadas inscritas ininterrumpidamente en la oficina de empleo, al menos, desde el 1 de enero de 2011, mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial, y que reúnan alguno de estos requisitos: 1) tener una edad igual o inferior a 30 años, 2) Llevar inscritas en la Oficina de Empleo, al menos, doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación. Si bien, la jornada de trabajo de estos contratos deberá estar entre el 50% y el 75% de la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En estos casos, las empresas tendrán derecho, durante los doce meses siguientes a la contratación, a una reducción del 100% en todas las cuotas empresariales a la Seguridad Social, si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75%, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra. No obstante, en los supuestos de contratos

89 MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., p. 393.

90 Artículos 2.2 y 3 de la ley 46/2003, de 16 de diciembre, Ley de Empleo.

91 Artículo 2.4 de la ley 46/2003, de 16 de diciembre, Ley de Empleo. Asimismo, debe tenerse en cuenta el real decreto 1917/2008, donde en el artículo 2.d) se contiene un catálogo de medidas de actuación a favor de la mujer víctima de la violencia de género, donde se incorporan los incentivos para las empresas que las contraten. A partir de este real decreto, la bonificación asciende a 1500 euros durante los primeros cuatro años de la contratación. Cuantía que se reduce en los casos de contratación a tiempo parcial o temporal.

92 Artículo 2.5 de la ley 46/2003, de 16 de diciembre, Ley de Empleo.

temporales, podrán acceder a las reducciones de cuotas reguladas en este artículo los que se concierten por una duración inicial prevista igual o superior a seis meses, mediante cualquier modalidad de contratación de duración determinada o temporal, incluida la modalidad del contrato en prácticas, que permita su celebración a tiempo parcial conforme a lo establecido legalmente. No pudiendo, en ningún caso, aplicarse esta reducción a los contratos de trabajo celebrados bajo las modalidades de interinidad y de relevo⁹³.

Por otro lado, ya decíamos que esta medida respondía a una doble finalidad, ya que la misma viene procurando no solo luchar contra el desempleo sino mantener el mismo. Así, por lo que se refiere al mantenimiento del empleo, se prevé en la ley la conversión en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación. En este sentido, la principal novedad que introduce la reforma de 2010 es el señalamiento de un término final para realizar la conversión bonificable y la modificación en la duración de la bonificación. De este modo las empresas que, hasta el 31 de diciembre de 2011, transformen en indefinido contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario. En el caso de mujeres dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/año) o, en su caso, por su equivalente diario⁹⁴. No obstante, esta medida no parece arrojar resultados positivos en cuanto instrumento de mantenimiento del empleo, puesto que si nos atenemos a los datos estadísticos, las conversiones de contratos temporales en indefinidos ascendieron en 2010 a 29 937, de las cuales solo 1603 pudieron dar lugar a la bonificación por provenir de cualquiera de los contratos temporales con derecho a ella. Así, solo el 5,35% de las conversiones pueden ser resultado de la correspondiente bonificación frente al 69,11% que suponen las conversiones del contrato eventual por circunstancias de la producción⁹⁵. Posiblemente, el problema con el que se encuentran estos incentivos es que estos resultan poco atractivos para los empresarios al limitar los contratos temporales al listado mencionado anteriormente. Por lo que se haría aconsejable la extensión de este tipo de bonificaciones a las conversiones de cualquier contrato temporal, careciendo de sentido alguno aquella limitación de los contratos temporales.

93 No obstante, este régimen de bonificaciones no parece que guarde mucho la línea con las directrices que se vienen marcando desde la OIT. Así, a este respecto, dicha Organización viene afirmando que «todo intento de promover el empleo a tiempo parcial debería centrarse en disminuir las diferencias en términos de prestaciones entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, como han logrado otros países de la UE, por ejemplo, Países Bajos, en lugar de proporcionar incentivos financieros indiscriminados por la contratación a tiempo parcial» (OIT/IIEL. Ob. cit., p. 14).

94 CÁMARA BOTÍA, Alberto. Ob. cit., pp. 318-319.

95 MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., p. 399.

Por último, queremos poner de manifiesto, por lo que se refiere a este régimen de bonificaciones, que la ley 35/2010 establece estrictos requisitos a la empresa que contrata y se beneficia de la bonificación en términos de creación de empleo indefinido. Así, dicha ley dispone que será requisito imprescindible para que puedan aplicarse las bonificaciones, que las nuevas contrataciones o transformaciones, salvo las referidas a contratos de relevo, supongan un incremento del nivel de empleo fijo de la empresa⁹⁶. Asimismo, la empresa tendrá que mantener, durante el período de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada. Además, como el objetivo es el aumento del empleo, su incumplimiento obligará a la empresa a contratar o convertir en indefinido en el plazo de dos meses a otro trabajador. De lo contrario, tendrá que reintegrar las cantidades obtenidas con la bonificación⁹⁷. Sin duda, el objetivo de esta medida es evitar el efecto sustitución que hace que, para beneficiarse de los incentivos a la contratación, las empresas procedan a sustituir empleo fijo no subvencionado por otro que sí lo está, con un impacto nulo en el nivel de empleo, con un coste social sin ninguna consecuencia eficaz y con una desviación del beneficio del objetivo central de creación de empleo⁹⁸.

Por tanto, con las referidas reformas llevadas a cabo, en lo que al régimen de incentivos a la contratación indefinida se refiere, habrá que esperar a la evolución de las mismas para valorar su repercusión sobre el empleo, sobre todo, con relación a los colectivos hacia los que se dirige. Así pues, las expectativas sobre este instrumento no parecen ser muy halagüeñas, especialmente, si tenemos en cuenta que las mismas no parece que hayan dado resultado con anterioridad a la crisis en los colectivos hacia los que se enfoca, si tenemos en cuenta la alta tasa de desempleo con la que cuentan los mismos. Además, creemos que se hace necesario procurar una mayor coordinación entre bonificación y formación, que es lo que de verdad puede garantizar el acceso al mercado laboral y el mantenimiento estable en el mismo, al permitírsele al trabajador con aquella una mejor adaptación a las exigencias y realidades del mercado de trabajo⁹⁹. Sin embargo, parece que la Ley se ha quedado corta en este sentido, puesto que el establecimiento de la formación en el marco de los bonificaciones a la contratación carece de concreción y parece quedarse en una declaración de buenas intenciones.

96 Para calcular dicho incremento se debe acudir a la fórmula establecida en el artículo 10.5 de la ley 35/2010.

97 Ver artículos 10.6 y 10.7 de la ley 35/2010. A este respecto, ver MORALES ORTEGA, José Manuel. Ob. cit., pp. 386-387 y CÁMARA BOTÍA, Alberto. Ob. cit., pp. 319 y ss.

98 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Ob. cit., p. 425.

99 En este sentido, se viene advirtiendo desde las organizaciones internacionales de la necesidad de potenciar en nuestro país las iniciativas de formación dentro de los programas activos del mercado de trabajo. Y es que menos del 25% del gasto español en estos programas se dedica a la formación, una cifra considerablemente inferior a la de otros países (ver OIT/IIEL. Ob. cit., p. 8).

VI. EL FONDO ESPAÑOL DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL: UNA MEDIDA CONTROVERTIDA

A raíz de la reforma de la ley 35/2010 se prevé en nuestro ordenamiento laboral la creación del denominado Fondo Individual de Capitalización que debiera estar operativo a comienzos de 2012, pero que no ha sido así por las razones que vamos a ver. La ley 35/2010 vino a contemplar en su preámbulo la creación de «un modelo de capitalización individual mantenido a todo lo largo de la vida laboral, por un número de días por año a determinar, para cuya regulación el Gobierno aprobará un Proyecto de Ley. Este Fondo individual de capitalización podrá hacerse efectivo por el trabajador para los casos de despido, así como para completar su formación, en supuestos de movilidad geográfica o, en último término, en el momento de su jubilación. El modelo se dirigirá a dotar a nuestro mercado de trabajo de una mayor estabilidad en el empleo y una más sana movilidad laboral». A tal respecto, la disposición adicional décima de la ley establece, concretamente, que «el Gobierno, en el plazo máximo de un año a partir del 18 de junio de 2010, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, aprobará un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar. La regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Las indemnizaciones a abonar por el empresario en caso de despido se reducirán en un número de días por año de servicio equivalente al que se determine para la constitución del Fondo. El Fondo deberá estar operativo a partir de 1 de enero de 2012»¹⁰⁰.

De tal modo, se trataba de poner en marcha en nuestro país un modelo inspirado en el modelo austríaco, aun cuando no deben perderse de vista otras experiencias similares existentes en otros tantos ordenamientos jurídicos, como es el caso de la indemnización por finalización de la relación laboral (*trattamento difine rapporto*, TFR) del derecho laboral italiano, el más antiguo de todos porque se remonta a la época mussoliniana, o los fondos de cesantía del derecho laboral brasileño, panameño, chileno o colombiano, los cuales también presentan muchos elementos en común con la experiencia austriaca y deben ser tomados en consideración, también, con respecto a la experiencia española.

100 En idénticos términos se pronunciaba el Real Decreto 10/2010, de 16 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, en su disposición final segunda.

No obstante, con relación a la implantación del Fondo Individual de Capitalización en nuestro país, desde la OIT se han venido a realizar diferentes recomendaciones con relación a la aplicación del mismo. En este sentido, se ha venido a afirmar que se debe ampliar el acceso al fondo de capitalización para trabajadores temporales, ya que si el fondo se utiliza únicamente para contratos indefinidos, las empresas podrían verse alentadas a contratar temporalmente, dado el incremento relativo de los costos de contratación. Ampliar el acceso a este fondo a los trabajadores temporales equipararía los incentivos a la contratación en un caso y en otro y tendría la ventaja añadida de promover asimismo la movilidad y la formación de los trabajadores temporales. Ello podría lograrse permitiendo a estos últimos traspasar al fondo el mismo porcentaje del total de la indemnización por despido a que tienen derecho los trabajadores con contratos indefinidos. Además, se ha advertido desde esta Organización que será importante velar por que el fondo no aumente aun más el costo de la contratación, particularmente de los contratos indefinidos. Esto es particularmente pertinente en un momento en que la economía necesita fomentar la competitividad y crear más y mejores puestos de trabajo. El sistema podría evaluarse anualmente a tal efecto. Por último, queremos advertir que se ha venido a resaltar desde dicho organismo que el fondo de capitalización para trabajadores ha de aplicar rigurosas salvaguardias a la hora de invertir a fin de protegerse de las fluctuaciones excesivas, sin renunciar a unos intereses devengados estables¹⁰¹.

Debe destacarse también que dicho fondo ha levantado una importante polémica desde que se declarase la intención de instaurarlo a mediados de 2010. En tal sentido, se ha venido argumentando desde los diferentes foros sociolaborales que la implantación del sistema presenta serias dificultades, ya que, por una parte, no parece que vaya a solucionar la actual división que existe entre trabajadores con mucha antigüedad y trabajadores recién incorporados, que ya es bastante acusada en nuestro país. Tal es sin embargo la justificación doctrinal de sus defensores —en España notablemente una fundación neoliberal, la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA)—, de que suprimiría la distancia entre *outsiders* e *insiders*. Además, incrementar los costes fijos de las empresas para poner los fondos en manos de entidades de inversión parece arriesgado en la crisis financiera a la que asistimos en estos momentos¹⁰². Este último aspecto, vale decir, el incremento de los costes empresariales, es precisamente uno de los extremos que plantea más dificultades con relación al sistema. Si bien al respecto se han venido tratando de aportar posibles vías de solución, como sería el

101 OIT/IIEL. Ob. cit., pp. 12-13.

102 VELASCO PORTERO, María Teresa & Martin FRÖHLICH. «Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España». *Actualidad Laboral*, 14 (2010), p. 1662.

no incrementar los costes a cargo de las empresas, reduciendo otras cotizaciones distintas de las que financian las contingencias comunes. En dicho ámbito las cotizaciones al desempleo correspondientes a los contratos indefinidos aparecen como la mejor opción de compensación de costes¹⁰³.

En el escenario de dificultades y búsqueda de posibles vías de solución a los problemas que puede presentar la instauración del sistema en nuestro país, surgió un informe elaborado por una Comisión de Expertos en cumplimiento con el mandato establecido en la reforma laboral y el Acuerdo Social y Económico (ASE) como paso previo para articular la norma que regule el fondo, que fue remitido al Ministerio de Trabajo e Inmigración, el cual venía a afirmar que «cualquiera de las fórmulas posibles (para configurarlo) y atendiendo a lo establecido en la ley exigiría un volumen de recursos extraordinariamente elevado» y que «incluso si la economía mejorara sustancialmente», la dificultad para obtener estos recursos «haría prácticamente imposible constituir el Fondo con las características presentes».

Así, el informe concretaba que si se llegara al acuerdo de financiar el fondo de capitalización con ocho días por año, los mismos que costea el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) para sufragar el coste del despido procedente en contratos nuevos, los recursos necesarios a tal fin se elevarían a 7500 millones de euros.

Esta cantidad, especificaba el informe, es equivalente al 1,47% de la remuneración por asalariado, que incluye, además de la masa salarial, el coste empresarial de la Seguridad Social y el coste por despido; hasta 2,7 puntos de cotización a la Seguridad Social; o el 0,74% del PBI¹⁰⁴.

Dicho informe, ante los graves problemas de sostenibilidad económica que advierte con relación a este Fondo Individual de Capitalización, parece haber provocado que el Gobierno desista de su implantación. Aun cuando habrá que esperar una resolución definitiva acerca de esta medida. Las últimas medidas tomadas al respecto se contenían en el real decretol Ley 10/2011, de 26 de agosto, el cual modificó la regulación contemplada en la ley 35/2010, manifestando las razones en su exposición de motivos: «El grupo de expertos sobre el fondo de capitalización de los trabajadores, constituido conforme a lo pactado en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones, firmado el 2 de febrero de 2011, constató la falta de viabilidad de esta medida en la actual situación de la economía y del empleo en nuestro país. A la vista de lo anterior, considerando que

103 GÓMEZ, Valeriano. «¿Es posible trasladar a España el modelo de despido austriaco». *Relaciones Laborales*, 10 (2010), pp. 1619-1628, p. 140.

104 Consultar alguno de los extractos más destacados de este informe en www.nuevatribuna.es/ artículo.

se trata de una disposición de la que aún pueden derivarse positivos efectos para la estabilidad laboral, se incluye en este real decreto-ley la prórroga hasta 2013 de la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial del resarcimiento a la empresa de una parte de la indemnización en determinados supuestos de extinción del contrato de trabajo».

La iniciativa de constituir un Fondo Individual de Capitalización mantenido a todo lo largo de la vida laboral sigue considerándose acertada y no debe descartarse para el futuro: el nuevo Gobierno conservador surgido de las elecciones de 20 de noviembre de 2011 ha manifestado, por boca de su presidente, el interés en aplicar el modelo austríaco a España, aunque todo parece indicar que tomado en su versión más fuerte, es decir, del «contrato único» a cuya virtud el empresario podría despedir sin causa justificada y con una indemnización proporcional a la antigüedad del trabajador en la empresa. Sin embargo el país tiene suscrito el Convenio OIT 158, de justificación del despido, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que entró en vigor en 2009 proclama asimismo el derecho de todo trabajador a ser despedido por causa justificada¹⁰⁵, lo que dificulta sin duda la posibilidad del despido libre indemnizado.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 9/03/2012

129

LA REFORMA
DEL MERCADO
DE TRABAJO EN
ESPAÑA DURANTE
LA CRISIS
FINANCIERA
INTERNACIONAL
THE LABOR
MARKET REFORM
IN SPAIN
DURING THE
INTERNATIONAL
FINANCIAL CRISIS

105 «Art. 30. Protección en caso de despido injustificado. Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales» (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2009).

Hacia un nuevo modelo laboral en España

Towards a new labor model in Spain

JESÚS CRUZ*

Resumen: El artículo analiza el proceso acelerado de las reformas en la normativa laboral —intenso y extenso— que ha contemplado incluso la reforma del entramado constitucional. Entre las medidas adoptadas en la reforma española se encuentran las dirigidas a incrementar la empleabilidad de los trabajadores y respecto del fomento de la estabilidad en el empleo encontramos la incorporación de una nueva modalidad contractual, literalmente denominada «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores». Mientras que, como las novedades más destacadas se ubican las siguientes: la eliminación con carácter general de la autorización administrativa para los despidos colectivos; la ampliación de las causas justificativas de los despidos económicos, con el correlativo efecto de reducción del control judicial de justificación de la medida empresarial y la posible reducción en la práctica del coste del despido; la generalización de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente a los 33 días de salario por año de antigüedad con el tope de las 24 mensualidades; la supresión completa de los salarios de tramitación cuando el empresario opta por la extinción indemnizada en caso de despido improcedente; entre otras. Todo este abanico de cambios normativos es analizado críticamente por el autor quien, partiendo de la legislación española, estudia los conceptos jurídicos más relevantes.

Palabras clave: reformas laborales – legislación española – estabilidad en el empleo – flexibilidad laboral

Summary: The article starts with confirming the acceleration process in reforms of labor regulations-intensive and extensive-which is faced by Spain that has considered even the reform of constitutional framework. It should be noted that measures taken in the Spanish reform are aimed at increasing the employability of workers and with regard to promotion of employment stability; we find the incorporation of a new contractual modality, literally called “employment contract for indefinite time to support entrepreneurs”. Meanwhile, as the most important novelties are located the following: elimination with general character of administrative authorization for collective dismissals, the expansion of the proper reasons of economic dismissals, with the corresponding reduction effect of the judicial control as justification for business measure and the possible reduction in the practice of dismissal cost, the generalization of compensatory amount for unfair dismissal after 33 days of salary per year of seniority with limit of the 24 monthly salary, the complete suppression of processing salaries when the employer chooses indemnified extinction in case of unfair dismissal, among others. All this range of regulatory changes is analyzed critically by the author who, starting from the Spanish legislation, studies the most relevant legal concepts.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Sevilla.

Keywords: labor reforms – spanish legislation – stability in employment – labor flexibility

CONTENIDO: I. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO *LEITMOTIV*.– II. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL.– II.1. PERSPECTIVA FORMAL: AUSENCIA DE DIÁLOGO SOCIAL.– II.2. PERSPECTIVA MATERIAL: EL MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES.– III. UNA NUEVA COMPRESIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS.– IV. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA.– IV.1. FAVORECIMIENTO DE LA EMPLEABILIDAD DE LOS TRABAJADORES.– IV.2. FOMENTO DE LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.– IV.3. FAVORECIMIENTO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA.– IV.4. REMOCIÓN DE OBSTÁCULOS A LA FLEXIBILIDAD DE SALIDA.– V. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL.

I. UN PROCESO PERMANENTE DE REFORMAS LABORALES: LA FLEXIBILIDAD COMO *LEITMOTIV*

Estamos viviendo en España, en los últimos tiempos, un proceso de aceleración de cambios en las reformas de la normativa laboral de tal intensidad y extensión que incluso a los especialistas en la materia les cuesta tener un conocimiento razonable del marco completo de nuestra legislación laboral. Tan solo en los dos últimos años, se han producido modificaciones de notable envergadura cuya mera enumeración ya resulta de por sí ilustrativa del momento de cambios acumulados que estamos viviendo¹. El último hito de todas estas reformas viene articulado a través del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo².

1 Así, a mero título de ejemplo, baste con citar las siguientes normas con rango de ley correspondientes a los dos últimos años de la anterior legislatura: Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (*Boletín Oficial del Estado* (BOE), 17 de junio), de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo; Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE, 18 de septiembre), de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo; Real Decreto Ley 3/2011, de 18 de febrero (BOE, 18 de febrero), de Medidas Urgentes para la Reforma de la Empleabilidad y la Reforma de las Políticas Activas de Empleo; Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE, 11 de junio), de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva; Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE, 2 de agosto), sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social; Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto (BOE, 30 de agosto), de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de los Jóvenes, el Fomento de la Estabilidad en el Empleo y el Mantenimiento del Programa de Recualificación Profesional de las Personas que Agoten su Protección por Desempleo; Real Decreto Ley 14/2011, de 16 de septiembre (BOE, 20 de septiembre), de Medidas Complementarias en Materia de Política de Empleo y de Regulación del Régimen de Actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE, 11 de octubre), Reguladora de la Jurisdicción Social; Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE, 11 de octubre), de Reforma de la Ley Concursal.

2 BOE, 11 de febrero. Para comentarios de valoración y alcance de esta reforma, ver CASAS BAAMONDE, María Emilia & otros. «La nueva reforma laboral». *Relaciones Laborales*, 5 (2012); GARCÍA-PERROTE ESCARPIN, Ignacio & Jesús MERCADER UGUINA (dirs.). *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Valladolid: Lex Nova, 2012; BLASCO PELLICER, Ángel & otros. *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; AUTORES VARIOS. *Revista de Derecho Social*, 57 (2012), número monográfico; MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo & Antonio SEMPERE NAVARRRO. *Claves de la reforma laboral de 2012*. Pamplona:

Ciertamente no todas ellas presentan idéntica envergadura, pero desde luego se advierte en el alcance de las continuas reformas su afectación a la práctica totalidad de los elementos institucionales clave de la legislación laboral y social. Desde luego, por lo que se refiere a la legislación laboral, resulta fácil advertir que se han visto afectadas por estas normas recientes la práctica totalidad de los elementos esenciales reguladores del contrato de trabajo, así como de la negociación colectiva, sin olvidar los importantes cambios paralelos efectuados sobre el régimen de las pensiones públicas.

Más aun, por su confección, se presentan como reformas de carácter estructural, en el sentido de que pretenden alterar de manera permanente el entramado institucional regulador de las relaciones laborales. Si bien es cierto que se trata de reformas que se ven impulsadas de manera inmediata por el complejo escenario de crisis económica y de empleo que vivimos, parece que no se presentan exclusivamente como reacción de urgencia o temporal a ese complicado panorama. No se trata en ningún caso de medidas de choque, por mucho que el instrumento normativo utilizado por excelencia sea el Real Decreto Ley. Bien elocuente al respecto resulta el preámbulo del Real Decreto Ley de 2012, donde partiéndose de los evidentes datos de fuerte destrucción de empleo provocados por la crisis económica, se acaba afirmando que el modelo laboral español resulta «insostenible», de modo que se hace un diagnóstico interpretador de que los problemas de nuestro mercado de trabajo «lejos de ser meramente coyunturales son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura».

Situados más en general en el terreno valorativo, todas las recientes reformas han tenido una orientación común dirigida hacia el incremento de la flexibilidad en el ámbito de la empresa, de modo que se posibilite en mayor medida la adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos empresariales de productividad y competitividad. A tenor de ello podría pensarse que todas las reformas constituyen un *continuum*, con un hilo conductor común, una vuelta de tuerca adicional, dirían algunos³. Sin embargo, a primera vista, a nuestro juicio se presentan elementos que apuntan a que en esta ocasión no estamos exclusivamente ante una vuelta de tuerca más en ese proceso acentuado de incremento de los elementos de flexibilidad. Desde luego, no puede negarse que en algunos aspectos los cambios efectuados constituyen una profundización en medidas flexibilizadoras adoptadas en el pasado.

Aranzadi, 2012; PRECIADO DOMENECH, Carlos Hugo. *Una primera aproximación al Real Decreto-Ley, de reforma laboral*. Albacete: Bomarzo, 2012.

3 PÉREZ INFANTE, Ignacio. «Otra vuelta de tuerca: la nueva reforma laboral». En *Fabian@s Hoy* (publicación electrónica). Disponible en: <http://www.fabianoshoy.org/2012/04/01/otra-vuelta-de-tuerca-la-nueva-reforma-laboral/>.

Es posible que ciertas actuaciones de pasado ya estuvieran anunciando la posterior senda a recorrer. No obstante, tampoco puede desconocerse que en ocasiones la acumulación de elementos en lo cuantitativo acaba provocando un cambio de carácter cualitativo. A partir de un instante, aumentar el peso en tal medida de uno de los platillos de la balanza provoca un resultado de manifiesto desequilibrio, donde la novedad se transforma de meramente cuantitativa en traspaso al terreno de lo cualitativo. Más aun, en ocasiones puede entenderse que los elementos introducidos se sitúan en un ámbito diferente, en una diversa lógica. De este modo, también podría percibirse un cierto cambio de perspectiva en la intervención, cabría decir incluso una nueva filosofía, que anuncia una nueva comprensión del papel interventor del poder público en el complejo sistema de relaciones laborales. La intuición es que con esta reforma se ha superado una determinada línea de tendencia para situarnos en un terreno que manifiesta una concepción cualitativamente diferente del papel de la legislación laboral.

II. UNA NUEVA LECTURA DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

En gran medida el entramado institucional que se ha venido construyendo y reformando sucesivamente en el marco general de nuestra legislación laboral se ha efectuado desde la perspectiva de los principios deducidos del texto constitucional en el diseño de nuestro sistema de relaciones laborales. Principios que se desenvuelven tanto en el plano de lo procedimental como de lo material.

II.1. Perspectiva formal: ausencia de diálogo social

Desde la perspectiva procedimental, el papel de primer orden otorgado por el texto constitucional a las organizaciones sindicales y empresariales en la articulación del tejido social, asumiendo la función de representación de los intereses de los respectivos de trabajadores y empleadores (artículo 7 Constitución Española, en adelante CE), ha desembocado en una centralidad de los procesos de diálogo social en el diseño de las diferentes políticas laborales. En particular, ello ha consolidado fuertes procesos de interlocución entre los poderes públicos y las mencionadas organizaciones en el momento de elaboración de tales políticas, particularmente acentuado cuando se ha tratado de afrontar reformas legislativas de cierto calado. Se trata de procesos complejos, donde no existe un protocolo de actuación preestablecido, donde en cada ocasión su discurrir es diverso en atención a las circunstancias particulares de cada escenario político, pero que en todo caso han provocado una dinámica recurrente de abordar procesos de consultas bilaterales o trilaterales entre el Gobierno y los interlocutores sociales, de mayor o menor intensidad, de mayor o menor duración, pero que sin excepciones, hasta el presente, han

sido seña de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales desde finales de la década de los años setenta.

Por ello, resulta especialmente significativo que en esta ocasión, casi por primera vez dentro de nuestra larga experiencia de reformas laborales, el Gobierno no ha abierto un previo proceso de consultas, ni siquiera de información, a las organizaciones sindicales y empresariales respecto de los objetivos, contenidos y efectos de las medidas que se contienen en el real decreto ley aprobado. El Gobierno se limitó a conceder a los interlocutores sociales un plazo para que alcanzasen un acuerdo entre ellos y se lo remitiesen, sin ningún tipo de contacto directo al respecto. Como resultado, las organizaciones sindicales y empresariales celebraron el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, con importantes compromisos en materia retributiva, de flexibilidad interna y de negociación colectiva⁴. Como resultado de todo lo anterior, el Gobierno procedió a elaborar su texto de reforma, sin informar previamente a las organizaciones sindicales y empresariales y sin tampoco expresar voluntad de abrir proceso alguno de diálogo social. A su vez, aprobado el texto, el Gobierno se limitó a celebrar una reunión informativa con las partes, sin pretender a partir de entonces tomar el pulso de una posible valoración de las organizaciones acerca de las posibles correcciones al mismo en la fase sucesiva de tramitación parlamentaria en vistas a la conversión del real decreto ley en proyecto de ley ordinaria. Ahora, a criterio del Gobierno, ya no era el momento idóneo a la vista de que se encontraba en sede que correspondía decidir al poder legislativo.

Con ello se produce una importante ruptura, insistimos, de una larga tradición entre nosotros de mantener abiertos los canales de conexión entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Con ello no pretendemos, ni mucho menos, reducir la legitimidad política del Gobierno para ejercer plenamente sus potestades legislativas, que no se limita ni se condiciona políticamente por los procesos de concertación social. Pero, al propio tiempo, sin que todo lo anterior impida destacar el valor positivo que ha adquirido el diálogo social en nuestro sistema de relaciones laborales, como un elemento de enorme aportación a la articulación del tejido social y a la exteriorización de las posiciones de las partes en todo proceso de discusión acerca de cualquier tipo de reforma laboral. Siempre resulta de enorme utilidad pulsar la opinión y la actitud de los representantes económicos y sociales como destinatarios de las medidas que se pretenden adoptar, sin que ello tenga que comprometer en ningún momento la autónoma decisión del Gobierno. Aunque constituya una obviedad, conviene tener presente que el desarrollo de cualquier proceso de diálogo social no lleva implícita la necesidad de acuerdo, y muchas reformas laborales se han producido entre nosotros

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑA

TOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

4 BOE, 6 de febrero de 2012.

tras un fuerte desencuentro entre las partes respecto del contenido oportuno de la reforma legislativa, pero con previo desarrollo de un pleno proceso de diálogo social. El diálogo social se trata simplemente de un proceso que marca posiciones, que obliga a las partes a fundamentar sus criterios y al Gobierno a argumentar más en lo concreto sus medidas; pero, en ningún caso, puede interpretarse como un fracaso el desarrollo de un proceso de diálogo social que no logre el correspondiente acuerdo.

II.2. Perspectiva material: el modelo democrático de relaciones laborales

También desde la perspectiva de la orientación de las medidas acometidas puede advertirse un cambio de rumbo en la lectura del texto constitucional. No se trata de analizar la posible confrontación entre concretos mandatos constitucionales y la articulación de específicas regulaciones de ciertas instituciones a propósito de la reforma, sino, situados más en el plano de lo general, de determinar la orientación de la lectura constitucional que se deduce del nuevo texto normativo⁵. Se trata de algo mucho más genérico, de la comprensión del modelo constitucional y de su posible impacto en las relaciones laborales, tal como puede deducirse del nuevo texto normativo.

Desde esta otra perspectiva, lo primero que resalta es la muy parca referencia en el texto normativo a los importantes preceptos constitucionales que abordan, de manera directa o indirecta, la actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo y en general sobre las relaciones laborales. A estos efectos, lo más llamativo del texto son los elocuentes silencios que se aprecian en el mismo sobre esta materia, particularmente los que se advierten en una simple lectura de su preámbulo. No hay mención alguna a los preceptos centrales reguladores de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera mención alguna a aquellos preceptos que pudieran considerarse claves para la filosofía general, más o menos consistente, que deriva del texto reformador. Por ejemplo, ninguna mención al derecho constitucional a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE), cuando hay importante incidencia sobre su regulación; nada en relación con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35.1 CE), cuando son las oportunidades de colocación lo que teóricamente orienta la reforma del mercado laboral; ausencia de conexión con el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de desarrollo en especial de una política orientada al pleno empleo (artículo 40.1 CE), cuando se presume que el empleo constituye la razón de ser por

5 Para un primer análisis de la posible inconstitucionalidad de la norma, ver dictamen 5/2012, de fecha 3 de abril, sobre el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, disponible en CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA (<http://www.cge.cat/es/dictamens/>). Sitio web oficial del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

137

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑATOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

excelencia de la reforma; ninguna referencia al mandato dirigido a los poderes públicos en orden a fomentar una política que garantice la formación y la readaptación profesionales (artículo 40.2 CE), cuando la empleabilidad y el régimen de formación profesional constituye uno de los pilares de la reforma; ninguna consideración en orden al mantenimiento de prestaciones sociales suficientes especialmente en caso de desempleo (artículo 41 CE), cuando se alude a una situación de desempleo crítica como anomalía del mercado de trabajo español y se apela a la flexibilidad como norte de la reforma.

Precisamente por ello, y por contraste, no deja de ser significativo que la única mención por parte del preámbulo legal es una mención al artículo 38 del texto constitucional, artículo relativo a la defensa por parte de los poderes públicos de la productividad como fundamento para imponer los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, con inaplicación de lo pactado entre las partes a través de convenio colectivo. No queremos indicar con ello que la libertad de empresa y los objetivos de productividad no deban constituir uno de los principios informadores del diseño general de las políticas públicas, especialmente de las económicas, entre ellas las que afectan al mercado de trabajo. Pero sí, que tal como ello se aborda en el presente texto de reforma, constituye una nueva lectura del texto constitucional con apelación aislada a determinados preceptos del mismo, sin una lectura sistemática y de conjunto del mismo dentro del entramado total de los derechos laborales garantizados constitucionalmente.

Por lo demás, como técnica legislativa bastante asentada desde los inicios de la década de los años noventa, debido al papel central otorgado a la autonomía colectiva y, en particular, a la relevancia constitucional asignada a la negociación colectiva, casi todas las reformas laborales a partir de tal fecha han valorado notablemente la trascendencia de la implementación de las medidas reformadoras a través de la negociación colectiva. En las mismas resultaba bastante recurrente la previsión de reglas de complementariedad, supletoriedad o suplementariedad que comportaban significativas remisiones a la negociación colectiva, en orden a que la misma bien procediera a adaptar el régimen general a las peculiaridades de los correspondientes sectores o empresa, o bien a desarrollar los postulados reformadores de la norma estatal. En esta ocasión resulta prácticamente imposible encontrar un residuo de este tipo de remisiones o delegaciones a la negociación colectiva. En esa misma lógica, tampoco se percibe incorporación relevante de intervención de las organizaciones sindicales y empresariales en procesos sucesivos de desarrollo normativo o de diseño de políticas públicas derivadas de la puesta en práctica de la presente norma, con una técnica, igualmente bastante asentada hasta el presente, de lo que podríamos denominar de diálogo social de implementación normativa.

Al mismo tiempo, en un ámbito similar, dentro de un modelo, que parecía bien asentado entre nosotros, de incorporación de técnicas efectivas de origen anglosajón o comunitario propias del método abierto de coordinación, venía siendo habitual que se contemplasen procedimientos de evaluación, al cabo de varios años, de los efectos de las medidas adoptadas como resultado de la reforma legislativa, donde se daba lugar a la consulta con las organizaciones sindicales y empresariales en ese proceso evaluativo, con el posterior informe al poder legislativo; nada de esto se contempla en la presente reforma.

III. UNA NUEVA COMPRENSIÓN DE ALGUNAS IDEAS ASENTADAS

En cierto modo, complementario al anterior, va a ofrecerse una lectura de la reforma aparentemente basada en ideas fuerza bien asentadas entre nosotros, pero que sorpresivamente se presentan con una lectura significativamente diversa de la que forma parte de los conceptos generalizados respecto de las mismas.

Así, uno de los valores que suelen predicarse como positivos y legitimadores de las reformas del mercado de trabajo reside en su carácter «equilibrado». También esta reforma apela en el preámbulo legislativo al mismo. Literalmente se afirma, en el preámbulo del real decreto ley, que «La reforma laboral que recoge este Real Decreto Ley es completa y equilibrada». Eso sí, cuando posteriormente explicita las razones determinantes de la utilización del calificativo de «equilibrada», estas no suelen corresponderse con las ideas al uso del mencionado término. En efecto, es valor sobreentendido que la apelación al carácter «equilibrado» de una determinada intervención legislativa en materia laboral lo es en relación con el equilibrio de intereses en juego en el ámbito de las relaciones laborales. Dicho de otro modo, que atiende tanto a garantizar los intereses de los trabajadores como los correspondientes a los de los empresarios. Sin embargo, nada de esto deriva del uso del término «equilibrada» por parte del texto reformador, que lo sitúa en un terreno bastante diverso, aludiendo a algo bastante distinto, que podría describirse como el equilibrio en el uso de diversas instituciones o técnicas legislativas, las cuales parecen trascender lo que constituye el subyacente contraste de intereses consustancial al mundo del trabajo. Precisamente a tenor de esa nueva definición de lo que es equilibrado en lo laboral afirmará que:

La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo [...].

Muy próximo a lo anterior también cabe mencionar la apelación que efectúa la reforma de la idea de la «flexiseguridad», pues la misma también conecta con la idea de equilibrio en el sentido antes referido como idea común en el debate laboral. Es cierto que la expresión flexiseguridad tiene muy diversas acepciones tanto entre nosotros como en el ámbito europeo, aunque ninguna de ellas parece corresponderse con la implícitamente deducible del texto reformador. Sin poder entrar, por razones comprensibles, en mayores precisiones en estos momentos, cabría identificar dos modelos básicos propositivos de la flexiseguridad, sin perjuicio de que ambos modelos no son necesariamente incompatibles entre sí. El primero de los modelos, que podríamos calificar de contractual, supondría establecer un régimen de flexiseguridad interna en el régimen jurídico de la relación laboral, por tanto, en el conjunto de derechos y deberes de las partes en el curso del contrato de trabajo. En esa primera comprensión, la flexiseguridad comportaría propiciar una regulación del contrato que proporcionara las dosis necesarias de flexibilidad para favorecer la competitividad y productividad empresariales, al propio tiempo que se garantizara un régimen institucional interno en el propio contrato favorecedor de la estabilidad en el empleo y de su calidad que aportara la correspondiente seguridad a los trabajadores. El segundo de los modelos, que podríamos calificar como social o en el mercado, implicaría proporcionar todas las dosis de flexibilidad empresarial necesarias en la vertiente contractual, incluso aunque ello propiciara una amplia movilidad o rotación laboral, pero al propio tiempo proporcionar un régimen de intensa protección social en situación de desempleo y una altas dosis de empleabilidad de los trabajadores que aportara una elevada seguridad en la permanencia como ocupado en el mercado de trabajo aunque no vinculado a una concreta empresa. En todo caso, el elemento común a ambos modelos de flexiseguridad reside en que nos encontramos ante un término apocopado de dos palabras (flexibilidad y seguridad) que se predicen cada una de ellas para atender a los intereses respectivos de cada una de las partes, de modo que en la expresión subyace también la idea del contraste de intereses entre las partes, que en todo caso se pretende conciliar con este desiderátum de la flexiseguridad: flexibilidad para atender a los intereses de los empresarios y seguridad para proteger los intereses de los trabajadores. El propio texto de la reforma utiliza estos presupuestos conceptuales asentados y viene a reafirmarse en ellos: «La reforma propuesta trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social». Sin embargo, posteriormente no concreta cómo se produce esa doble garantía, cuáles son las concretas medidas que manifiestan esa doble mirada a los intereses de unos y de otros. No precisa, si esta reforma se asienta más en la clave contractual o en la clave social de la flexiseguridad.

Por otra parte, hay otros pasajes del preámbulo donde se utiliza los términos en un sentido muy diverso al habitual. Así, no deja de provocar cierto desconcierto, cuando el texto efectúa una nueva comprensión de la idea de la «seguridad» en lo laboral. Así, en el momento de describir el objetivo de seguridad buscado con la reforma, se afirma literalmente en el preámbulo que «Este real decreto-ley pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores». Es decir, la seguridad no es el valor típico de la flexiseguridad de atender a los intereses de los trabajadores, sino del conjunto de los implicados en la actividad económica, ni siquiera referido a la totalidad de los implicados en las relaciones laborales. Colofón de todo el argumento, es que se apela a la teoría de los juegos para considerar que en la reforma estamos ante una operación de suma cero: «Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos».

Finalmente, convendría también aludir a la previsión del empleo como valor prevalente defendido por el poder público, elevado a centro de atención de la actuación del Gobierno. Emblemático para este caso es el dato, a nuestro juicio no meramente anecdótico, del cambio de denominación del propio Ministerio, que ha pasado de denominarse de «Trabajo» a llamarse de «Empleo». No resultaría muy aventurado presumir que el cambio tiene alguna conexión, en el corto plazo, con la especial intensidad del problema del desempleo en nuestro mercado de trabajo y, en una perspectiva más dilatada, con la orientación cada vez más acentuada a considerar que las políticas laborales deben centrarse ante todo en ofrecer el escenario más favorable para la creación de empleo, siendo este su objetivo por excelencia. El interrogante, en todo caso, se sitúa en orden a preguntarnos si como trasfondo subyace algo más, una comprensión diversa de cuál debe ser la orientación en exclusiva de la actuación de los poderes públicos en esta materia. La pregunta es si ese desplazamiento hacia la centralidad del empleo en la actuación del poder ejecutivo provoca efectos reflejos, o bien si proviene adicionalmente de una pretendida marginación de otros elementos consustanciales a la intervención del poder público en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata de preguntarse si ese desplazamiento supone una consideración adicional excluyente, en el sentido de que para el poder público, a partir de ahora, su única perspectiva de atención debe ser la de los efectos de la intervención de la legislación laboral sobre el empleo, sobre el objetivo de la creación de empleo, con total dejación de las condiciones de trabajo en la que se desarrolla la prestación de servicios de quien tiene un empleo; o mejor dicho, que el tratamiento que se deba dar al régimen de condiciones de trabajo ha de ser exclusivamente en razón de los efectos que provoca de fomento del empleo, siendo por ello de todo punto irrelevante la tutela del trabajador en el devenir del contrato de trabajo.

IV. LOS OBJETIVOS PROPUGNADOS POR LA REFORMA

Avanzando en la descripción y valoración de la reforma laboral de 2012, procede ahora identificar cuáles son los objetivos propugnados públicamente por el propio legislador al acometer las medidas reformadoras. A tal efecto, pueden resultar muy útiles e ilustrativas las denominaciones de los primeros capítulos del texto del real decreto ley. Así, de esos primeros capítulos y de su denominación, podrían resumirse como objetivos básicos propugnados por la reforma los siguientes: 1) favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores (capítulo I); 2) fomento de la contratación indefinida (capítulo II); 3) favorecimiento de la flexibilidad interna en la empresa (capítulo III); 4) favorecimiento de la eficiencia del mercado de trabajo (capítulo IV).

141

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑATOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

IV.1. Favorecimiento de la empleabilidad de los trabajadores

Las medidas dirigidas a incrementar la empleabilidad de los trabajadores, vistas en abstracto, suelen ser contempladas de manera positiva por parte de todos. De un lado, incrementan las expectativas de los trabajadores de incorporarse o mantenerse en el mercado de trabajo y de hacerlo con expectativas de desarrollar una actividad profesional de superior calidad. De otro lado, proporcionan a las empresas trabajadores que aportan una superior productividad en la ejecución de su prestación de servicios. Diferente es que las concretas medidas adoptadas en este marco resulten realmente efectivas. Por lo demás, ese rasgo de bondad general y comúnmente aceptada del fomento de la empleabilidad de los trabajadores no puede en ningún caso provocar una sobrevaloración del mismo, como a veces ocurre, en el sentido de transmitir la idea de que, adquiridos por un trabajador los elementos oportunos de empleabilidad, se encuentra garantizada en la práctica la finalidad última de esta, olvidando que al final la contratación y, posteriormente, el mantenimiento en el empleo dependen de factores exógenos a lo anterior, esencialmente situados en el terreno de la competitividad empresarial, del pulso de la actividad económica y, en definitiva, de la capacidad por parte de las empresas de colocar en el mercado sus productos y servicios.

Descendiendo al análisis de las medidas acometidas en este ámbito por la reforma, las mismas se pueden resumir esencialmente en tres: la ampliación de funciones de las empresas de trabajo temporal, el reconocimiento a los trabajadores de derechos de formación permanente, y ciertas modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje.

En cuanto a lo primero, se faculta a las empresas de trabajo temporal para que intervengan a todos los efectos como agencias de colocación con fines lucrativos, sin perjuicio de que deban ser siempre y en todo caso gratuitas desde el punto de vista de los trabajadores como demandantes de empleo; con capacidad, por tanto, estas empresas de trabajo temporal,

para actuar como intermediarias en la casación entre la oferta y demanda de empleo. Se trata de asumir unas funciones adicionales, diferenciadas de las que hasta el presente venían desempeñando a través de la puesta a disposición de trabajadores para las correspondientes empresas usuarias. Se trata de que a partir de ahora puedan emplear una información de demandantes de empleo para un doble fin, con las correspondientes sinergias empresariales y a la vista de que las agencias de colocación, como tales, no acaban de consolidarse en nuestro mercado de trabajo. A nuestro juicio, la medida debe ser bienvenida, por cuanto que no existía en estos momentos argumento digno de ser tomado en consideración para impedir que las empresas de trabajo temporal pudieran actuar en el ámbito de la intermediación laboral. Más aun, la penetración de estas empresas en el mercado de trabajo, la red de oficinas, la aportación de profesionales especializados y de información de la que disponen va a facilitar en mayor medida el proceso de colocación, ofreciendo servicios complementarios a las empresas y sinergias de actuación con los servicios públicos de empleo.

A partir de la precedente valoración positiva de la medida, también conviene advertir que, desde el punto de vista del desarrollo de la regulación jurídica derivada de esta nueva actividad de las empresas de trabajo temporal, la reforma resulta parca en exceso, de modo que no toma en consideración las especialidades que puede comportar esta nueva situación de acumulación de funciones por parte de estas empresas. La norma se limita a reconocerles la capacidad de actuación en la intermediación en la contratación sin más, sin atender al régimen jurídico específico de esa nueva función que se les atribuye. Por ejemplo, se advierte una ausencia de reglas respecto de la transparencia informativa frente a empresas clientes y demandantes de empleo, de la condición con la que se relacionan con las mismas, del modo de uso de las bases de datos que gestionen para una y otra labor y, en especial, si a estos efectos van a existir reglas particulares en los convenios de colaboración con los servicios públicos de empleo, cuando actúen como agencias de colocación no de forma autónoma sino como mecanismo de gestión privada de un servicio público. En el trasfondo de todo ello subyace una relevante decisión pública: el reparto de fondos públicos destinados a la financiación de la intermediación en el mercado de trabajo, es decir, su distribución entre los servicios públicos y los mecanismos de colaboración por parte de las agencias de colocación que establecen los correspondientes convenios de colaboración.

La segunda de las medidas en este ámbito de la empleabilidad se sitúa en el reconocimiento de derechos de formación a los trabajadores, cuya principal concreción se sitúa en la imposición a las empresas de la obligación de ofrecer un crédito de horas específico para formación, consistente en 20 horas al año de formación vinculada al puesto de

trabajo (artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET). Complementariamente a ello, el reconocimiento del derecho a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (artículo 4.2.b ET), imponiéndoles a las empresas que corran con el coste de dicha adaptación, computándose a todos los efectos la dedicación por parte del trabajador a dicha formación como tiempo de trabajo efectivos (artículo 231.d ET). La idea más sobresaliente de carácter general a estos efectos es la de corresponsabilizar a las empresas en la formación de sus propios empleados, cuando hasta el presente se situaba esencialmente en el terreno externo a la empresa y esencialmente por parte de los poderes públicos. Indiscutiblemente también todas estas medidas han de valorarse muy positivamente, en la medida en que pueden resultar las más útiles y efectivas en orden a incrementar la empleabilidad de los trabajadores y, por derivación, la productividad empresarial. En todo caso, queda como interrogante si todo ello también puede provocar un efecto de signo inverso, de mayor desentendimiento por parte de los poderes públicos en orden a garantizar mecanismos efectivos de formación profesional del conjunto de la población ocupada. Me refiero sobre todo a si la prevista intensa reducción del gasto público en formación profesional, prevista en los presupuestos generales del Estado para el presente año, va a tener un carácter meramente coyuntural como imprescindible respuesta al incremento desmesurado del déficit público o, por el contrario, pueda llegar a constituirse como una actuación de carácter más estructural, desplazando estas cargas cada vez más sobre las empresas.

Finalmente, el tercer terreno en el que se proyectan medidas de actuación sobre la empleabilidad de los trabajadores se sitúa en lo que afecta a los jóvenes que sean contratados a través del contrato para la formación y el aprendizaje. A estos efectos, la modificación más polémica ha sido aquella que viene a permitir la recontractación del mismo trabajador en la misma empresa a través de esta modalidad de contrato formativo. A partir de ahora, el trabajador podrá ser contratado a la finalización del contrato para la formación por la misma empresa para una actividad laboral u ocupación distinta (artículo 11.2 c ET). La permanente duda en estos contratos para la formación y el aprendizaje es si los mismos se conciben con la finalidad de que los trabajadores adquieran competencias formativas y profesionales tanto en la perspectiva teórica como práctica, o bien por el contrario sirven exclusivamente como mecanismo de inserción profesional de demandantes de empleo jóvenes con el intenso aliciente ofrecido a las empresas de una reducción de costes laborales o incremento de flexibilidad. No es descartable, pues, que esta nueva regla permisiva de la recontractación pueda inclinar la balanza más sobre lo segundo que lo primero.

IV.2. Fomento de la estabilidad en el empleo

La medida principal recogida en la reforma en materia de fomento de la estabilidad en el empleo es la relativa a la incorporación de una nueva modalidad contractual, literalmente denominada «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores», configurado como un contrato a celebrar por empresas de menos de 50 trabajadores y cuyas principales especialidades residen en el carácter formalmente por tiempo indefinido del contrato, el establecimiento de un período de prueba desde la ley de un año de duración así como un amplio abanico de incentivos económicos, estos últimos condicionados al mantenimiento del empleo durante tres años. En sentido contrario, la norma no exige que la contratación implique creación neta de empleo, algo habitual en este tipo de fórmulas de fomento de la contratación, ni impide la sustitución de estos trabajadores con otros a través de la misma modalidad contractual.

Ciertamente, el aspecto que ha provocado mayor polémica y discusión ha sido el régimen del período de prueba, con una imposición desde la norma que no es lo habitual y, sobre todo, con una ampliación muy notable en cuantía respecto de lo establecido con carácter general por la regulación del período de prueba, sin diferenciación alguna en atención al nivel profesional del trabajador. Las duraciones habituales en las regulaciones europeas suelen ser del tenor de la establecida con carácter general hasta el presente en nuestra legislación laboral, sin fijar duraciones tan prolongadas como las de un año⁶. Tan solo en Francia, en el período 2005-2008, se estableció un contrato de similares características, denominado «nouvelles embauches» para empresas de hasta 25 trabajadores, si bien el mismo acabó siendo suprimido y posteriormente un fallo de la Corte de Casación lo consideró contrario a las exigencias del convenio 158 de la OIT sobre extinción del contrato de trabajo⁷. Por tanto, ello introduce las razonables dudas acerca de si con ello se produce una desnaturalización de la figura del período de prueba, por cuanto que es difícil que una empresa, especialmente si es de pequeñas dimensiones, requiera de un plazo tan prolongado de tiempo para comprobar las aptitudes y actitudes profesionales del trabajador contratado como idóneo para la realización de las tareas que se le encomiendan. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha llegado a declarar contrario a derecho el establecimiento

6 De acuerdo con el dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña antes citado, «en Francia se establece una duración máxima de 2 meses para los obreros; 3 meses para los técnicos y 4 meses para los «cuadros» profesionales (art. L. 1221-19 del Código de trabajo). En Italia, el período máximo es de 6 meses (art. 10 Ley 604-1996, de 15 julio, sobre normas de despido individual); en Portugal, 90 días para el conjunto de los trabajadores, 180 días para los trabajadores que ejerzan cargos de complejidad técnica o un elevado grado de responsabilidad, y 240 días para los trabajadores que ejerzan un cargo de dirección (Ley 7/2009, de 12 de febrero, que aprobó la revisión del Código de trabajo); y en Alemania, la duración máxima del período de prueba es de 6 meses y la resolución unilateral del contrato durante este período está sometida al requisito del preaviso de un mínimo de 2 semanas (art. 622.3 BGB [Código civil alemán])».

7 Corte de casación, sala de losocial (*Cour de cassation, Chambre sociale*), 1 de julio de 2008, fallo 1210. Fallo disponible en el sitio web oficial de la *Cour de cassation* (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_11710.html).

de plazos tan prolongados del período de prueba cuando el mismo ha sido pactado con este tipo de duraciones por parte de la negociación colectiva⁸. Todo ello ha provocado que algunos autores se hayan cuestionado la posible constitucionalidad de la medida, bien lo sea por introducir una excepción injustificada a la necesaria causalidad en la resolución del contrato de trabajo por decisión del empleador, bien por suponer un tratamiento discriminatorio injustificado⁹.

Más allá de esta concreta discusión, lo importante es que los alicientes contemplados en esta norma para esta modalidad contractual, pueden llegar a tener un fuerte impacto en las preferencias empresariales a la hora de optar por una u otra forma de contratación, al extremo de que en términos prácticos se llegue a convertir en la modalidad absolutamente prevalente de contratación en las empresas de menos de 50 trabajadores, llegando incluso a poder convertirse, desde el punto de vista estadístico, casi en el contrato único a celebrar por estas empresas. Todo ello puede provocar un efecto de mantenimiento de las altas tasas de rotación en la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo, a pesar de que estadísticamente se muestre una reducción significativa de la contratación temporal a la vista de que formalmente estos contratos figurarán como contratos celebrados por tiempo indefinido. A la postre, a efectos de la garantía de la estabilidad en el empleo, la clave se encuentra en el dato material de la continuidad efectiva en el tiempo de los contratos de trabajo y no tanto en la formalidad del tipo de contratos de trabajo que se celebren. A tal efecto, debe recordarse también que la experiencia muestra que los incentivos económicos a la contratación indefinida que obligan al mantenimiento del empleo durante tres años, como es el caso de esta nueva modalidad de contratación, manifiestan una elevada tasa de «defunción» de estos contratos justo al momento de superación de tal período de los tres años.

IV.3. Favorecimiento de la flexibilidad interna

De notable extensión e intensidad son las medidas recogidas en la reforma dirigidas a propiciar un mayor uso de los mecanismos de flexibilidad interna en nuestras empresas. Baste con la mención de la relación de instituciones afectadas por la reforma legislativa para intuir la trascendencia de las modificaciones introducidas en esta materia: generalización de la clasificación profesional sobre la base de los grupos profesionales (artículo 22 ET) y correlativa adaptación de régimen de movilidad interna en la empresa (artículo 39 ET), consolidación de la regla sobre jornada irregular de trabajo

8 Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo social, 20 de julio de 2011, resolución judicial 6.680 FJ 2; 12 de noviembre de 2007; resolución judicial 701/2008.

9 Por todos, ver GÓMEZ ABELLERÍA, Francisco Javier. «Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales». En GARCÍA-PERROTE ESCARPÍN, Ignacio & Jesús MERCADER UGUINA (dirs.). Ob. cit., pp. 52-76, pp. 65 y ss.

(artículo 34.2 ET) así como permisividad de la realización de horas extraordinarias para los trabajos a tiempo parcial con independencia de la duración del contrato y manteniendo acumulativamente el régimen alternativo vigente hasta el presente de las horas complementarias (artículo 12.4 c ET), toma en consideración de los requerimientos empresariales organizativos a la hora del ejercicio de los derechos dirigidos a propiciar la conciliación de responsabilidades familiares y laborales (artículo 37 ET), ampliación de las posibilidades de uso de la movilidad geográfica (artículo 40 ET), mayores facilidades para el desarrollo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 ET), supresión de la autorización administrativa para las reducciones de jornada y suspensiones de la relación laboral por causas empresariales (artículo 47 ET), mayor amplitud del mecanismo de descuelgue de condiciones de trabajo pactadas a través de convenio colectivo estatutario (artículo 82.3 ET), plena preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa frente a los convenios sectoriales, sin admisión de reglas alternativas por medio de los acuerdos interprofesionales (artículo 84.2 ET), decadencia final de la regla de la ultraactividad del convenio colectivo tras la superación de los dos años de prórroga ultraactiva (artículo 86.3 ET).

Muchas de las medidas que se incorporan al respecto se sitúan en la senda de profundización en el fomento de la flexibilidad interna entre nosotros, algo que para algunas materias tiene ya un muy largo recorrido. En general, existe una inicial predisposición tanto de las organizaciones empresariales como de las sindicales más representativas a potenciar los instrumentos de flexibilidad interna. Los recientes acuerdos interconfederales sobre negociación colectiva vienen insistiendo en ello en los últimos años, por lo que en esta materia caben márgenes para el consenso. Incluso era fácil prever algunas de las novedades introducidas como continuidad de una línea de actuación ya iniciada tiempo atrás. Ahora bien, en otras medidas se observa un salto cualitativo, en el que se tiende a abandonar el necesario equilibrio entre poderes empresariales unilaterales y flexibilidad negociada.

De nuevo, las principales dudas en esta materia se pueden presentar en orden a la efectividad práctica de estas medidas en cuanto a su alcance para el conjunto de las empresas, a tenor del juego conjunto de todas las instituciones y conformación de nuestro entramado empresarial. De un lado, resulta obligado tener presente que nuestras prácticas de gestión de personal, desde hace ya bastantes décadas, han asentado la presencia de importantes mecanismos alternativos de satisfacción de las necesidades de flexibilidad. En concreto, que otros mecanismos de uso alternativo de la rotación laboral (contratación temporal, flexibilidad externa, descentralización productiva, contratación de autónomos) han sido utilizados de manera recurrente como sucedáneos de los mecanismos

formales institucionalizados de flexibilidad interna¹⁰. Más aun, estos mecanismos alternativos, como vías de escape, incluso en el nuevo escenario pueden resultar para las empresas menos costosos, más ágiles y a la postre más fáciles de gestionar que los propios ortodoxos de la flexibilidad interna. Por tanto, en la medida en que la reforma no actúa adoptando medidas de desincentivo o de freno de las vías de escape mencionadas, es probable que se mantengan altas dosis de rotación en la contratación temporal como fórmula de adaptación de las condiciones de trabajo.

De otra parte, el cambio de orientación principal derivado de todas las medidas acometidas en materia de flexibilidad interna reside en pivotar todas ellas sobre el criterio del reforzamiento a todos los efectos de los poderes unilaterales de decisión empresarial. Si se quiere, dicho en sentido negativo, suprimiendo los correlativos procedimientos de flexibilidad negociada. No cabe la menor duda de que estas fórmulas de flexibilidad unilateral son mucho más sencillas para las empresas y comportan menores dificultades que las técnicas más complejas de la flexibilidad interna, con riesgos incluso a veces de ineficiencia de las mismas. No obstante, tampoco debe desconocerse que nuestro modelo de protagonismo sindical, hasta el momento presente construido en clave de importantes competencias de información, consulta y negociación asumidas por los representantes de los trabajadores en la empresa, ha propiciado útiles sistemas de entendimiento entre las partes. Sistemas que, si son gestionados con la debida habilidad, resultan mucho más eficaces y, por añadidura, proporcionan la posibilidad de tomar en consideración todos los intereses en juego y, en la medida de lo posible, articular las medidas flexibilizadoras con las debidas compensaciones de equilibrio frente a otras medidas más perjudiciales para los intereses de los trabajadores, singularmente aquellas que dificultan en mayor medida la debida conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

Esta nueva filosofía de potenciación sin contrapesos de la flexibilidad interna se lleva a su intensidad máxima cuando se abordan las medidas relativas a la modificación del régimen de negociación colectiva. La de mayor calado se contempla respecto de la posibilidad de descuelgue de condiciones de trabajo de lo pactado en cualquier tipo de convenio colectivo estatutario, con la significativa singularidad de que la misma se puede producir a iniciativa de la dirección de la empresa y sin el consenso de la representación sindical¹¹. Indiscutiblemente ello provoca una importante erosión de la vinculabilidad de lo pactado a través de convenio colectivo entre las representaciones de trabajadores y

10 CRUZ VILLALÓN, Julio. «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010». *Relaciones Laborales*, 21-22 (2010), pp. 81-110, pp. 81 y ss.

11 Sobre el particular, ver CRUZ VILLALÓN, Julio. «El descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012». *Revista de Derecho Social*, 57 (2012).

empresarios, con un evidente efecto de debilitamiento de los procesos de negociación colectiva. En todo caso, la resistencia que pueden mostrar los sujetos colectivos al uso de este mecanismo de inaplicación de lo pactado colectivamente, la manifiesta oposición al procedimiento por parte sindical, pero en similares términos por parte de las organizaciones empresariales más representativas, abre notables incertidumbres acerca de la viabilidad práctica en la utilización de estos procedimientos de descuelgue, de modo que su impacto real puede relativizarse mucho.

Conviene resaltar también la previsión de una regla de preferencia absoluta aplicativa de los convenios colectivos de empresa respecto de los convenios sectoriales. Ya la reforma de la negociación colectiva de junio de 2011 introdujo por primera vez una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pero era una regla de carácter supletorio, de modo que vía acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma establecieran reglas diferenciadas de resolución de las situaciones de concurrencia entre convenios colectivos. La novedad principal, ahora con la reforma de 2012, se sitúa en el dato de que la regla de preferencia aplicativa, tal como está prevista, deja de tener carácter supletorio para convertirse en indisponible para las organizaciones sindicales y empresariales representativas a través de lo que puedan pactar en ese nivel convencional estatal o autonómico. A partir de ahora, las mismas pierden una fuerte capacidad de diseño de la estructura de la negociación colectiva, en la medida en que los acuerdos interprofesionales dejan de tener la posibilidad de fijar reglas de ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos sectoriales y de empresa. Se trata de una intervención legal fuertemente invasiva en la conformación de la estructura de la negociación colectiva que, como es fácil imaginar, puede provocar una considerable devaluación de los convenios colectivos sectoriales, que hasta el momento presente han desempeñado una función central en la homogeneización de las condiciones de trabajo de las empresas pertenecientes al mismo sector de la actividad económica.

En la práctica, también dependerá de si en las pequeñas empresas hay efectiva voluntad de crear unidades de negociación colectivas propias o hay factores de peso que les decidan a mantener el escenario actual de regulación de sus condiciones de trabajo a tenor del convenio sectorial. Debe tenerse en cuenta que en empresas de pequeñas dimensiones, en la mayoría de las ocasiones, no compensan el esfuerzo de mantener un pulso negocial propio y, por ende, el convenio sectorial puede mantener en la práctica una influencia superior a la que se deduciría de la formalidad teórica de la norma. Debe tenerse en cuenta que las dimensiones medias de las empresas en España son mucho más reducidas que en otros países. Y, por añadidura, que hay una larga tradición en la Europa continental, especialmente en el sur y centro, de influencia de los convenios sectoriales, que no se altera fácilmente

de la noche a la mañana. A mayor profundización, habrá que estar a la expectativa de en qué medida esta plena preferencia aplicativa de los convenios empresariales puede provocar un efecto de actuación más o menos espuria por parte de cierto tipo de empresas que desplieguen una actuación de *outsiders* en el conjunto de un sistema de negociación colectiva que hasta el momento presente ha sido más o menos gestionado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Actuación como *outsiders* que, no cabe la menor duda, puede provocar problemas de competencia desleal entre cierto tipo de empresas y a la postre con efectos más negativos que positivos sobre el desarrollo de la actividad económica en general.

Un importante elenco de las medidas adoptadas en este ámbito de la flexibilidad interna van dirigidas no solamente a evitar despidos, sino a marcar una política de fuerte contención salarial, a la vista de la pérdida de instrumentos tradicionales de política económica por parte de los Gobiernos nacionales europeos a partir de la introducción del euro, que impiden adoptar medidas de devaluación de las monedas nacionales ya inexistentes. En ese escenario, las presiones para lograr efectos asimilados se sitúan en el ámbito de la congelación cuando no de la directa reducción de las rentas salariales. A tal efecto, conviene resaltar que los mismos resultados se pueden intentar obtener, incluso con mayor eficiencia, a través de mecanismos diversos de fuerte contención salarial lograda de manera ordenada, gestionada de manera estructurada por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y, por tanto, sin los evidentes riesgos de descontrol del modelo, tanto de relaciones laborales, como de evolución del sistema económico en su conjunto. En particular, conviene resaltar que objetivos similares, pero en esa otra clave de gestión ordenada y estructurada, pretenden lograrse a través de la celebración del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, alcanzado entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas¹². Probablemente no se ha resaltado la trascendencia de este Acuerdo y de las posibilidades de actuación por parte de los poderes públicos en una línea de colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales para lograr una implementación efectiva de tal Acuerdo, lo que hacía innecesario adoptar medidas desestructuradoras de nuestra negociación colectiva y de nuestro sistema de flexibilidad negociada.

IV.4. Remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida

El último gran bloque de intervención sobre el que se actúa en la reforma laboral de 2012 es el relativo al despido por causas empresariales, tanto en su modalidad de adopción individual vía el despido objetivo como la de carácter colectivo a través del régimen correspondiente. Entre

149

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑATOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

¹² BOE, 6 de febrero de 2012.

las novedades más destacadas, resaltarían las siguientes: la eliminación con carácter general de la autorización administrativa para los despidos colectivos; la ampliación de las causas justificativas de los despidos económicos, con el correlativo efecto de reducción del control judicial de justificación de la medida empresarial y la posible reducción en la práctica del coste del despido; la generalización de la cuantía indemnizatoria por despido improcedente a los 33 días de salario por año de antigüedad con el tope de las 24 mensualidades; la supresión completa de los salarios de tramitación cuando el empresario opta por la extinción indemnizada en caso de despido improcedente; la reducción del abono por parte del Fondo de Garantía Salarial de parte de la indemnización por despido, retornándose al régimen establecido con precedencia a la reforma laboral de 2010; una mayor precisión en las obligaciones relacionadas con el plan de recolocación impuesto a las empresas que despidan a más de 50 trabajadores en caso de despidos colectivos.

El real decreto ley inserta las modificaciones en materia de despido dentro del objetivo de favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral. A tal efecto, el preámbulo viene a centrar la ineficiencia del régimen hasta el momento presente en esta materia, considerando que las prácticas empresariales en materia de despido resultan disfuncionales tanto para el interés de los trabajadores como para el de las empresas. Ciertamente, gran parte del diagnóstico efectuado por la exposición de motivo de la norma puede resultar compartible de manera pacífica por la mayoría de los analistas. Diferente es que, con las medidas acometidas por la reforma, vayan a cambiar las prácticas de gestión de las empresas y se vayan a abandonar este tipo de métodos de actuación con el fin de reducir empleo. El principal problema reside en que el modo a través del cual las empresas reducen empleo, adaptando las dimensiones de sus plantillas a su situación económica y productiva, no responde a lo que está previsto en el diseño legal de los diferentes canales y procedimientos de resolución contractual de la relación laboral. Por un lado discurre la programación de la norma laboral y por otro bien diferente las prácticas de actuación por parte de los gestores de personal en el seno de las empresas. Indiscutiblemente se trata de un asunto nada fácil de reconducir, por cuanto que el asunto se viene considerando entre nosotros desde tiempo atrás y por añadidura no es algo exclusivo de nuestro sistema de relaciones laboral sino que concurre en muchos otros países¹³.

En primer lugar, las reducciones de empleo por causas empresariales responden a una situación atinente a la empresa que requiere de medidas de reestructuración laboral adoptadas desde esa perspectiva de globalidad. Dicho de otro modo, siendo una causa común para

¹³ Al respecto, ver CRUZ VILLALÓN, Julio (ed.). *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

responder a la situación de la empresa, lo coherente es que prime el canal del despido colectivo frente a medidas adoptadas de manera individualizada. Sin embargo, el uso del despido colectivo en nuestro país resulta estadísticamente muy reducido en comparación con los procedimientos individualizados de extinción del contrato de trabajo. En ello influyen factores de muy diversa naturaleza, unos sobre los que no actúa la norma reformadora, otros sobre los que no puede actuar, como son los derivados de las reducidas dimensiones de las empresas y su falta de adecuación de los procedimientos de despido colectivo. La única regla que podría incidir al respecto dentro de la reforma sería la relativa a la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos. Habrá que estar a la expectativa de la aplicación práctica de la reforma y el impacto que esta modificación pudiera tener sobre la dualidad individual-colectivo, aunque puede presumirse que esta medida no será suficiente para garantizar un desplazamiento en bloque desde una vía hacia la otra.

En segundo lugar, la presencia de la dualidad contractual entre contratos temporales y contratos indefinidos ha provocado que en los momentos de excedentes de personal en las empresas, estas comiencen por reducir el número de trabajadores contratados temporalmente, denunciando los correspondientes contratos temporales a su vencimiento, sin necesidad de acudir a los procedimientos de despidos. De este modo, la temporalidad se utiliza en muchas ocasiones en nuestro mercado de trabajo no como mecanismo de atención a circunstancias coyunturales de empleo, sino como bolsa de regulación de empleo. De ahí que la propia norma conecte la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo con la corrección de la dualidad del mercado de trabajo. A estos efectos no se aprecia una actuación directa que pueda incidir sobre este particular, sin medidas relevantes que puedan afectar a la práctica de la contratación temporal injustificada. La única medida de impacto que puede mencionarse para ello es nuevamente la introducción, como novedoso, del contrato indefinido para empresas de menos de 50 trabajadores. Como ya indicamos en su momento, de tener resultados de verdadero impacto esta nueva modalidad contractual, ello puede provocar un desplazamiento de la contratación temporal por tiempo inferior a un año en estas empresas por este contrato indefinido con período de prueba de un año de duración. Sin embargo, de verificarse este resultado, la consecuencia será meramente formal, pues lo previsible será que se produzca un mantenimiento a todos los efectos de la dualidad; la única novedad será el modo a través del cual se conforma jurídicamente la mencionada dualidad laboral: hasta ahora sería preferencia en la selección de los temporales en el momento de reducir empleo, a partir de ahora será preferencia en la selección del desistimiento de los contratados con un período de prueba de un año en el momento de reducir empleo.

151

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑATOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

Finalmente, cuando se acude a los procedimientos de despido colectivo es donde aparece el fenómeno tan diáfano explicado por el preámbulo de la norma reformadora del despido exprés, por vía del reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa, sea en el acto de conciliación preprocesal o antes de ello. Ahora bien, a pesar de que la norma contempla medidas de muy variado tenor y en muchos elementos del régimen jurídico del despido, puede que finalmente ninguna de ellas provoque efecto relevante sobre el mecanismo tan asentado ya entre nosotros a favor del despido exprés. Mecanismo que puede seguir subsistiendo con idéntica presencia a como ha sucedido hasta el momento presente. Varios elementos pueden mantener esta práctica empresarial, siempre más ágil, acelerada, segura y de cierre definitivo de un posible litigio entre las partes, garantizando en todo caso la ausencia de dilación derivada de que queda conjurado el riesgo de sucesiva intervención judicial, y la desaparición ya casi definitiva de los salarios de tramitación; así, la aproximación del diferencial indemnizatorio entre despidos procedente e improcedentes orienta aun más si cabe la opción empresarial por la preferencia por el despido exprés, sin olvidar que por mucho que la reforma haya ampliado la causa justificativa del despido por motivos económicos, la regla ha acentuado aun más, si cabe, la dosis de incertidumbre jurídica y de la respuesta de control judicial al efecto.

Por ello mismo, no es descartable que se mantenga ese dato apuntado por el preámbulo de la norma, indicando que «las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido». A nuestro juicio, no hay ningún dato novedoso en el nuevo régimen del despido que apunte a un cambio de tal entidad que pueda provocar una modificación en este criterio.

A la postre, todos los cálculos de costes pueden resultar especialmente influyentes en las decisiones empresariales allí donde se trate de trabajos de baja cualificación profesional o donde quepa una amplia fungibilidad de los trabajadores por cuanto que sus competencias personales y profesionales pasen a segundo plano en el momento de la selección por parte de la dirección de la empresa. Solo cuando se trate de otro tipo de trabajadores, que desempeñen actividades donde haya un valor añadido profesional específico de tales empleados, cabrá que los criterios selectivos sean de orden diverso. Del mismo modo, en la medida en que vayamos hacia un modelo de crecimiento económico configurado sobre la base de empleos en los que prime más la innovación y el desarrollo, por tanto, donde el capital humano sea cualitativamente decisivo por razón de su empleabilidad, en mayor medida perderán peso los criterios tradicionales selectivos basados exclusivamente en el dato mecánico de la antigüedad del trabajador.

V. UNAS NUEVAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO CIVIL

Para concluir este análisis de carácter general de la reforma laboral de 2012 estimo que pueden resultar oportunas algunas reflexiones de la posición que progresivamente va adoptando la legislación laboral de superior autonomía respecto del Derecho Civil y, por derivación, el posible nuevo equilibrio que se está verificando en los principios clásicos informadores del ordenamiento laboral.

No está de más, a estos efectos, comenzar por recordar los orígenes históricos de emergencia del Derecho del Trabajo, como una normativa que va consolidándose en la medida en que adquiere sus propias señas de identidad por comparación con el Derecho Civil. Recordar, específicamente, que constituye una idea generalizada para explicar este fenómeno de progresivo distanciamiento en sus orígenes de ambos ordenamientos sobre la base de que el principio de autonomía contractual individual propio del Derecho Civil partía de una valoración de equiparación de posiciones de ambos contratantes, no adecuada en el mundo del trabajo, a la vista de la presencia de un contratante marcadamente débil: el trabajador subordinado. De ahí que la orientación desde sus orígenes del Derecho del Trabajo respecto del resto del Derecho Privado no fuera otra que diseñar una intervención legislativa de particular tutela del contratante débil y, sobre la base de ello, distanciarse de las reglas más clásicas de la contratación privada; especialmente de las reglas que primaban la autonomía de la voluntad contractual sobre la base de atribuir un carácter dispositivo a la mayoría de las reglas legales, que solo primaban cuando jugaban intereses de orden público. De ahí, por contraste, la centralidad en la legislación laboral de la norma imperativa, especialmente en clave de establecimiento de derechos indisponibles mínimos a favor del trabajador. De ahí también una presencia más intensa de la administración laboral, con una labor complementaria de control de la efectividad del cumplimiento de esas normas de mínimos de derecho necesario. De ahí, adicionalmente, un singular fomento de las instituciones propias que manifestaban el desarrollo de la autonomía colectiva, igualmente como instrumento indirecto de compensación del desequilibrio inicial de posiciones entre las partes. De todo lo anterior, se ha ido procediendo igualmente a una identificación de todo un conjunto de principios informadores específicos de la legislación laboral, presididos por ese criterio de tutela del contratante débil.

No cabe la menor duda de que la descripción precedente adolece de una notable simplicidad valorativa de la enorme complejidad que actualmente presenta el ordenamiento laboral, especialmente derivada de la progresiva evolución del Derecho del Trabajo, que ha desembocado en multitud de matices a las perspectivas anteriores. En todo caso, ese desarrollo evolutivo en ningún caso llega a desmentir, en una comprensión global,

153

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑATOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

la diferencia comparativa que se mantiene entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil, y que por añadidura puede seguir considerándose que esa diferencia comparativa continúa sustentándose en cierto modo en los datos antes muy superficialmente descritos.

Eso sí, uno de los matices principales en este ámbito proviene del cada vez más profundo proceso de incorporación de mecanismos de flexibilidad laboral, dirigidos a atender a los requerimientos empresariales de gestión de la empresa conforme a sus necesidades de incremento de la competitividad y productividad económica. Esta línea de tendencia indiscutiblemente provoca no solo una minoración de la tutela del contratante débil en el ámbito del Derecho del Trabajo, sino la presencia cada vez más fuerte de una legislación laboral que en su seno busca un nuevo equilibrio de intereses. Legislación en la que se pretenda ahora atender tanto los asuntos correspondientes a la seguridad de los trabajadores como a la flexibilidad de los empleadores. Lo que a la postre obliga también a una reconsideración acerca de cuáles son en estos momentos esos principios informadores del contemporáneo Derecho del Trabajo y en qué medida obliga a alterar los más clásicos y «ortodoxos».

Posiblemente estamos viviendo desde hace ya bastantes décadas ese proceso evolutivo de los contenidos y orientaciones de la legislación laboral, de modo que ello casi constituye un interrogante recurrente en los últimos años en la doctrina laboral. Sin embargo, se trata dentro de estas reflexiones finales simplemente de intentar comprobar hasta qué punto ello presenta una intensificación singular a través de la últimas de las reformas laborales y, en particular, en qué medida ello pueda ser igualmente un elemento que nos aproxime a la pregunta inicial de este estudio de en qué medida con la reforma de 2012 nos encaminamos hacia un nuevo modelo laboral, hacia una nueva comprensión del tipo de intervención que corresponde al poder público en el ámbito de las relaciones laborales.

Sin poder entrar en mayores profundidades, nuestra primera intuición en el enfoque de arranque de este apartado es que la evolución de la normativa laboral no nos conduce a una vuelta de la misma a su casa de origen, al Derecho Civil, sino todo lo contrario: un acentuarse aun más, si cabe, la separación entre un ordenamiento y otro. Eso sí, un reforzamiento de la autonomía del Derecho del Trabajo respecto del Derecho Civil ahora concebido con una funcionalidad diversa a aquella que lo determinó en su origen histórico.

En efecto, ahora lo que puede percibirse es una clara tendencia a evitar la aplicación de las reglas más genuinas del Derecho Privado, pues ahora lo que vendrían a provocar la aplicación de las reglas civiles no sería otra cosa que un efecto obstaculizador de la articulación de técnicas jurídicas flexibles dirigidas a atender los requerimientos empresariales

de competitividad y productividad. En otros términos, podemos estar experimentando ahora una separación de signo diverso para construir un sistema jurídico laboral diferenciado del civil que se muestra rígido en exceso para atender las necesidades ahora del contratante fuerte. Baste al efecto con señalar algunos ejemplos emblemáticos.

El primer y probablemente más significativo es el modo comparativamente diferencial con el que se articula el tradicional principio del *pacta sunt servanda*, tanto en su vertiente individual (modificación sustancial de condiciones de trabajo) como colectiva (descuelgue salarial). Ese clásico principio del *pacta sunt servanda* se concreta en lo civil en la regla de que «el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (artículo 1.256 CC), del que deriva la protección novatoria que exige la voluntad concurrente de ambas partes para alterar las condiciones de ejecución de lo pactado. Para adaptar dicha fórmula a las peculiaridades del trabajo subordinado y al ejercicio del poder de dirección del empleador, ello se ha pretendido conciliar sobre la base de la identificación de condiciones esenciales del contrato que formaban parte del trabajo pactado y, por ende, que requerían en todo caso del consentimiento de la contraparte —bien individual o bien colectiva— para modificarlas o bien de la concurrencia de circunstancias de cierta excepcionalidad que admitieran transitoriamente el ejercicio del *ius variandi*. Ahora bien, esas diferencias y fronteras se han venido difuminando con el paso del tiempo, de modo que, como resultado de reformas sucesivas, la exigencia de la concurrencia de esas circunstancias de excepcionalidad ha desaparecido prácticamente por completo, al tiempo que la extensión de lo modificable se amplía intensamente hasta límites difíciles de identificar, al extremo que obliga a preguntarnos cuál es el juego más o menos residual que mantiene el principio civil del *pacta sunt servanda* en el ámbito de lo laboral.

Este mismo asunto se presenta igualmente en la perspectiva colectiva, cuando el principio del *pacta sunt servanda* colectivo, técnicamente articulado entre nosotros bajo la regla de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, se procede a exceptuar por la vía de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, que a partir de la reforma de 2012 se apartan del modelo de flexibilidad negociada y, con ello, se pueden desencadenar como resultado de la iniciativa de una de las partes (la dirección de la empresa) y sin el necesario concurso de la otra (la representación colectiva de los trabajadores) por la articulación de un mecanismo de arbitraje obligatorio. También aquí, con base en causas muy amplias, se rompe con el principio civil de la protección novatoria, con el agravante adicional de que en esta ocasión el principio del *pacta sunt servanda* colectivo tiene reconocimiento constitucional (artículo 37.1 CE). En todo caso, no se trata de reiterar lo ya tratado en otra ocasión, sino de traer a colación otro ejemplo que rompe las

155

HACIA UN
NUEVO MODELO
LABORAL EN
ESPAÑATOWARDS A
NEW LABOR
MODEL IN SPAIN

perspectivas de conservación de principios civiles para la contratación laboral, ahora de carácter colectivo.

Todo lo anterior desemboca en que a partir de ahora tendremos que profundizar en una discusión más general, relativa al espacio aplicativo que resta a las reglas generales del Derecho Civil para la interpretación o integración de la normativa laboral. La respuesta será fácil cuando expresamente el correspondiente precepto laboral aluda a uno de estos criterios generales de la contratación civil. Sin embargo, las dudas cada vez serán más intensas respecto de los pasajes donde se advierta un silencio al respecto. Doctrinalmente hemos siempre partido del principio general interpretativo de que las reglas de la contratación civil, y en general los principios informadores del Derecho Civil, son aplicables supletoriamente a los efectos de integrar e interpretar la norma laboral allí donde concurra alguna dificultad al respecto y no se aprecie contradicción finalista entre el sentido de la norma laboral y la correspondiente civil. Ahora bien, esa presuposición de partida pacífica en nuestra doctrina no se basa en ningún concreto mandato legal presente en nuestro ordenamiento vigente. Por decirlo de otro modo, mientras que esa supletoriedad ha sido siempre expresa en la legislación procesal laboral respecto de la ley de Enjuiciamiento Civil, no ha concurrido regla explícita paralela para la vertiente del Derecho sustantivo o material, es decir, del Derecho del Trabajo respecto del Derecho Civil.

Baste con mencionar algún concreto ejemplo en forma de interrogante: ¿cabrá a partir de ahora deducir que los principios generales de proporcionalidad y causalidad constituyen un canon hermenéutico imprescindible para comprobar la concurrencia de causa justificativa para despedir por motivos económicos? Sin poder entrar en mayores precisiones, en términos aproximativos probablemente existan mayores argumentos de peso para decantarnos por la respuesta afirmativa, en la medida en que se trata de principios generales orientadores del conjunto del ordenamiento jurídico, y no patrimonio exclusivo de uno de ellos. Eso sí, ya es suficientemente ilustrativo de que a partir de ahora se plantee un interrogante que con toda certeza en el pasado nadie hubiera ni siquiera discutido. No se trata de un ejemplo aislado, sino que, a nuestro juicio, provoca un enfoque de carácter general, que acaba incidiendo sobre la funcionalidad general del Derecho del Trabajo, sobre sus principios informadores, sobre los criterios idóneos de interpretación e integración de sus normas, por lo que no constituye ningún tipo de exceso respecto de si nos encaminamos hacia una nueva concepción del Derecho del Trabajo en las sociedades modernas.

Recibido: 9/01/2012

Aprobado: 16/03/2012

Legislación de emergencia y reforma laboral en España (2011-2012)

Emergency legislation and labor reform in Spain (2011-2012)

ANTONIO V. SEMPERE*

Resumen: El Derecho del Trabajo español está atravesando una etapa de continuas y desordenadas reformas, la mayoría de ellas realizadas a través de normas aprobadas por el Gobierno invocando razones de urgencia. Aquí se da cuenta de seis reales decretos leyes recientes y relevantes aprobados entre 2010 y 2012.

Palabras clave: reforma laboral – legislación laboral de emergencia

Summary: Spanish Labor Law is going through a phase of continuous and disordered reforms, most of them made through approved rules by the Government invoking reasons of urgency. Here are explained six recent and relevant Royal Decrees-Laws approved between 2010 and 2012.

Keywords: labor reform – emergency labor legislation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REAL DECRETO LEY 10/2010, DE 16 DE JUNIO, SOBRE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO.– III. REAL DECRETO LEY 1/2011, DE 11 DE FEBRERO, DE EMPLEO ESTABLE Y RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL.– IV. REAL DECRETO-LEY 5/2011, DE 29 DE ABRIL, SOBRE EMPLEO SUMERGIDO.– IV.1. CUESTIONES GENERALES.– IV.2. INCUMPLIMIENTOS REGULARIZABLES.– IV.3. EFECTOS DE LA REGULARIZACIÓN.– IV.4. SANCIONES ESPECÍFICAS.– V. REAL DECRETO LEY 7/2011, DE 10 DE JUNIO, SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.– V.1. UNA REFORMA «IMPUESTA».– V.2. UNA REFORMA «PROVISIONAL».– V.3. UN ENVOLTORIO NORMATIVO CUESTIONABLE.– V.4. UNOS PRESUPUESTOS HABILITANTES DUDOSOS.– V.5. UNA FIGURA DISCUTIBLE.– V.6. NÚCLEOS BÁSICOS.– V.7. OBJETIVOS.– V.8. OTRAS CUESTIONES.– VI. REAL DECRETO LEY 10/2011, DE 26 DE AGOSTO, SOBRE EMPLEO Y DESEMPLEO.– VI.1. CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE.– VI.2. OTRAS CUESTIONES.– VII. REAL DECRETO LEY 3/2012, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL.– VII.1. CONTENIDO DE LA REFORMA.– VII.2. OPINIÓN TÉCNICA

* Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), socio del Estudio Gómez-Acebo & Pombo, director de Aranzadi Social y Profesor Honorario de la UDEP.

I. INTRODUCCIÓN

Al hilo de la persistente y grave crisis económica por la que atraviesa nuestro país, el ordenamiento laboral viene siendo sometido a un continuo proceso de cambios, la mayoría inspirados por la ilusión de atajar o aminorar los perniciosos efectos de aquella. En particular, durante los tres últimos años se ha observado una utilización desmesurada de la legislación *de emergencia*. El Gobierno, amparado en la hipótesis constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad, aprueba una norma con rango de ley («real decreto ley»), luego sometida a convalidación del Parlamento. Realizaremos aquí un inventario de las materias abordadas por los más relevantes:

- El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, sobre Reforma del Mercado de Trabajo.
- El Real Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de Empleo Estable y Recualificación Profesional.
- El Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de abril, sobre Empleo Sumergido.
- El Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, sobre Negociación Colectiva.
- El Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto, sobre Empleo y Desempleo.
- El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral.

¿Cómo puede explicarse que, de repente, todos los problemas laborales acaben siendo urgentes, que los Gobiernos de uno u otro signo sucumban a esa tentación? Mejor pasemos a ejemplificar lo dicho con el examen de lo realizado por la última de las normas citadas: sus razones de fondo (que quieren corresponderse con los presupuestos constitucionales de «extraordinaria y urgente necesidad») son las que aparecen encabezando la densa Exposición de Motivos de la norma:

- La destrucción de empleo que viene dándose en los últimos años¹, con especial incidencia en la población juvenil².

1 La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. La gravedad de la crisis actual no tiene precedentes. España ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas. Los datos de la última Encuesta de Población Activa describen bien esta situación: la cifra de paro se sitúa en 5 273 600 personas, con un incremento de 295 300 en el cuarto trimestre de 2011 y de 577 000 respecto al cuarto trimestre de 2010. La tasa de paro sube en 1,33 puntos respecto al tercer trimestre y se sitúa en el 22,85%.

2 La destrucción de empleo ha sido más intensa en ciertos colectivos, especialmente los jóvenes cuya tasa de paro entre los menores de 25 años alcanza casi el 50%. La incertidumbre a la hora de entrar en el mercado de trabajo, los reducidos sueldos iniciales y la situación económica general

- La prolongada duración del desempleo, es decir, la dificultad de acceso a un nuevo empleo por parte de quienes lo han perdido³.
- La dualidad de la población activa, segregada peligrosamente entre estable y una elevada cifra de empleados temporales⁴.
- Los perniciosos efectos que sobre la Seguridad Social posee esa negativa evolución del empleo y la consiguiente prolongada atención a quienes lo han perdido⁵.

Ante esa negativa *situación económica y del empleo*, el Ejecutivo entendió que era preciso *adoptar una reforma inmediata*, mucho más cercana actuando por esta vía de urgencia que recurriendo a la legislativa; pese a la mayoría absoluta con que cuenta en las Cámaras el Partido Popular. Sin embargo, desde el principio contrarrestó esa relativa unilateralidad en la aprobación del texto reformista con el anuncio de su tramitación como proyecto de ley. De ese modo, no es la voluntad del Gobierno (se viene a decir), sino *la muy deficiente situación del mercado laboral español* la causa de que se haya de recurrir a este método normativo⁶.

Pese a la relativa neutralidad con que se desea justificar la técnica seguida (hay un problema muy grave, debe resolverse de inmediato), en esa decisión tampoco resulta complicado encontrar una censura al régimen jurídico preexistente, necesitado de rápida y profunda revisión:

- Se quiere proporcionar a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo.
- La norma pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores.

están provocando que muchos jóvenes bien formados abandonen el mercado de trabajo español y busquen oportunidades en el extranjero.

- 3 El desempleo de larga duración en España es también más elevado que en otros países y cuenta con un doble impacto negativo. Por un lado, el evidente sobre el colectivo de personas y, por otro, el impacto adicional sobre la productividad agregada de la economía. La duración media del desempleo en España en 2010 fue, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de 14,8 meses, frente a una media para los países de la OCDE de 9,6 y de 7,4 meses para los integrantes del G7.
- 4 Este ajuste ha sido especialmente grave para los trabajadores temporales. Mantenemos una tasa de temporalidad de casi el 25%, mucho más elevada que el resto de nuestros socios europeos. La temporalidad media en la Unión Europea es del 14%, 11 puntos inferior a la española.
- 5 La destrucción de empleo durante la última legislatura tiene efectos relevantes sobre el sistema de la Seguridad Social. Desde diciembre de 2007 el número de afiliados ha disminuido en casi 2,5 millones (un 12,5%). Con mayor razón, si el gasto medio mensual en prestaciones por desempleo en 2007 fue de 1280 millones de €, en diciembre de 2011, el gasto ascendió a 2584 millones.
- 6 Jueces para la Democracia (JD), sin embargo, denuncia una urgencia que no es posible relacionar con unos objetivos a los que no puede hacer frente, y que se utilizan para atacar a la esencia misma del Derecho del Trabajo, intentando despojarle del carácter tuitivo y compensador del tradicional desequilibrio entre las partes de la relación de trabajo.

De hecho, buena parte de la exposición de motivos se dirige a justificar la concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad. La censura que el Tribunal Constitucional (TC) ha realizado en diversas ocasiones a este tipo de norma se encuentra, sin duda, en la base de esa actitud, sin duda concedora de la jurisprudencia constitucional sobre el tema:

- La utilización del real decreto ley es constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que la gobernación del país requiera de una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exijan una rápida respuesta⁷.
- No es arbitraria o abusiva la utilización del decreto ley como respuesta rápida y necesaria ante la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial⁸.
- Para constatar si un decreto ley se dictó en un caso de extraordinaria necesidad, se deben valorar todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno a dictarlo⁹.
- El juicio político sobre la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de decretos leyes corresponde al Gobierno, sin perjuicio de su posible control jurídico en caso de ausencia de toda justificación¹⁰.
- A los efectos del control jurídico sobre la extraordinaria y urgente necesidad, en la apreciación de lo que haya de considerarse como tal, es forzoso conceder el peso al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado¹¹.

A la vista de todo ello, puede aventurarse que la mayoría de las innovaciones aparece adecuadamente justificada; algunas de ellas guardan menos conexión con el supuesto de hecho reseñado y pueden cuestionarse¹². En todo caso, destáquese lo principal: estamos ante una norma con rango de ley y solo por decisión del TC puede inaplicarse, con independencia de que su entero contenido, como el de cualquier otra norma, haya de interpretarse siempre del modo más acorde con los preceptos constitucionales.

Seguidamente se examina, de manera superficial, cada una de esas normas. Eso impide realizar un estudio profundo sobre cualquier de las instituciones albergadas en ellas, pero a cambio va a permitir

7 Sentencia del TC número 29/1986, de fecha 20 febrero, fundamento jurídico 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); Sentencia del TC número 177/1999, de fecha 15 noviembre, fundamento jurídico 3.

8 Sentencia del TC número 29/1986.

9 Sentencia del TC número 29/1982, de fecha 31 de mayo, fundamento jurídico 4 (Ponente, Sr. Velasco Vallejo).

10 Sentencia del TC número 29/1986; Sentencia del TC número 177/1999.

11 Sentencia del TC número 29/1986.

12 Conclusión similar se obtendría examinando el resto de normas reseñadas.

obtener la idea de que (pese a la algarabía empresarial, sindical y política) los cambios poseen bastantes cosas en común: el elenco de materias afectado por las reformas apenas varía, las normas comparten sustancialmente el diagnóstico sobre los problemas y se marcan metas muy similares; por descontado, las divergencias surgen cuando se diseña el modo de recorrer el camino propuesto.

161

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

II. REAL DECRETO LEY 10/2010, DE 16 DE JUNIO, SOBRE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO

Tras un largo período de negociaciones entre los agentes sociales y el Gobierno, en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) de 17 de junio apareció publicado el importante Real Decreto ley 10/2010, de 16 de junio, sobre Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo. Los números del año y de la norma incitan a hablar de «Reforma Diez» y suscitar así, malévolamente o no, el debate sobre su calidad. Cayendo decididamente en la tentación de polemizar, se ofrece aquí una lista de opiniones «breves».

Con el fin de adaptar el sistema normativo español de relaciones laborales a las necesidades del mercado de trabajo y reducir el desempleo, el Real Decreto Ley 10/2010 modifica el Estatuto de los Trabajadores (ET) y las normas concordantes en diversas materias: contratación, flexibilidad interna de las empresas, extinción del contrato, negociación colectiva, intermediación laboral y fomento del empleo, igualdad.

- La norma se separa en muchos temas provenientes de los diversos documentos preparatorios; debemos evitar el error de juzgarla por cosas que no prescribe. ¿Hacemos bien en utilizar esos pre-textos como elementos interpretativos?
- Su extensión y complejidad recomienda que las valoraciones sean también matizadas; descalificaciones globales o respaldos entusiastas parecen desaconsejables. ¿Por qué optar monolíticamente?
- La concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad es muy discutible en temas cuya virtualidad se posterga, así como *provocada* por quien goza de iniciativa legislativa y no ha tomado anteriormente medidas para afrontar los problemas ahora acuciantes. ¿Hay cierto fraude constitucional en ello?
- La discusión sobre la subvención de ocho días de indemnización a cargo del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) distrae la atención respecto de lo esencial; la medida quizá no llegue a aplicarse nunca (debe transcurrir más de un año y no haberse

puesto en marcha el Fondo de capitalización). ¿Para qué llegar a conclusiones numantinas sobre si los ocho días se abonan también en los despidos improcedentes o se acumulan a la tradicional responsabilidad directa en despidos de Pequeña y Mediana Empresa (PYMES)?

- No nos enredemos en discusiones de principio sobre si se ha abaratado el coste del despido. Se ha reducido el preaviso en el objetivo, aligerado los trámites en el colectivo, ampliado la posibilidad de despedir con 33 días, previsto la financiación parcial del FOGASA, etcétera. ¿Hablamos de indemnización por despido o de sus costes?
- Importantísimo que la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y el ET ya no califiquen como nulo el despido objetivo con defectos de forma.
- Será muy, poco o nada relevante el cambio en la causa de despido colectivo (acertadamente parificada con el objetivo) en función de la actitud del intérprete; pero las normas han cambiado y no se habla de necesidad sino de «razonabilidad», además de clarificarse lo que el empleador debe acreditar. ¿Se ha limitado la norma a postular criterios jurisprudenciales?
- El ET toma las riendas de problemas hasta ahora dejados en manos de la negociación colectiva: descuelgue salarial, duración de los contratos para obra o servicio, conversión en fijos de los temporales reiterados. ¿No debieran hacer los convenios colectivos el mismo examen de conciencia que hay en la exposición de motivos del real decreto ley?
- Dogmáticamente es difícil de entender que el contrato para obra o servicio deje de serlo por el transcurso del tiempo; debe recalcar que ello no atenúa la necesidad de que concurren autonomía y sustantividad. ¿Habrán que tramitar un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) común cuando se termine la obra o servicio?
- En la novación contractual importante (descuelgue salarial, modificaciones sustanciales, movilidad geográfica) se ha buscado una fórmula sibilina sobre el modo de resolver las discrepancias; pero si la ley no puede imponer el arbitraje obligatorio, tampoco puede exigir a los convenios que lo impongan. ¿O sí?
- La entrada en juego de las agencias lucrativas de colocación o la apertura de mayores campos de actuación para las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) se compatibiliza con el mantenimiento de severas prohibiciones o consecuencias para los casos en que se salta la legalidad. ¿Pierde algo su dignidad o valor el trabajo humano por esa circunstancia?

- La potenciación de los contratos formativos (algún derecho más para los trabajadores, mayores posibilidades de utilización para las empresas) no reduce la necesidad de que la realidad responda a su contenido formal. ¿Convendría alguna reforma educativa, no solo laboral, en esta cuestión?
- ¿Tiene sentido el mantenimiento de un contrato indefinido como medida de fomento del empleo, con un complejo cuadro de requisitos, solo para permitir su extinción improcedente a menor coste? Si la medida es buena, ¿por qué no se generaliza? Y si es inadecuada, ¿por qué no se suprime?
- Hace bien el real decreto ley en abordar la suspensión y reducción de jornada por razones económicas, en concordarlo con la protección por desempleo, o en incentivar su utilización para evitar despidos. Algo fuera de contexto parece que se exija aquí acreditar la «necesidad» de la medida y no solo su razonabilidad; y sorprende que no se recupera la cotización homogénea (y rebajada) por contingencias profesionales durante la suspensión. ¿Qué sentido tiene ello?
- Necesariamente, las disposiciones transitorias han de merecer especial atención, suscitando algunas dudas sobre la virtualidad de las nuevas restricciones sobre contratación laboral o el cambio respecto del descuelgue salarial, por ejemplificar. ¿Puede aplicarse la nueva regulación aunque estén en vigor convenios del viejo sistema?
- Se ha abierto el debate sobre si la «distribución del tiempo de trabajo» puede modificarse de modo sustancial conduciendo a jornadas irregulares respecto de convenios que no la prevén. ¿Puede sostenerse que el artículo 41 del ET ha crecido en extensión pero no en complejidad?
- Las omisiones del real decreto ley respecto de ciertos temas, sistema de negociación, ultraactividad y eficacia de los convenios, control del absentismo, vinculación de los salarios al rendimiento, polivalencia y movilidad funcional, disciplina empresarial, nuevas tecnologías, derechos sindicales y otra larga lista de materias, no debieran lastrar la virtualidad de lo que sí se ha cambiado. ¿Cambiarán las cosas a lo largo de la tramitación parlamentaria?

Agentes sociales, asesores, miembros de la Administración o de la Judicatura, graduados sociales, abogados, directores de personal, representantes de los trabajadores, profesores, prevenciónistas, funcionarios y otros muchos colectivos relevantes en el ámbito de las relaciones laborales tenemos ahora el desafío de aplicar la norma de acuerdo con nuestras creencias e intereses. ¿Juego limpio o todo vale?

163

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

En líneas generales, la reforma no constituye una alteración sustancial del modelo de relaciones laborales, aunque supone un importante ajuste en instituciones clave como la contratación o el despido. Se modifican o retocan algunas instituciones importantes, como las modalidades contractuales (obra o servicio y fomento de la contratación indefinida, pero también los formativos) o la extinción del contrato (individual y colectivo) por causas económicas. Se aligera transitoriamente la carga que soportan las empresas respecto de las indemnizaciones por despido, trasladando al FOGASA la responsabilidad del abono de una parte de aquellas. Se flexibilizan las reglas del descuelgue salarial y se da entrada a los sindicatos más representativos, o representativos en el sector, para negociar traslados colectivos o modificaciones sustanciales de las condiciones laborales. Por otra parte, se potencia la negociación colectiva en diferentes ámbitos y el papel de las agencias privadas de colocación; se da entrada a las ETT en la concertación de contratos de puesta a disposición en trabajos o tareas hasta ahora prohibidas. En fin, se establecen medidas de apoyo a la reducción de jornada (con la modificación consiguiente de las normas en materia de desempleo parcial) y a la contratación de jóvenes (hasta 30 años) y de desempleados a través de un paquete importante de bonificaciones.

III. REAL DECRETO LEY 1/2011, DE 11 DE FEBRERO, DE EMPLEO ESTABLE Y RECUALIFICACIÓN PROFESIONAL

Esta norma de urgencia estableció un nuevo régimen de bonificaciones a la contratación laboral en los términos siguientes:

1. Vigencia de la medida: un año a partir del 13 de febrero de 2011.
2. Cuantía de la reducción: 100% en todas las cuotas empresariales a la Seguridad Social en empresas cuya plantilla sea inferior a 250 trabajadores. 75%, si la empresa cuenta con 250 trabajadores o más. Expresamente se incluyen como beneficiarios de estas reducciones los trabajadores autónomos, las sociedades laborales y las cooperativas que hayan optado en sus estatutos por el Régimen General de la Seguridad Social.
3. Duración de la reducción: 12 meses desde la contratación.
4. Requisitos de los trabajadores: desempleo acreditado mediante inscripción ininterrumpida en la oficina de empleo desde, al menos, el 1 de enero de 2011. Ser joven (16-30 años) o estar inscrito como desempleado al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación.
5. Tipo de contrato: a tiempo parcial, ya sea indefinido o de duración determinada. La jornada ha de estar comprendida entre el 50% y

- el 75% de la de un trabajador a tiempo completo comparable, en los términos del artículo 12 del ET. Si se concierta un contrato de duración determinada: La duración inicial prevista ha de ser igual o superior a seis meses. Se excluyen los contratos de interinidad y de relevo.
6. Requisitos de las empresas: la contratación ha de suponer un incremento neto de la plantilla, lo cual se verifica mediante la comprobación de que el promedio de trabajadores en activo durante los noventa días anteriores a la contratación es menor del que resulta en el momento en que esta se produce. El promedio diario de trabajadores con contratos indefinidos o temporales en el período de los noventa días anteriores a la nueva contratación o transformación se calcula dividiendo entre noventa la suma de los contratos indefinidos o temporales que estuvieran en alta en la empresa en cada uno de los noventa días inmediatamente anteriores a la nueva contratación o transformación. Del cómputo se excluyen los contratos indefinidos o temporales que se hubieran extinguido en dicho período por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. El segundo requisito es el mantenimiento del nivel de empleo durante el período de la reducción. La norma no desarrolla este extremo, pero analógicamente debe entenderse que el volumen neto de la plantilla en el momento en que finaliza la reducción de las cuotas ha de ser superior al existente en el momento de la contratación. Llegado el caso, previo requerimiento de las entidades gestoras de la Seguridad Social, la empresa deberá acreditar este extremo. El incumplimiento por las empresas de alguno de estos dos requisitos dará lugar al abono de las cotizaciones correspondientes a las reducciones aplicadas.
 7. Transformación de contratos: según la regla general, es posible la transformación de los contratos temporales en indefinidos (ordinarios o de fomento) antes del término del año, sin perder la reducción. Según la regla especial, las empresas que hubieran concertado contratos temporales y, antes del transcurso de un año desde la fecha de celebración, procedieran a su transformación en indefinidos, con la misma jornada u otra superior, tendrán derecho a disfrutar de las bonificaciones de cuotas establecidas en el artículo 10 de la ley 35/2010, de 17 de septiembre¹³. En estos casos, se descontará del período bonificado el ya consumido

¹³ 66,67 euros/mes (800 euros/año), durante tres años o, en su caso, por su equivalente diario, en el supuesto general (jóvenes con especiales dificultades de encontrar un empleo); 83,33 euros/mes (1000 euros/año) o su equivalente diario, en el caso de las mujeres; 100 euros/mes (1200 euros/año) o su equivalente diario, en el caso de mayores de 45 años con especiales dificultades para encontrar un empleo.

como consecuencia de la aplicación de la reducción prevista en la norma.

8. Trabajadores desempleados que, cumpliendo los requisitos generales, sean discapacitados, tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género o de violencia doméstica, o se encuentren en situación de exclusión social: la empresa podrá optar por aplicar las reducciones de cuotas establecidas en el real decreto ley o las bonificaciones reguladas en el capítulo I de la ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, si concurren los requisitos correspondientes.
9. Aplicación de otros beneficios al término del año de vigencia del real decreto ley: una vez transcurrido el período de un año de aplicación de la reducción de cuotas, las empresas que hubieran celebrado contratos indefinidos podrán, en su caso, acogerse a la bonificación que pudiera corresponderles de acuerdo a la ley 35/2010, de 17 de septiembre, o al artículo 2 de la ley 43/2006, de 29 de diciembre, exclusivamente por el tiempo que reste de la misma, descontando el período transcurrido de reducción. Esta previsión también se aplica a los contratos temporales concertados con discapacitados, víctimas de violencia de género o de violencia doméstica, o en situación de exclusión social, siempre que cumplan los requisitos exigidos a los trabajadores en general.

IV. REAL DECRETO LEY 5/2011, DE 29 DE ABRIL, SOBRE EMPLEO SUMERGIDO

El real decreto ley establece un plazo durante el cual los empresarios pueden regularizar la situación de sus trabajadores irregulares. Estas situaciones no serán objeto de sanciones administrativas por el incumplimiento de las obligaciones en relación con la declaración y el reconocimiento de los derechos de los trabajadores afectados, así como en materia de Seguridad Social, estableciéndose la posibilidad de aplazamiento de las deudas con la Seguridad Social en determinadas condiciones.

Si el empresario se somete al procedimiento de regularización, podrá acogerse a la modalidad de contratación que responda a las características, finalidad y supuestos previstos en la normativa sobre modalidades contractuales.

También se regulan las consecuencias de los eventuales incumplimientos del régimen jurídico de la regularización y se prevé la evaluación y seguimiento de las disposiciones de este real decreto ley, oída la Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

IV.1. Cuestiones generales

Como se ha visto, la Unión Europea incentiva actuaciones que ayuden a aflorar empleos irregulares, pero de modo controlado y prudente. Por eso, se comprende tanto la concesión de un plazo breve (desde el 7 de mayo al 31 de julio) para la regularización, cuanto la necesidad de evaluar los efectos de este expediente. En concreto (ver disposición adicional segunda), a partir del 7 de noviembre de 2011 («transcurridos seis meses desde la entrada en vigor») realizará una evaluación y seguimiento de los resultados de las medidas adoptadas. Esa evaluación se realizará oyendo a la Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y servirá para adoptar o promover las medidas de adaptación o modificación que resulten adecuadas¹⁴.

Puesto que se endurecen sanciones, se perdonan infracciones y se altera, con todo ello, el contenido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), conviene tener muy presente que las infracciones cometidas hasta el 31 de julio de 2011 se sancionarán conforme a las cuantías y se someterán al régimen de responsabilidades vigente con anterioridad a dicha fecha (disposición transitoria única).

IV.2. Incumplimientos regularizables

- El «proceso voluntario de regularización» se describe en el artículo primero del Real Decreto Ley 5/2011 y debe ser interpretado de forma restrictiva: Pueden acogerse al mismo «los empresarios que ocupen trabajadores de manera irregular». Parece razonable entender que aquí tienen cabida las cooperativas respecto de sus socios-trabajadores y cualesquiera empleadores respecto de sus asalariados, pero no los autónomos o quienes (servidores domésticos) vienen ellos mismos obligados a promover su afiliación y alta.
- La dicción normativa excluye la posibilidad de que las empresas regularicen situaciones de quienes han sido sus empleados pero han dejado de serlo. Sin embargo, sí entran los períodos pretéritos de actividad desempeñados por antiguos trabajadores y que vuelvan a ser contratados por la empresa; lo importante es que todo refiera a quienes son trabajadores al momento de interesarse la empresa por la regularización.
- La irregularidad que puede aflorar solo refiere a una cuestión: «no haber solicitado su afiliación inicial o alta en la Seguridad Social», quedando al margen todas las demás actuaciones ilegales

¹⁴ No se comprende la razón por la que hay que esperar hasta noviembre para evaluar los resultados de una medida que fenece en julio; la norma debería haber discriminado el modo (plazos incluso) de evaluar las diversas previsiones.

en materia de contrato de trabajo, libertad sindical, prevención de riesgos laborales, empleo, etcétera.

- Hay un plazo estricto para que las empresas puedan acogerse al beneficio de referencia: desde el 7 de mayo hasta el 31 de julio de 2011.

Asimismo, el camino para acceder a esta normalización es único y viene indicado en el artículo 2.1 del real decreto ley:

- Las empresas «deberán solicitar» la subsunción de las irregularidades que deseen en el ámbito aplicativo del real decreto ley, sin que sea posible la actuación de oficio (a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social o la Inspección), ni surte idénticos efectos la eventual denuncia de terceros (trabajadores afectados, comités de empresa, etcétera).
- El empleador ha de instar «el alta de los citados trabajadores», es decir de aquellos respecto de los cuales se omitió, con independencia al tiempo transcurrido en esas condiciones o cualquier otra circunstancia.
- Coordinadas lógicas para el cumplimiento de ese deber instrumental es que se lleve a cabo «en el correspondiente régimen de la Seguridad Social» (no se limita al General) y «dentro del plazo señalado» (antes de 1 de agosto).

IV.3. Efectos de la regularización

La esencia de la «regularización» consiste en que cuando la empresa insta el alta del trabajador, pese a hacerlo tardíamente, no será sancionada administrativamente por el incumplimiento de las obligaciones en relación con la declaración y el reconocimiento de los derechos de los trabajadores afectados. Tampoco se está concediendo una *amnistía* que implique el perdón de las deudas de cotización o la ausencia de responsabilidades en el pago de prestaciones, sino simplemente un supuesto de exención de responsabilidad administrativa.

Aunque es cierto que el real decreto ley debiera haber sido bastante más explícito en esta cuestión, que así sea puede afirmarse tanto por una interpretación teleológica cuanto por un argumento sistemático, se contempla la posibilidad de aplazamiento de las deudas con la Seguridad Social, luego la obligación de cotizar retroactivamente no desaparece. Así las cosas, hay que realizar una triple observación.

a. Seguridad Social.— El ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta correspondientes será en las cuantías «que procedan con arreglo a la legislación vigente de la Seguridad Social». No se ha precisado un límite retroactivo, por lo que es

posible *regularizar* actividades no declaradas y que vienen desarrollándose desde hace más de cuatro años, lo que podrá comportar la prescripción parcial de la obligación de cotizar. Pese al tardío cumplimiento patronal del alta, el importe a satisfacer «podrá ser objeto de aplazamiento en los términos reglamentariamente establecidos» (artículo 2.2).

b. Sanciones administrativas.— Respecto a los trabajadores afectados por la regularización, la ausencia de alta o las irregularidades asociadas (comenzando por la ausencia de cotización) no podrán ser objeto de las sanciones administrativas previstas en la LISOS. Importantísimo es advertir que la exclusión infractora solo concierne a «las infracciones tipificadas en dicho texto legal relacionadas con tales situaciones»; nada impide la sanción por irregularidades en materia de riesgos laborales, atentados a la dignidad e intimidad, impago salarial, etcétera.

c. Actuaciones en curso.— La mayor ventaja del proceso de regularización (exención de responsabilidad administrativa) desaparece cuando, al momento de solicitar la empresa el alta, ya se hubiere iniciado una actuación en la empresa en materia de seguridad social, que tenga por objeto o afecte a las situaciones de hecho referidas en dicho apartado o hubieren tenido entrada en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social denuncias, reclamaciones o escritos de cualquier naturaleza relacionados con tales situaciones en la misma empresa, o demandas ante la Jurisdicción Social.

d. Vinculación laboral.— Las consecuencias y peculiaridades del proceso de regularización aumentan cuando se enfoca hacia el nexo laboral. Los empleadores deben formalizar un contrato de trabajo, indicando en él la circunstancia de la regularización.

- Se admite cualquier modalidad contractual indefinida o temporal o de duración determinada, incluidos los contratos formativos, siempre que se reúnan los requisitos exigidos para su celebración.
- Cuando se trate de contratos de carácter temporal o de duración determinada su duración inicial prevista no podrá ser inferior a seis meses, desde la fecha de solicitud del alta en la Seguridad Social.
- Se declara inaplicable el artículo 15.2 del ET sobre la adquisición de la condición de fijos por parte de trabajadores cuyas empresas no los hubieren dado de alta transcurrido un tiempo equivalente al máximo que hubiera podido tener el período de prueba (artículo 4.2).

169

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

IV.4. Sanciones específicas

Del mismo modo que el real decreto ley evita la imposición de sanciones administrativas, él mismo es fuente de nuevas infracciones para estimular el cumplimiento de las obligaciones inherentes al proceso de regularización:

- Los empresarios que se acojan indebidamente («sin reunir los requisitos establecidos») al proceso o los que extingan el contrato de los trabajadores regularizados «antes de seis meses, cualquiera que fuera la modalidad de contratación utilizada» perderán automáticamente el derecho a acogerse a sus beneficios y efectos.
- Las empresas en cuestión deberán reintegrar las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, obtenidos como consecuencia de esta contratación.
- Lo anterior no será aplicable a las extinciones por despido disciplinario declarado como procedente, o por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.
- Los empresarios que incumplan el régimen jurídico de la regularización deberán proceder al ingreso de las cuotas de Seguridad Social que procedan.
- Asimismo, tales empresas podrán ser sancionadas conforme a la LISOS.

V. REAL DECRETO LEY 7/2011, DE 10 DE JUNIO, SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Fracasado el diálogo social, mediante Real Decreto Ley 10/2010 de fecha 16 de junio, se aprobaron numerosas medidas para la reforma del mercado de trabajo. Tras la pertinente singladura parlamentaria, la norma de excepción se convirtió en ley 35/2010 de fecha 17 de septiembre, que reiteró la voluntad de respetar el acuerdo a que llegasen los interlocutores sociales. Sin embargo, se introdujo una previsión que deseaba estimular la adopción de las modificaciones tantas veces postergadas.

De su disposición adicional vigésima primera¹⁵ deriva la intención de conciliar el proceso de diálogo social bipartito con las competencias

¹⁵ «El Gobierno promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, sean acordados y les sean requeridos por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012».

normativas de los órganos constitucionales: la ley ordena al Gobierno que active la modificación del título III del ET, pero le indica al Poder Ejecutivo que actúe conforme al acuerdo que alcancen quienes vienen participando en el proceso de diálogo social. Hay aquí un inmejorable ejemplo de (previsión sobre) legislación negociada, donde el legislador, los agentes sociales y el Gobierno han de representar acertadamente su papel para que se alcance el éxito final.

Pero no se agotaban ahí las prescripciones de la ley 35/2010 sino que, escarmentada ya por la demora de las conversaciones de sindicatos y patronal, al tiempo que urgida por diversas instancias internacionales, añadió una segunda y cautelara previsión: en defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan¹⁶.

Tras diversos avatares que no vienen al caso, desde febrero hasta mayo de 2011 los agentes sociales mantuvieron numerosas sesiones de trabajo e intercambiaron diversos documentos, pero sin llegar a un acuerdo concreto. Transcurrido con creces el plazo previsto por la ley 35/2010, y fracasadas las expectativas de que las negociaciones terminaran en un acuerdo bipartito, finalmente el Gobierno decidió activar la responsabilidad que subsidiariamente le había conferido el mandato legal. De hecho, el preámbulo del Real Decreto Ley 7/2011 justifica esa intervención («la reforma de la negociación colectiva no puede esperar más tiempo») mencionando los mismos problemas que se detectan desde que se aprobara el título III: normativa que presenta disfunciones y que desde hace años no ha sido objeto de modificación, falta de entendimiento entre los interlocutores sociales y situación de la economía.

V.1. Una reforma «impuesta»

Ha de llamarse la atención sobre el dato de que tras tantos años de fallidos intentos para modificar el régimen estructural de nuestros convenios colectivos, la modificación haya tenido que llevarse a cabo a través de una norma con innegables visos de unilateralidad: no dimana (como prefería la ley 35/2010) de una propuesta procedente de los

16 El tercer tramo de la disposición adicional de la ley 35/2010 realizaba una enumeración ejemplificativa de los aspectos («entre otros») que debería abordar la iniciativa subsidiaria en cuestión. Es decir, si el diálogo social no fructificase a lo largo de todo un semestre, se le encargaba al Gobierno que afrontase la regulación de las siguientes materias: «la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva».

agentes sociales, tampoco de un proyecto de ley (sino de un excepcional real decreto ley) y su respaldo político es exiguo (la convalidación parlamentaria se consiguió por una ajustada cifra de Diputados).

En absoluto esos avatares cuestionan, sino todo lo contrario, la validez democrática, constitucional o formal de una norma con rango de ley. Tema diverso es que cumpla con las exigencias constitucionales del caso (presupuesto habilitante, materia abordada) o que su contenido suscite una u otra valoración. Pero el carácter *unilateral* de la regulación posee otra dimensión que no debe perderse de vista: la mayoría de las innovaciones acogidas por el Real Decreto Ley sobre Negociación Colectiva solo serán operativas cuando los propios interlocutores sociales las hagan suyas: cuando se negocien los nuevos convenios, se noven las unidades de negociación, se ponga en juego todo el potencial de competencias asignadas a las Comisiones Paritarias, se lleven a la práctica las posibilidades de flexibilidad interna, etcétera. ¿En qué medida pueden llevarse a los periódicos oficiales, a las empresas, órganos de solución de conflictos, Comisiones Paritarias, sindicatos o comités de empresa las nuevas orientaciones sin una actitud receptiva por parte de todo ese entramado? ¿Bastará con las prescripciones de referencia para reconducir el modelo de negociación y administración de convenios? Es decir: no debe minimizarse el riesgo de que los interlocutores sociales marginen en la práctica el contenido de las nuevas prescripciones, sea por estrategia, sea por discrepancia, sea por otros motivos.

Dicho de otro modo: el presupuesto principal e implícito para la operatividad de la reforma sobre negociación colectiva es que se produzcan acuerdos, sea en el ámbito de negociación correspondiente, sea a escala empresarial. Sin una sintonía aceptable entre previsiones normativas y autonomía colectiva pocos frutos podrán brotar de las nuevas ramas del árbol, por decirlo metafóricamente.

V.2. Una reforma «provisional»

La decisión de tramitar el texto del Real Decreto Ley sobre Negociación Colectiva como proyecto de ley nos sitúa (en una práctica que viene repitiéndose y que presenta numerosos inconvenientes) ante una nueva reforma bifásica en la que el real decreto ley actúa como una especie de explorador o guía que va allanando el terreno a la expedición parlamentaria.

El debate de convalidación ha permitido comprobar que parte de los apoyos necesarios se condicionaron a la ulterior incorporación de novedades en diversos aspectos: alcance de la prioridad asignada a los convenios de empresa, primacía del ámbito autonómico de negociación

colectiva, vinculación de los salarios a índices diversos al Índice de Precios al Consumidor, etcétera.

De todos modos, conviene no exagerar la provisionalidad. Primero, porque el grueso de las reformas ya introducidas previsiblemente no se verá afectado. Segundo porque la virtualidad de los cambios no precisa de desarrollo reglamentario, salvo cuestiones de detalle, sino de la voluntad (generalmente pactada) para convertirlos en realidad. Tercero, porque la propia inestabilidad política, paradójicamente, reforzó el valor de las novedades introducidas porque las Cortes Generales fueron disueltas antes de que hubiese visto la luz el nuevo texto legal.

V.3. Un envoltorio normativo cuestionable

Un sector destacado de la doctrina viene cuestionando la utilización del real decreto ley para incidir en cuestiones que afectan directamente a la libertad sindical. Puesto que la negociación colectiva se integra en el contenido esencial de la libertad sindical y la misma, en cuanto derecho fundamental, ha de regularse mediante Ley Orgánica podría postularse que la negociación colectiva no admite una regulación procedente de normas —de excepción o no— privadas de carácter «orgánico». Estaríamos ante una disposición invasora de esa reserva e inconstitucional por razones *formales*, pues no puede regularse el régimen general de los derechos, deberes y libertades, a través del decreto ley¹⁷.

Según esta tesis, estaríamos en el campo reservado a la Ley Orgánica, en el caso de las normas que establezcan restricciones de los derechos y libertades fundamentales o los desarrollen de modo directo, no las que incidan indirectamente sobre su ámbito y límites¹⁸. Como se sabe, las reservas de Ley Orgánica son únicamente aquellas expresamente establecidas por la Constitución española (CE) en sus artículos 81 y conexos —reservas de carácter material y no formal—, de manera que la normación de las materias ajenas a las mismas no goza de la fuerza pasiva inherente a dicha clase de leyes aunque se incluya en ellas¹⁹. Se excluye de la reserva de Ley Orgánica la regulación de aspectos que únicamente afectan a elementos no necesarios de los derechos fundamentales sin incidir directamente sobre su ámbito o límites²⁰.

En esas condiciones, si se considera que hay una invasión contraria a la Ley Fundamental, debiera realizarse similar valoración crítica respecto

17 Sentencia del TC número 3/1988, de fecha 21 de enero, fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 (Ponente, Sr. López Guerra).

18 Sentencia del TC número 101/1991, de fecha 13 de mayo, fundamento jurídico 2 (Ponente, Sr. Díaz Eimil); Sentencia del TC número 142/1993, de fecha 22 de abril, fundamento jurídico 2 (Ponente, Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer).

19 Sentencia del TC número 224/1993, de fecha 1 de julio, fundamento jurídico 2 (Ponente, Sr. Rodríguez Bereijo).

20 Sentencia del TC número 142/1993.

del propio ET, pues su título III carece de la condición de norma orgánica. Por el contrario, si se entiende que lo prevalente es el desarrollo de la negociación colectiva (artículo 37 y no 28 de la CE) tales obstáculos desaparecen, como aquí se piensa.

V.4. Unos presupuestos habilitantes dudosos

La aprobación de una norma sin el previo éxito del diálogo social es considerada por alguna de las partes implicadas como una ruptura de las reglas implícitas sobre el modo en que habrían de producirse las variaciones en el sistema jurídico-laboral. Sin embargo, es claro que desde una estricta consideración jurídica, el Gobierno no venía obligado a seguir tan deseable método y que la Constitución (especialmente artículos 97 y 86) ampara su facultad normativa de carácter unilateral.

Más discutible resulta determinar si existe el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad requerido en el artículo 86 del texto constitucional a fin de que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar una norma con rango de ley, sin perjuicio de su ulterior convalidación por el Congreso de los Diputados. Las razones apuntadas en la exposición de motivos del Real Decreto Ley sobre Negociación Colectiva quieren justificar la pertinencia de su contenido, pero no en todos los temas abordados parece haberse conseguido, además de que determinadas modificaciones (nada secundarias) aparecen despegadas de la justificación pertinente. Inevitablemente, las dudas (sobre la extraordinaria urgencia) se acentúan cuando se examinan algunas concretas innovaciones o modificaciones, aunque es arriesgado afirmar que ha existido un uso abusivo y global de la excepcional posibilidad reguladora en cuestión que, además, tendría que ser apreciado por el TC²¹.

Da la impresión de que el Gobierno ha abusado, una vez más, del expediente normativo en cuestión; la paralela tramitación de una importante modificación sobre pensiones de jubilación y otras prestaciones de Seguridad Social ejemplifica de modo inmejorable cuanto se quiere indicar. Existen mecanismos para aprobar Leyes complejas por el procedimiento de urgencia. El fracaso del proceso de concertación

21 Profundizando en esta reflexión, debe subrayarse que, aparentemente hay una contradicción en la exposición de motivos del Real Decreto Ley sobre la Negociación Colectiva. Si los problemas afrontados por la norma vienen de muy atrás (el sistema presenta «disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales») y esos defectos se han detectado con antelación (dichas disfunciones «han sido diagnosticadas hace tiempo por todos aquellos sujetos que de una u otra manera actúan en la negociación colectiva: los propios interlocutores sociales, los académicos y los expertos y los poderes públicos»), da la impresión de que la necesidad de abordarlos por la vía de urgencia («la reforma de la negociación colectiva no pueda esperar más tiempo») viene a estar —en buena medida— provocada por la persistente pasividad de los poderes normativos. Sea por aguardar los resultados del diálogo social, por considerar que el modelo aún tenía recorrido, o por cualesquiera otras causas, lo cierto es que la necesidad de cambio existe pero su urgencia deriva de no haberla afrontado con antelación.

social y el deseo de afrontar la materia no parecen argumentos bastantes para haber forzado el acudimiento al real decreto ley.

175

V.5. Una figura discutible

Probablemente deslumbrado por el modo en que finalizó uno de los conflictos laborales más graves de nuestra moderna historia (el de los controladores aéreos), el legislador de urgencia concede un papel importantísimo a la figura de los medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos que se imponen cuando la disputa se enquistaba, en particular al arbitraje obligatorio.

Esa vía está pensada, conforme a la jurisprudencia constitucional, para casos excepcionales de huelgas en servicios esenciales de la comunidad, en los que la autoridad gubernativa no puede imponer la reanudación del trabajo, aunque sí puede instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga²². El recurso al laudo impuesto cuando un conflicto de intereses se enquistaba fue considerado contrario a la Ley Fundamental, por opuesto a la libertad sindical y al derecho a la negociación colectiva.

Pensar en este expeditivo camino para desatascar los bloqueos de negociación, las polémicas sobre la ultraactividad del convenio, las decisiones sobre flexibilidad interna, los descuelgues, la adopción de criterios por parte de las Comisiones Paritarias u otras cuestiones parece una decisión errónea. Desde luego, que ello se haga solo durante un tiempo, o que se imponga la forzosidad del expediente arbitral a los propios acuerdos y convenios puede atenuar la inconstitucionalidad en su dimensión cuantitativa o cualitativa, pero por ello no deja de existir. Ello, al margen de la torpeza que comporta la introducción de elementos coactivos en un terreno dominado por la autonomía de la voluntad; los propios sistemas de solución extrajudicial de conflictos pueden ver minada su credibilidad al ser obligados a desempeñar ese papel de *bomberos a la fuerza*.

V.6. Núcleos básicos

Pese a que se han respetado las paredes maestras del título III, conviene no minimizar el calado de las modificaciones que han acabado afectando, en mayor o menor medida a los elementos básicos del sistema: sujetos, dinámica, objeto y estructura interna. Como breve inventario valga lo siguiente:

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

22 Sentencia del TC número 11/1981, de fecha 8 de abril, fundamento jurídico 19 (Ponente Sr. Díez-Picazo y Ponce de León).

- SUJETOS: se han modificado las reglas sobre legitimación a nivel de empresa (primacía de las secciones, convenios-franja) o superior (redefiniendo la representatividad de las asociaciones patronales). Se ha retocado la composición de la Comisión Negociadora y llevado a la ley algunas reglas que aparecían reconocidas como criterios jurisprudenciales. Se ha contemplado y resuelto la imposibilidad negocial derivada de la ausencia de interlocutores legitimados («sectores vírgenes»). Se potencia enormemente el papel de la Comisión Paritaria.
- ARTICULACIÓN: se revisan las reglas sobre estructura y concurrencia (permitiendo que los convenios de empresa asuman mayores funciones; postergando el papel de los provinciales; simplificando, para ceñirlo al convenio de ámbito autonómico, la posibilidad de que un convenio sectorial afecte a otro superior). Se aborda expresamente el caso de los convenios de empresas en red (o grupos). Se flexibilizan ciertos descuelgues empresariales.
- CONTENIDO: el aumento de materias que obligatoriamente debe albergar todo convenio también potencia sus posibilidades reguladoras; es llamativo que se acepte la validez de los pactos *provisionales* que se logren al hilo del procedimiento de negociación.
- DINÁMICA: se topan los plazos durante los que puede negociarse el convenio; se reordena la prórroga y ultraactividad.

V.7. Objetivos

EL Real Decreto Ley sobre la Negociación Colectiva respeta los trazos básicos e identificativos del sistema de negociación colectiva (fuerza normativa, eficacia general; sindicalización de los supraempresariales; máxima libertad para fijar los ámbitos aplicativos personales o temporales; posibilidad de concurrencia; control administrativo y judicial; registro y publicidad públicos; etcétera), pero introduce diversas modificaciones que persiguen «más y mejor negociación colectiva, más ordenados y mejores convenios colectivos». A tal efecto la propia norma subraya sus tres objetivos principales:

- Mejor ordenación de la negociación colectiva: más cercana a la empresa y más adaptada a cada sector de actividad económica.
- Mayores niveles de dinamismo y agilidad: capacidad de adaptabilidad a los cambios económicos y sociolaborales (flexibilidad), en procedimientos y contenidos, contemplando los derechos de los trabajadores (seguridad).

- Adaptación del sistema a nuevas realidades empresariales: nuevas reglas de legitimación, favorecimiento de la flexibilidad interna negociada.

Teniendo en cuenta esas finalidades (cuya relevancia a la hora de interpretar el alcance de los preceptos huelga resaltar), la reforma del sistema de negociación colectiva se asienta sobre tres ejes básicos: la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos; las nuevas reglas sobre el contenido y vigencia de los convenios colectivos; una mejor y más completa definición de los sujetos que han de negociar los convenios y de las reglas de legitimación en cada caso, según el ámbito de que se trate.

V.8. Otras cuestiones

La norma finalmente publicada en el BOE, reformando el título III del ET, ocupa dieciocho de sus páginas, aunque algo más de siete se dedican a la exposición de motivos y las tres últimas abordan cuestiones instrumentales (Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, derogaciones, transitoriedades, información telemática, etcétera). El resto del articulado es el que confiere nueva redacción a los artículos en cuestión.

Pese a haberse orillado inicialmente algunas cuestiones (absentismo, productividad) o atenuado las previsiones sobre otras (ultraactividad, concurrencia), el real decreto ley se marca objetivos, instrumenta soluciones y adopta decisiones concretas. De sus innovaciones destila una clara potenciación del asociacionismo (sindical, patronal), una notable potenciación de la autonomía colectiva (curiosamente, al incrementarse las exigencias legales sobre los convenios, para que puedan asumir nuevas funciones) y una actuación acorde con la tan manida flexiseguridad. Se mantiene el *horror vacui* (temor a que queden vacíos regulatorios allí donde venía habiendo norma sectorial). Se introducen ingredientes dinámicos en el modelo de negociación (adopción de acuerdos parciales en el procedimiento de negociación, fijación de plazos máximos para las distintas fases de la gestación convencional, posibilidad de alterar un convenio desde la Comisión Paritaria, adaptabilidad a la empresa, etcétera).

VI. REAL DECRETO LEY 10/2011, DE 26 DE AGOSTO, SOBRE EMPLEO Y DESEMPLEO

En el BOE de 30 de agosto de 2011 apareció publicado el Real Decreto Ley 10/2011, de 26 de agosto, de Medidas Urgentes para la Promoción del Empleo de los Jóvenes, el Fomento de la Estabilidad en el Empleo y el Mantenimiento del Programa de Recualificación Profesional de

177

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

las Personas que Agoten la Prestación por Desempleo. La vorágine en que se encuentra inmerso el ordenamiento laboral, el ambiente de fin de legislatura, la mayor relevancia mediática de otros temas (reforma constitucional, evolución de la prima de riesgo de nuestra deuda soberana, situación de Libia, clima pre electoral, etcétera) y la ausencia de respaldo (tanto político cuanto de los agentes sociales) han hecho que pase desapercibida. En seguida se ofrece una visión general, sin entrar en detalles y pensando en la repercusión práctica de las novedades²³.

Lamentablemente, con ella se quiebra una tendencia que parecía bien asentada en nuestro ordenamiento: la apuesta por contratos más estables (de contenido flexible). Ante el pavoroso escenario de desempleo, nuestras normas vuelven a la idea de que «más vale un trabajador con empleo temporal que sin actividad alguna»; aunque no sea esta la sede para profundizar en la materia, quede constancia de que sería mucho más beneficioso conseguir que la práctica corriera paralela al diseño teórico de las normas. Está pendiente toda una pedagogía (hacia empresas, trabajadores, asesores, jueces, inspectores, profesores) respecto de las innovaciones introducidas en los últimos años; en lugar de ello, ahora se da marcha atrás y el modelo resulta cada vez más incomprensible y disfuncional. Por este camino, acabaremos teniendo no solo una mala *praxis* (contratos sistemáticamente temporales, decisiones apriorísticamente enemigas de los cambios) sino también un diseño normativo caprichoso (hecho a impulsos, sin obedecer a principios claros).

VI.1. Contrato para la formación y el aprendizaje

Se quiere propiciar la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral (retribuida por la empresa) con actividad formativa externa (a cargo del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo). Pero sobre esa finalidad específica prima la coyuntural de mejorar las oportunidades de empleo y formación de los jóvenes en situación de desempleo. Tras los años de expansión («burbuja inmobiliaria») y del dinero fácil, ha quedado un panorama desolador de legiones juveniles desempleadas

23 Varias normas con rango de ley han sido modificadas de uno u otro modo; he aquí su descripción mínima: ET: se cambia el artículo 11.2, derogando el contrato para la formación e introduciendo un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje; ley 39/2010, de 22 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011: se modifica la cotización de diversas modalidades contractuales; ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo: se aplaza la constitución del Fondo de capitalización; ley 35/2010, de 17 de septiembre: se retoca la obligación del FOGASA de abonar parte de la indemnización en ciertos despidos; ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad: se amplía la posibilidad de transformar contratos temporales en fijos de fomento de la contratación indefinida; ET: suspensión de la vigencia del artículo 15.5 sobre conversión de los contratos temporales y sucesivos en fijos o indefinidos; Real Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de Medidas Urgentes para Promover la Transición al Empleo Estable y la Recualificación: prórroga de su vigencia; ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se Establece un Sistema Específico de Protección por Cese de Actividad de los Trabajadores Autónomos: para introducir leves mejoras.

y sin cualificar (nada menos que el 60% de los menores de 25 años no poseen siquiera el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria (ESO)).

Una vez más, quizá buscando la comparación con el país de éxito, nuestro legislador afirma inspirarse en el sistema alemán de formación dual; se persigue superar la tradicional distinción entre teoría y práctica, asumiendo la alternancia entre actividad laboral retribuida y actividad formativa «oficial» además de, por descontado, mejorar el claro fracaso de la figura nacional: apenas un 1% de las contrataciones realizadas se viene encauzando a través de esta modalidad.

Por todo ello, hay un cambio de denominación (el añejo *contrato de aprendizaje* se reconvirtió en «contrato para la formación» y ahora se unen las dos rúbricas), adaptando la vertiente formativa al sistema de formación profesional (cualificaciones profesionales, familias profesionales, certificados de profesionalidad).

- *Edad del trabajador*: mayores de 16 y menores de 25, pero sin tope máximo para «personas con discapacidad». Hasta el 31 de diciembre de 2013 cabe la contratación de menores de 30 años.
- *Requisito adicional y negativo de los trabajadores*: que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas.
- *Prohibición subjetiva absoluta*: expirada su duración, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa.
- *Prohibición subjetiva relativa*: cuando el puesto de trabajo ya haya sido desempeñado por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.
- *Requisitos de las empresas*: no existen. Ha desaparecido la habilitación a la negociación colectiva para establecer el número o porcentaje máximo de contrataciones posible en cada empresa, o los puestos de trabajo objeto del contrato. Se abre así un campo para la discusión sobre el papel que puede jugar el convenio en esta materia, especialmente si se considera que el objetivo de crear empleo es absolutamente prioritario en la norma de urgencia y que cualquier limitación convencional podría constituir un obstáculo en aras a la consecución del indicado objetivo.
- *Limitación de contrataciones*: desaparece el llamamiento a la negociación colectiva para establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar y, en su caso, los puestos de trabajo objeto del contrato.

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)

EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

- *Duración*: mínimo un año y máximo dos. Posible prórroga de otros 12 meses por necesidades del proceso formativo del trabajador en los términos que se establezcan reglamentariamente; por necesidades organizativas o productivas de acuerdo con lo dispuesto en convenio colectivo; cuando se celebre con trabajadores que no hayan obtenido el título de graduado en ESO. Los cambios en relación con el régimen preexistente son relevantes: se eleva de 6 meses a un año la duración mínima y desaparece la posibilidad reconocida a los convenios de ampliar su duración; nuevamente parece que estamos ante normas de orden público absoluto. Tiempo no computable a efectos de duración máxima: incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o lactancia, maternidad o paternidad, adopción o acogimiento.
- *Formación*: ha de recibirse *directamente* en un centro formativo previamente reconocido para ello por el sistema nacional de empleo.
- *Trabajo*: la actividad laboral debe estar relacionada con las actividades formativas (la exposición de motivos dice que «la persona trabajadora realizará un trabajo efectivo en una empresa *directamente* relacionado con la formación que está recibiendo, lo que favorecerá una mayor relación entre esta y el aprendizaje en el puesto de trabajo»).
- *Simultaneidad*: las acciones formativas deben comenzar en los primeros cuatro meses desde la celebración del contrato. Se trata de un plazo para que tanto la práctica cuanto el desarrollo reglamentario cuentan con cierto margen de maniobra.
- *Tiempo de trabajo*: compatible con actividades formativas y como máximo el 75% de la jornada máxima (legal o convencional). Precedentemente el tiempo mínimo dedicado a la formación era del 15%, por lo que parece que se quiere potenciar la formación sin incrementar por ello los costes empresariales. De hecho, la combinación del tiempo máximo de trabajo efectivo y el tiempo dedicado a la formación desembocan en un abaratamiento de los costes empresariales, sin necesidad de aplicar el complejo régimen jurídico del contrato a tiempo parcial, con el que guarda ciertas similitudes como se deduce de la prohibición de realizar horas extraordinarias (salvo en caso de fuerza mayor). Para contrarrestar esta mayor flexibilidad, el contrato para la formación y el aprendizaje no podrá utilizarse para trabajos nocturnos ni a turnos.
- *Retribución*: proporcional al tiempo de trabajo efectivo; respetando el Salario Mínimo Interprofesional, el convenio colectivo puede preverla.

- *Continuidad*: si al término del contrato formativo se incorpora el trabajador a la empresa no cabe nuevo período de prueba y el tiempo transcurrido computa a efectos de antigüedad.
- *Seguridad Social*: se cubren todas las contingencias (incluso desempleo), y FOGASA.

VI.2. Otras cuestiones

Una de las novedades de la Reforma Laboral de 2010 era este «Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar». Debía haber estado operativo a partir de enero próximo, siendo su misión abonar a cada trabajador las cantidades acumuladas a su favor en ciertos supuestos (jubilación, despido, movilidad geográfica, actividades formativas).

Ahora se constata que será inviable porque, según un informe elaborado por seis expertos nombrados por el Gobierno su implantación exigiría recaudar 7500 millones de euros anuales, lo cual supondría incrementar en tres puntos las cotizaciones empresariales, justamente cuando se desea lo contrario. Pese a todo, el Gobierno insiste en el modelo y se encomienda a sí mismo el desarrollo «durante el primer semestre de 2013 [de] un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley» en los mismos términos que los contemplados en la disposición adicional que se deroga: un «Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar» que no suponga un «incremento de las cotizaciones empresariales».

La disposición adicional primera de la ley 12/2011 viene regulando el Contrato de Trabajo para el Fomento de la Contratación Indefinida (CFCI), materia modificada por la reforma de 2010. Este contrato no ha dejado de expandirse en el sentido de que son ya muy pocos los trabajadores que escapan a la posibilidad de ser contratados bajo esta modalidad contractual y sus «ventajas» son dos: a) reducción de 45 a 33 días el importe de la indemnización en el caso de extinción del contrato por causas objetivas declarado o reconocido como improcedente; b) aplicación de importantes bonificaciones y reducciones en las cuotas de la Seguridad Social. Este contrato sufre ahora nuevos retoques en la parte de colectivos contemplados, ampliándose.

Dejando al margen consideraciones de política legislativa²⁴ —la coherencia, oportunidad y conveniencia de esta medida— la decisión

²⁴ En la exposición de motivos del real decreto ley se indica que la suspensión «de la regla que da lugar a la adquisición de la condición de trabajadores fijos por aquellos que en determinados plazos

de suspender la aplicación del artículo 15.5 del ET plantea numerosas dudas, habida cuenta que la suspensión de la aplicación del precepto legal es «pura y simple», es decir, sin matices (no hay añadidos ni supresiones) y sin transitoriedades. En una primera tanda de reflexiones puede apuntarse:

- A partir del 31 de agosto de 2011 no se convierte en fijo ningún contrato como consecuencia de lo previsto en tal artículo (prestación de actividad de 24 meses dentro de un período de 30, con varias contrataciones).
- La regla afecta tanto a los contratos pretéritos, cuanto a los que discurrían al entrar en vigor y a los posteriores.
- En modo alguno puede entenderse como una especie de sanación de eventuales vicios vinculados al encadenamiento fraudulento.
- Sigue siendo posible considerar fraudulento cualquier contrato temporal (al margen de su duración), del mismo modo que sigue vigente la peculiar presunción de fijeza del artículo 15.3 del ET.
- No se ha venido a legalizar la contratación temporal sin causa, sino como medida de fomento del empleo y por un plazo de dos años.
- La regla sobre duración máxima del contrato para obra o servicio aparece ahora todavía más privada de coherencia, pero vigente.
- Nada impide reclamar la consideración como fijo de quien ya había cumplido las exigencias del artículo 15.5 del ET antes de esta modificación.
- La suspensión de efectos alcanza tanto al precepto legal cuanto a sus eventuales reiteraciones o complementos convencionales.

VII. REAL DECRETO LEY 3/2012, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

El 12 de febrero de 2012 entró en vigor Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral; más allá de las hipérboles con que sus partidarios o detractores resaltan virtudes o defectos, constituye norma muy relevante, valiente, compleja y polémica. Aquí se realiza una primera y urgente aproximación a estas 64 páginas del BOE (35.525 palabras 189.440 caracteres).

y condiciones encadenen contratos temporales [...] fue establecida en 2006 durante un momento de expansión económica para favorecer la estabilidad en el empleo» y que «en la actual coyuntura, la regla, lejos de fomentar la contratación indefinida, puede estar produciendo efectos indeseados de no renovación de contratos temporales y afectando negativamente al mantenimiento del empleo, lo que aconseja su suspensión temporal». El miedo a que las empresas dejen de prorrogar o de poner en juego contrataciones de duración determinada para evitar su transformación en fijos, como consecuencia de lo previsto en el artículo 15.5 ha propiciado la más enigmática e inesperada innovación: «se suspende, durante el período de los dos años siguientes a la entrada en vigor de este RD-L, la aplicación de lo dispuesto» en tal precepto.

VII.1. Contenido de la Reforma

No se trata ahora de desmenuzar el contenido íntegro de la norma, sino de resaltar los aspectos que parecen más relevantes.

a. Apoyo a PYMES.

El Real Decreto Ley 3/2012 considera que estas empresas soportan con mayor dificultad las cargas laborales y atiende a su dimensión para aligerar algunas de ellas.

- < 500 trabajadores: exentas de aportación económica al Tesoro Público por despidos colectivos que afecten a mayores de 50 años.
- < 250 trabajadores: importantes reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje.
- < 50 trabajadores: contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, con posibilidad de incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas, siendo aplicables estas también a la transformación de contratos en indefinidos.
- < 25 trabajadores: racionalización de la responsabilidad del FOGASA, que se limita al resarcimiento de parte de las indemnizaciones por extinciones de contratos indefinidos que no hayan sido declaradas improcedentes.

b. Modernización

- Se dan pautas lógicas y acordes con los nuevos tiempos para el trabajo a distancia (viejo trabajo a domicilio), aceptando la compatibilidad del trabajo presencial con el *on line*, sin menoscabo de derechos.
- Se incentiva la formación del trabajador, mediante la «cuenta» personal (en la que se recogerá la formación recibida por el trabajador a lo largo de su vida activa), los períodos de adaptación, o el reconocimiento de un permiso retribuido de 20 horas anuales (para trabajadores con más de un año de antigüedad; la formación debe estar vinculada al puesto de trabajo). La norma quiere evitar que un cambio tecnológico o de otro tipo suponga el despido del trabajador, así como fortalecer la preparación profesional de los trabajadores.
- Se refuerza el derecho a la formación: se exige que el empresario, cuando lleve a cabo una modificación técnica a la que se deba adaptar el trabajador, le ofrezca un curso para que pueda formarse. Dicho período formativo suspende el contrato y el trabajador cobra su salario. Únicamente se podrá despedir al trabajador por

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)
EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

falta de adaptación si antes se ha facilitado esta formación sin resultados.

- Se permitirá además que los centros y entidades de formación acreditados puedan ejecutar directamente los planes de formación a nivel estatal y autonómico.

c. Fomento del empleo estable y de la formación

- Desaparece el contrato indefinido de fomento y, en su lugar, se crea otro también indefinido de apoyo a los emprendedores, para empresas de menos de 50 trabajadores, con período de prueba de un año (que en el trámite parlamentario debería reducirse sensiblemente), importantes incentivos fiscales y bonificaciones de cuotas (si se mantiene la contratación al menos 3 años) y, si el trabajador venía percibiendo una prestación contributiva de desempleo, posibilidad de compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25 por ciento de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación.
- Se pretende dar prioridad a la colocación. A tal fin, se permite a las ETT, y a las que están en curso administrativo de serlo, actuar como agencias privadas de colocación con una mera declaración responsable de cumplir con una serie de requisitos.
- El fin de la suspensión de la aplicación de las reglas que penalizan el encadenamiento de contratos temporales (artículo 15.5 ET) se adelanta a enero de 2013.
- En materia de formación, desaparece el monopolio de las organizaciones empresariales y sindicatos más representativos y se da entrada a otros centros y entidades de formación debidamente acreditados.
- Mediante una pirueta jurídica, los planes de formación vuelven a ser estatales, pero su gestión se encomienda a las Comunidades Autónomas.

d. Negociación colectiva

- Posibilidad de revisión del convenio durante su vigencia: no a través de la Comisión Paritaria, sino de la negociadora.
- Posibilidad de descuelgue en materia salarial y en otras: tiempo de trabajo (jornada, horario, distribución, turnos), remuneraciones (sistema, cuantía), sistema de trabajo y rendimiento, funciones y mejoras voluntarias. Se mantienen las causas económicas y la exigencia de que sea pactado o arbitrado. Se abandona el camino de las modificaciones sustanciales y se acude al del descuelgue.

- En caso de que no exista acuerdo sobre el descuelgue, las partes irán a la solución extrajudicial de conflictos y, en su caso, al arbitraje si lo han pactado en el convenio colectivo. De no ser así, una de las partes elevará el desacuerdo a la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos nacional o sus equivalentes autonómicos, que nombrará un árbitro que resolverá en un máximo de 25 días.
- Se otorga primacía al convenio de empresa, que es inatacable por los superiores en un conjunto amplio de materias.
- Ultraactividad: máximo dos años. Pero al finalizar, lo que sucede es que se aplica el convenio de ámbito superior (si existe).
- Plazo de un año para acomodarse al nuevo sistema de clasificación profesional basado en grupos.
- Contenido mínimo: no se hace referencia al plazo máximo para el inicio de las negociaciones, la duración máxima de estas, la necesidad de adhesión a acuerdos para solución extrajudicial, las funciones específicas de la Comisión Paritaria, adopción de medidas de flexibilidad interna, etcétera.

e. Flexibilidad interna

- Hay innovaciones en cuanto a la clasificación profesional (se impone a los convenios la clasificación a base de grupos, descartando las categorías), la movilidad funcional (eliminación de restricciones) y distribución irregular de la jornada (5% en manos del empresario, si es que los convenios o acuerdos no abordan el tema).
- Tanto para la movilidad geográfica como para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, las causas son más genéricas y se desvinculan de la finalidad exigida tradicionalmente. Se habla de las que estén «relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa».
- Se reconocen posibles prioridades de permanencia adicionales a la de los representantes: trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.
- En modificaciones sustanciales, se reduce el plazo de preaviso de 30 a 15 días, se contempla expresamente la modificación de la «cuantía salarial», junto a la estructura del salario; se reduce de 30 a 7 días el plazo de efectividad en caso de que la colectiva se adopte sin acuerdo.
- Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas: desaparece la autorización administrativa, salvo

185

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

fuerza mayor; en caso de acuerdo, se mantiene la presunción de que concurren las causas y, consiguientemente, se limitan las posibilidades de impugnación; se establecen medidas de apoyo a través de bonificaciones y coordinación con el desempleo; no se aplica al sector público.

- La pasividad o el «bloqueo» de los convenios no pueden impedir que la empresa tome decisiones relevantes en materia de clasificación profesional (ahora por grupos, no por categorías), vincule salarios a productividad/resultados, disponga, si lo precisa, de un porcentaje mínimo de jornada irregular (5%), se descuelgue no solo del salario sino también del tiempo trabajo, del sistema de trabajo, de las funciones, de las mejoras voluntarias, etcétera.

f. Despido improcedente

- Cambios muy relevantes. En despido improcedente con indemnización, el desempleo se percibe «con efectos desde la fecha de cese efectivo».
- Aunque los salarios de tramitación se suprimen con carácter general, se deroga el artículo 105.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social para permitir a la empresa defender la procedencia del despido que fue impugnado pese a haberse reconocido la improcedencia del mismo.
- Se mantienen salarios trámite en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores (opte por readmisión o no).
- A partir de la reforma, se generaliza la indemnización por la extinción del contrato indefinido que será de 33 días por año trabajado en caso de despido improcedente, con un máximo de 24 mensualidades.
- De este modo, se abonarán 33 días por año con un máximo de 24 meses para contratos nuevos. Para contratos anteriores a 12 de febrero de 2012, se impone un doble módulo (45 días con un máximo de 42 meses teóricos para los servicios prestados hasta 12 de febrero de 2012; 33 días con un máximo de 24 meses para servicios prestados a partir del 12 de febrero de 2012), con un máximo de 720 días, salvo que el módulo privilegiado sea superior (hasta 42 meses).

g. Despidos económicos («flexibilidad externa»)

- Despidos colectivos: desaparece la autorización administrativa y el procedimiento se centra en la negociación y en el plan de recolocación para empresas que despidan a más de 100

- trabajadores (gestionado por empresa externa y especializada, al menos semestral).
- Desaparece la referencia a la razonabilidad de la medida y a la acreditación de los resultados alegados.
 - Se pretende dar seguridad jurídica vinculando la disminución persistente de los ingresos o ventas (como situación económica negativa) a su descenso continuado durante tres trimestres consecutivos.
 - El procedimiento se simplifica notablemente: la autoridad laboral actúa de manera coordinada con la Inspección de Trabajo y con el Servicio Público de Empleo, pero no interviene en la decisión final.
 - El Fondo de Garantía Salarial resarce a la empresa del abono de ocho días de la indemnización, pero solo en extinciones procedentes de contratos indefinidos en empresas de menos de 25 trabajadores.
 - El control de los despidos se encomienda a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, sin vías previas.
 - Se reconoce la viabilidad jurídica de estos despidos en el sector público en casos de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente. Esta medida pretende facilitar el redimensionamiento de aquellas estructuras administrativas que crecieron desmesuradamente durante la fase de fuerte crecimiento económico y que no son sostenibles desde un punto de vista financiero en el momento actual, ni existe una previsión de que lo sean en los próximos años.
 - Despidos por causas objetivas no económicas. La falta de adaptación exige a la empresa dar formación. En el despido por absentismo desaparece la referencia al 2,5% de ausencias colectivas en el centro de trabajo.
- h. Colaboración en la búsqueda urgente de empleo
- Para sumar los esfuerzos urgentes de todos aquellos que pueden colaborar en la búsqueda de un puesto de trabajo, se autoriza a las Empresas de Trabajo Temporal, que cuentan con una amplia red de sucursales distribuidas por todo el territorio y con amplia experiencia en el mercado de trabajo, para actuar como agencias privadas de colocación. En ningún caso, las ETT cobrarán a los trabajadores.

i. Modalidades contractuales: contrato para la formación y el aprendizaje

- Se eleva la edad máxima para tener acceso a este tipo de contrato, teniendo en cuenta la prolongación de los períodos de estudio y la elevada tasa de desempleo en el colectivo de menores de 30 años hasta que la tasa de desempleo baje del 15%.
- Tras agotar un período de formación en una actividad, el trabajador podrá utilizar esta modalidad de contrato en otros sectores, lo que mejorará su empleabilidad y le permitirá una segunda oportunidad. Además, podrá recibir la formación en la propia empresa, si dispone de instalaciones y personal adecuado.

j. Lucha contra absentismo y fraude

- Se impulsará que los desempleados que estén cobrando la prestación realicen servicios de interés general en beneficio de la comunidad a través de convenios de colaboración con las Administraciones públicas.
- Para combatir comportamientos individuales de absentismo injustificado que ocasionan a la empresa un elevado coste económico y organizativo, se elimina la vinculación del grado de absentismo del trabajador y la plantilla para justificar el absentismo como causa de despido. A partir de ahora solo se tendrá en cuenta el absentismo del trabajador.
- Se mejorará la eficacia de la evaluación de la incapacidad temporal a través de las Mutuas de accidentes de trabajo.

VII.2. Opinión técnica

La norma en cuestión es «de urgencia» pero en modo alguno improvisada, presupone toda una concepción en aspectos clave de las relaciones laborales y deja a un lado habituales prejuicios o miedos; no se piensa en el qué dirán ni se busca favorecer a una sola de las partes. Es como si nuestro sistema laboral hubiera sido sometido a una auditoría y ahora se ejecutasen las recomendaciones del pertinente Informe sobre anomalías, incoherencias, proteccionismos excesivos e injustificados, discordancias, rigideces, etcétera.

Las novedades no propician la indiferencia. Basta ver las primeras reacciones desde medios patronales («se trata de una reforma amplia, que incide sobre aspectos fundamentales y en la buena dirección, a la espera de los detalles técnicos»²⁵) y contrastarlas con las sindicales

25 CONFEDERACIÓN GRANADINA DE EMPRESARIOS. «La CGE cree que la reforma laboral es un «paso imprescindible» para un mercado de trabajo más eficaz y flexible». 13 de febrero de 2012. Disponible en el sitio web oficial de la CGE (<http://www.cge.es/portal/noticias/?id=72407>).

(«una norma clasista que impone la confiscación violenta de espacios decisivos de poder contractual colectivo y de derechos laborales básicos ligados a las garantías de empleo»²⁶). Con el ánimo de contribuir a la generación de la propia opinión se exponen seguidamente algunas reflexiones y puntos de vista.

- El real decreto ley aborda temas mayoritariamente coincidentes con los retocados durante los dos años anteriores, por lo que estamos ante una ENMIENDA virtual a esa etapa.
- En varias cuestiones (contratos indefinidos de fomento, despido exprés, ultraactividad, ETT, tiempo parcial, formativos, etcétera) actúa con CLARIDAD, desechando perifrasis.
- Se amplía y normaliza el contrato a tiempo parcial, que admite la realización de horas extras (además de las complementarias) en proporción a la jornada.
- Remodela distintos bloques (colectivo, individual, procesal, Seguridad Social, Empleo, Jurisdicción) y es TRANSVERSAL.
- Mantiene la moda de convertirse en proyecto, generando regulación BIFÁSICA y claudicante.
- FUNCIONALMENTE es variado: modifica, concuerda, añade, retoca, innova, deroga, precisa, resucita, clarifica, remite, etcétera.
- Aborda ciertos TABÚES (45 días/42 meses, salarios de tramitación, autorización administrativa, derechos adquiridos).
- Reduce la protección *clásica* frente al DESPIDO individual (indemnización, absentismo suficiente, consecuencias de reconocer la improcedencia, etcétera). Más que la rebaja a 33 días (con transitoriedad enrevesada), destaca la casi supresión de los salarios de trámite si se abona indemnización (no basta la opción).
- ELIMINA intervencionismo administrativo en novaciones (traslados, suspensiones, reducciones de jornada, despidos), conservándolo para la fuerza mayor. Pero el papel de la Administración no se suprime sino que se transforma.
- La jurisdicción social apenas se ha estrenado como fiscalizadora de autorizaciones en los ERE (desaparece el objeto controlado); pero su nueva función es tanto o más decisiva.

189

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

26 BAYLÓS, Antonio. «Una reforma laboral «clasista»: antisindicalidad y desregulación en el RDL 3/2012». 13 de febrero de 2012. Disponible en el sitio web oficial de las Comisiones Obreras de Castilla-La Mancha (<http://www.castillalamancha.ccoo.es/webCastillaLaMancha/menu.do?Informacion:Articulos:303837>).

- La norma redefine las causas económicas, con el claro propósito de restringir la discrecionalidad judicial, pero sería un error pensar que esta nueva identificación sobre su concurrencia (o la persistencia de las pérdidas) elimina el debate. Acierta con la relevancia del plan de recolocación.
- SIMPLIFICA la farragosa ordenación de algunos temas (contenido de convenios, modificaciones sustanciales, procedimiento de negociación, causas despidos económicos o análogos).
- INNOVA en formación ocupacional («cuenta» personal, períodos de adaptación, 20 horas anuales retribuidas, fin a la exclusividad de la gestión por agentes sociales) y teletrabajo.
- Deroga el contrato indefinido de fomento pero lo sustituye por otro de apoyo a los emprendedores, con un período de prueba anual quizá INCONSTITUCIONAL, que desnaturaliza su razón de ser.
- MODERNIZA aspectos que debían haber sido asumidos por la negociación colectiva (clasificación profesional por grupos, retribuciones vinculadas a resultados, jornada irregular, movilidad, descuelgues, ultraactividad bienal).
- El DESCUELGO se admite para más materias, pero sigue siendo causal y pactado (o arbitrado). La PRIMACÍA del convenio de empresa es inatacable por los superiores (cautela coherente).
- NEUTRALIZA ciertos criterios judiciales poco acordes con la flexiseguridad (causas modificativas o extintivas).
- ACABA con viejas incoherencias legislativas (modificación sustancial legal y contraria a la formación profesional, concurrencia de convenios prohibida y luego admitida).
- DINAMIZA la intermediación en el empleo (ETT) y retoca (pero no elimina) las bonificaciones.
- RETOMA el arbitraje obligatorio como solución última a ciertos conflictos de regulación. No consigue eliminar los recelos ante el mismo.
- PARTICULARIZA cuestiones de actualidad (expresa admisión de ERE en el ámbito público y en grandes empresas con beneficios, limitaciones retributivas o indemnizatorias en el sector financiero, caducidad de las vacaciones).
- ACENTÚA la dualidad entre trabajadores *blindados* (nulidad del despido si no hay procedencia) y ordinarios; es previsible un aumento de los primeros.

- NO aparece el contrato único, ni el idealizado Fondo austríaco (reconduce acertadamente el papel del FOGASA), ni deroga el «contrato para la formación y aprendizaje» (remodelado).
- Concibe las medidas de flexibilidad interna como coadyuvantes de la estabilidad, reactiva el artículo 15.5 del ET (sin afrontar las enormes dudas aplicativas de los torpes avatares normativos) y conserva medidas de apoyo (incluso reposiciones) a la suspensión cuando la empresa atraviesa dificultades.
- Desde la óptica de los derechos, elimina garantías históricas de los trabajadores (los 45 días de salario por año trabajado en las indemnizaciones por despido improcedente, el control administrativo en los ERE o en los traslados colectivos, los salarios de tramitación).
- Poniendo término a la larga espera (desde 1994 lo pedía el ET) se arrumba el muy consolidado concepto de categoría profesional, abriendo un paréntesis de adaptación.
- Permite a las empresas y a los representantes de los trabajadores negociar con libertad, sin el corsé de lo pactado «en la cumbre», con los peligros y ventajas que ello comporta.
- Aumenta las posibilidades de flexibilidad interna (descuelgues en más materias, movilidad funcional en el grupo, modificaciones sustanciales que permiten reducir el salario).
- Permite a las ETT (y aun las que están en trámite de serlo) actuar como agencias de colocación, privatizando aun más la intermediación en el mercado de trabajo.
- Realmente abarata el despido, pero no tanto por la rebaja indemnizatoria del improcedente cuanto por la eliminación de los salarios de tramitación, en línea con lo hecho en 2002 durante unos meses.
- Fomenta el empleo y la contratación con bonificaciones e incentivos fiscales.

Los cambios están llenos de posibilidades interpretativas; la redacción de los preceptos es generalmente mejor que la precedente. La ordenación por bloques temáticos parece artificiosa; la extraordinaria y urgente necesidad que todo real decreto ley exige no concurre respecto de algunas materias. Constituye un lógico reduccionismo de primera hora considerar a la norma meramente abaratadora y facilitadora del despido, del mismo modo que una ilusión pensar que *per se* generará masiva creación de empleo.

191

LEGISLACIÓN
DE EMERGENCIA
Y REFORMA
LABORAL EN
ESPAÑA
(2011-2012)EMERGENCY
LEGISLATION
AND LABOR
REFORM IN
SPAIN
(2011-2012)

Es innegable que, como hiciera el Real Decreto Ley 7/2011, moderniza y aborda cuestiones de actualidad, al tiempo que relevantes para el sistema de relaciones laborales. Al igual que entonces, la contestación sindical, la crítica de los estudiosos, el desdén de los observadores, la impugnación de otras fuerzas políticas o las reclamaciones empresariales son reacciones tan lógicas cuanto inocuas a la hora de examinar y aplicar una norma con rango de ley que, por ello mismo, solo en la medida que sea declarada contraria a la Ley Fundamental por nuestro TC podría inaplicarse.

En vista a las materias que se modifican y la intensidad de los cambios, algunas voces están hablando de «un nuevo modelo de relaciones laborales», lo que sin duda es exagerado. Otra cosa es que estemos ante modificaciones de alcance emparentado con las del año 1994.

Quiere el Real Decreto Ley 3/2012 que se abandone la consideración del trabajador como contratante débil; que los sindicatos, aunque reforzados en la empresa, pierdan también —los más representativos— importantes prerrogativas: exclusividad en la formación, negociación sectorial; en fin, la Administración asume la mayoría de edad de la regulación de empleo y abandona controles propios de otra época (despidos colectivos, traslados).

Al eliminar cautelas, autorizaciones, prohibiciones, garantías, automatismos o generalizaciones, aumenta la importancia del asesoramiento técnico para todos los implicados. El papel de los directores de Recursos Humanos, graduados sociales, abogados u otros profesionales emparentados pasa a ser cada vez más decisivo porque la realidad depende cada vez menos de lo que digan las normas heterónomas y más de las prácticas, acuerdos o convenios.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

El proceso de reformas de la negociación colectiva en España

The process of collective bargaining reforms in Spain

JUAN GORELLI*

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad analizar las principales líneas de desarrollo del proceso de reformas de la negociación colectiva en España. A dicho efecto, luego de describirse aquellos elementos característicos del modelo español respecto a este derecho fundamental, se resaltan los principales cambios legislativos que implicó la gran reforma laboral de 1994, los cuales han continuado a través de las normas emitidas entre 2011 y 2012, generándose una sinergia que en realidad delimita un nuevo derecho de la negociación colectiva.

Palabras clave: reformas – negociación colectiva – flexibilidad laboral – Derecho del Trabajo

Summary: This article aims to analyze the main lines of development of the process of collective bargaining reforms in Spain. For this purpose, after of being described those characteristic elements of the Spanish model about this fundamental right, it highlight the principal legislative changes that involved the great labor reform of 1994, which have continued through the regulations issued between 2011 and 2012, generating a synergy that actually delimit a new right of collective bargaining.

Keywords: reforms – collective bargaining – labor flexibility – Labor Law

CONTENIDO: I. EL PROCESO DE CAMBIOS CONTINUOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO.- II. ELEMENTOS CRÍTICOS QUE HAN VENIDO CARACTERIZANDO EL MODELO ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y QUE JUSTIFICAN LA REFORMA.- III. EL IMPACTO DE LA PRIMERA GRAN REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN 1994.- III.1. EL INCREMENTO DE FUNCIONES Y CONTENIDOS DEL CONVENIO COLECTIVO.- III.2. LOS LÍMITES A LA INTANGIBILIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO.- III.3. LOS INTENTOS POR REESTRUCTURAR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FACILITANDO UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESCENTRALIZADA.- III.4. EL INTENTO DE GENERAR UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA MÁS DINÁMICA.- IV. DIRECTRICES FUNDAMENTALES DEL PROCESO DE REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE 2011-2012.- IV.1. LA REFORMA DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN Y DE LAS REGLAS DE CONCURRENCIA ENTRE CONVENIOS.- IV.2. LA ADAPTABILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LA EMPRESA: DE NUEVO LA REGULACIÓN SOBRE MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO Y EL DESCUELQUE SALARIAL.- IV.3. LA FLEXIBILIDAD EN LA RENOVACIÓN DE LOS PROCESOS NEGOCIADORES.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

I. EL PROCESO DE CAMBIOS CONTINUOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Uno de los elementos característicos del Derecho del Trabajo es su carácter coyuntural; es decir, su capacidad de cambio o mutación ante estímulos externos. De manera que los cambios sociales, los cambios políticos y, sobre todo, los cambios económicos, generan de una manera directa, alteraciones en el ordenamiento laboral, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias que se generan en su entorno.

Ciertamente esta capacidad de adaptación es un elemento que puede calificarse como esencial en la configuración del Derecho del Trabajo, pues uno de los objetivos esenciales de este ordenamiento jurídico es conseguir una situación de equilibrio entre los intereses laborales y empresariales. Ante la alteración sustancial de los elementos ambientales entre los que se mueve el mundo de las relaciones laborales, lo lógico es la necesidad de reequilibrar esos intereses y ello se refleja en la propia regulación laboral. Un buen ejemplo de esta realidad lo vamos a encontrar en la propia negociación colectiva, y en cómo los convenios colectivos son normas que a priori tienen un marcado carácter temporal y están destinadas a durar un corto período de tiempo: lo que se pretende es que el principal instrumento de regulación de las condiciones de trabajo pueda adaptarse convenientemente a las circunstancias existentes en cada momento.

Ahora bien, aun cuando la naturaleza coyuntural del ordenamiento laboral es una característica propia, sin embargo, hemos de reconocer que en los últimos años asistimos a un proceso acelerado, permanente y continuo de reformas, un proceso que no cesa y que en la práctica impide que el ordenamiento laboral pueda gozar de un mínimo de estabilidad. Ello es consecuencia de diferentes factores. En primer lugar, la alteración de los sistemas productivos: el Derecho del Trabajo nace para actuar en un sistema de producción fordista o taylorista, y que genera un sistema de relaciones laborales caracterizado por su carácter netamente estable, por el hecho de que los trabajadores van a disfrutar de contratos indefinidos, condiciones de trabajo que van mejorando y que se incrementan a medida que pasa el tiempo y que desarrollan su prestación de servicios para unidades empresariales de grandes dimensiones que acumulan cientos de trabajadores. Sin embargo, este sistema ha cambiado dramáticamente y se ha alterado a favor de un sistema basado en la descentralización productiva, en la externalización de fases o segmentos del proceso productivo. Ello genera importantes alteraciones: se incrementan las extinciones contractuales como consecuencia de la necesidad de adelgazar las empresas, una importante temporalización de las relaciones laborales; se generalizan fenómenos como la tercerización de las empresas a través de la contratación o subcontratación de todo o parte de la actividad productiva, o a través

de las empresas de trabajo temporal; o bien el incremento del trabajo autónomo, sobre todo por la vía de conversión de trabajo subordinado en trabajo por cuenta propia¹.

Junto con las necesidades derivadas de la alteración del proceso productivo, encontramos cómo existe una noción que ha repercutido sobre el ordenamiento jurídico laboral: la flexibilidad laboral. La cuestión no es precisamente nueva, sino que viene de décadas atrás, pudiendo encontrar sus manifestaciones originarias en los inicios de la década de los ochenta del pasado siglo XX, con las propuestas de desregulación laboral tan apegadas al reaganismo o thatcherismo imperante durante esa década. Pasados los primeros furros de reducción de la regulación laboral², las exigencias de flexibilidad laboral se centraron en el mantenimiento de la normativa laboral, pero sometiéndola a un profundo proceso de reformas flexibilizadoras que implicaban la notable reducción de todo un conjunto de derechos que se consideraban «adquiridos» por la clase trabajadora³.

Las necesidades de flexibilidad laboral han cambiado al ordenamiento jurídico-laboral español de una manera tremendamente profunda, llegando a alterar o incluso a sepultar en el olvido principios laborales que se habían considerado prácticamente sagrados (basta analizar cómo ha sido tratado por la jurisprudencia laboral un principio aplicativo básico como el de la norma mínima o suplementariedad, o comprobar qué ha sido del principio *pro operario*). Este planteamiento se ha utilizado de una manera continuada, de modo que bien podemos decir que los laboristas de mi generación solo conocemos una experiencia jurídica, la flexibilidad laboral, que ha actuado como un indestructible papel de lija que ha ido reduciendo poco a poco las expresiones clásicas del Derecho del Trabajo hasta extremos insospechados. En la actualidad, estos planteamientos sobre la flexibilidad laboral, siguen muy presentes y como nueva vuelta de tuerca se presentan bajo un nuevo envoltorio: la «flexiseguridad», nuevo tótem mágico que puede resolverlo todo en la economía y, por supuesto, en el sistema de relaciones laborales.

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑA

THE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

- 1 Ver sobre esta cuestión GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo Editorial, 2008, pp. 36ss.
- 2 Existen notables trabajos dirigidos a analizar el fenómeno de la desregulación laboral, así: DEL REY GUANTER, Salvador. «Desregulación, jurificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo». *Relaciones Laborales*, 10 (1989); RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Flexibilidad, jurificación y desregulación». *Relaciones Laborales*, 5 (1987).
- 3 Ver sobre este proceso, RIVERO LAMAS, Juan (coord.). *La flexibilidad laboral en España*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1993; RIVERO LAMAS, Juan. «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el derecho del trabajo». *Documentación Laboral*, 56 (1998); RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. *Flexibilidad ¿un debate interesante o un debate interesado?* *Relaciones Laborales*, 3 (1987); SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. «Flexibilidad del mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en España». En AUTORES VARIOS. *El futuro del Derecho del Trabajo en España*. Madrid: 1987; SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral». *Relaciones Laborales*, 2 (1989).

El término flexiseguridad fue introducido por primera vez en los años ochenta en Holanda, a través de diferentes informes que reflexionaban sobre las deficiencias del mercado de trabajo y la segmentación que se estaba produciendo entre trabajadores con alto nivel de protección y trabajadores atípicos o con poca protección⁴. Con posterioridad, resurge en Dinamarca, donde el planteamiento alcanza notable éxito, habiéndose alabado desde hace tiempo los logros alcanzados con el mismo en el mercado de trabajo. La flexiseguridad se ha plasmado en el famoso «triángulo dorado» danés⁵ que, en líneas generales, tiene los siguientes vértices: facilitar a los empresarios una dosis óptima de flexibilidad; dotar a los trabajadores de una mayor seguridad, sobre todo desde el punto de vista de la protección de Seguridad Social en materia de desempleo; así como favorecer las políticas activas de reingreso en el trabajo. En definitiva, hacer más libres la contratación y la extinción, establecer programas de subsidios generosos en caso de desempleo y activación del desempleado tanto desde el punto de vista formativo como en acciones de retorno⁶.

Tal como señala Servais, la flexiseguridad es aquella política que intenta conjugar la flexibilidad del trabajo con la seguridad del ingreso salarial⁷. El planteamiento de la flexiseguridad supone que ambos componentes (seguridad y flexibilidad) no solo pueden jugar de manera opuesta uno frente al otro, sino que es posible combinar de manera armónica ambos elementos, combinándose en una relación dialéctica⁸. Ciertamente es bastante difícil conciliar en una misma palabra dos términos que en el ámbito laboral siempre han funcionado como opuestos⁹. Es un enfoque global de la política de empleo que combina una cierta flexibilidad del Derecho del Trabajo, que permite a las empresas adaptar sus efectivos en función de sus necesidades, con el asegurar a los trabajadores una cómoda y rápida transición a nuevos empleos gracias a unas rentas

4 JASPERS, Teun. «Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa». En AUTORES VARIOS. *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete: Bomarzo, 2009, p. 87.

5 Tal como señala Rodríguez-Piñero, la flexiseguridad danesa «es equipar a la gente para un cambio constante, facilitar el aprendizaje durante toda la vida, adoptar una política de mercado de trabajo activad con derecho y deber de formación, establecer altas prestaciones de desempleo para ayudar en las transiciones entre empleos, asegurar mayor estabilidad social y personal pese a una menor protección o estabilidad en el puesto de trabajo con relación a los sistemas más rígidos de empleo y de menor flexibilidad, convirtiendo así la flexibilidad no en un elemento de precariedad sino en una mayor oportunidad de empleo y al garantizar un aumento global de la ocupación y de mejora de la empleabilidad, de modo que no sea un drama la pérdida del puesto de trabajo» (RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Flexiseguridad: el debate europeo en curso». *Relaciones Laborales*, 2 (2007), pp. 113-137, p. 124.

6 JASPERS, Teun. Ob. cit., p. 89.

7 SERVAIS, Jean Michel. «El complicado equilibrio de la promoción del crecimiento, el empleo y la competitividad con la defensa del Estado Social». En *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, p. 43.

8 RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Las transiciones en el mercado de trabajo». *Relaciones Laborales*, 13 (2010), p. 3.

9 En realidad, estamos ante un verdadero oxímoron o *contradictio in terminis*; es decir, se armonizan dos conceptos opuestos en una sola expresión, configurando un tercer concepto distinto.

adecuadas¹⁰ (entiéndase por transición a nuevo empleo el plazo de tiempo entre el momento que el trabajador pierde el puesto de trabajo y accede a un nuevo empleo).

Este modelo se difunde en Europa gracias a la actuación de la Unión Europea (UE) y el desarrollo de su política de empleo (es necesario aclarar que la UE tiene entre sus competencias la de coordinar la política de empleo de los Estados miembros, artículos 145 a 150 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En la práctica, estos principios de flexiseguridad, dirigidos a facilitar la creación de empleo en los estados miembros de la UE, han supuesto como consecuencia directa un daño irreparable al Derecho del Trabajo como ordenamiento tuitivo y protector del contratante más débil. Con la excusa de que el Derecho del Trabajo, debidamente flexibilizado, debe ser utilizado como instrumento o herramienta para la creación de empleo, lo cierto es que se ha procedido a incrementar las reformas laborales hasta dismantelar buena parte de los derechos laborales.

Todo este proceso de cambio se ve acelerado por una importante variable: la crisis económica. Si la presión sobre el ordenamiento laboral antes del inicio de la crisis en 2008 ya era realmente fuerte, desde entonces se ha incrementado hasta alcanzar extremos realmente insostenibles. Lógicamente ello ha desencadenado una nueva ofensiva reformista. En un corto espacio de tiempo España se ha visto sacudida por todo un conjunto de reformas sucesivas en el ámbito laboral, afectando a todos los ámbitos del Derecho del Trabajo. Si excluimos las reformas procesales (la ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹¹) y de Seguridad Social (ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social¹²), hay tres grandes normas reformadoras que se sucedieron en un cortísimo espacio de tiempo: la ley 35/2010, que supuso una revisión de casi todos los ámbitos del Derecho del Trabajo a nivel individual, y por lo que a nosotros interesa ahora, una facilitación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, incluyendo las reguladas en convenio colectivo. Este proceso de reformas se complementó con el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma de la

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑA

THE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

10 GIRAULT, Joëlle & Sylvie CHABOSSON-VERA. «Chômage et recherche d'emploi: le système danois», *Droit Social*, 12 (2007), p. 1302. En similares términos, MARTÍN PUEBLA, Eduardo. «La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexiseguridad a la francesa"». *Relaciones Laborales*, 4 (2009), p. 93.

11 Norma de carácter fundamentalmente técnico, que pretendía actualizar la regulación procesal regulando expresamente adaptaciones a problemas largo tiempo detectados; así como refundir las pequeñas reformas que se habían venido produciendo en diversos ámbitos de la antigua Ley de Procedimiento Laboral.

12 Norma que tiene como fundamento básico la necesidad de adecuar la regulación a la previsible y futura situación económica del sistema (sobre la base de los principios económicos actuariales y a la población trabajadora actual y futura, que deberá mantener las pensiones dentro de un par de décadas), y que en líneas generales ha supuesto una drástica reducción de la cuantía de las pensiones de Seguridad Social.

Negociación Colectiva; norma que supuso una profunda reforma en ámbitos tan relevantes como la estructura de la negociación colectiva que es acercada al ámbito de empresa; la introducción de elementos que dinamizan la negociación y permiten la mejor y más rápida adaptación de las necesidades empresariales a las alteraciones que se suceden en los mercados económicos y que repercuten sobre las empresas; la modernización de los sistemas de sucesión de los convenios, permitiendo una mayor fluidez en los procesos negociadores; así como la corrección de ciertos elementos que producían problemas en la legitimación de los sujetos negociadores. El resultado es una negociación más dinámica, menos estática y una regulación que introduce alteraciones en normatividad de los convenios colectivos y que resulta atacada desde diferentes puntos de vista.

Si al hecho de la crisis económica le unimos una segunda variable como es el cambio de Gobierno tras las elecciones generales de noviembre del pasado año, que supuso la victoria aplastante de una opción política claramente conservadora, el resultado es una nueva reforma laboral; todo ello antes de que pase un año desde la profunda reforma laboral anterior: nace así, el más que reciente Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. Como puede observarse por las fechas, el ritmo de reformas ha sido verdaderamente frenético. Pues bien, esta última norma ha supuesto un profundo cambio de todo un conjunto diferenciado de instituciones jurídico laborales, todo ello bajo una inspiración claramente conservadora y favorable a las tesis empresariales, o para ser más correcto, a las tesis empresariales más extremas. Se reforman los contratos formativos (tres veces ya en los últimos dos años), se introduce una reducción brutal en los costes indemnizatorios por despido y una dosis de flexibilidad interna nunca conocida en nuestro ordenamiento, facilitando aun más la posibilidad de alterar lo pactado en convenio colectivo (hay quien dice que esta reforma supondrá el despido de los padres para contratar a los hijos, pero a mitad de salario). Bien podemos decir que esta reforma parece dirigida a facilitar la flexibilidad laboral más amplia jamás concebida en España. Una reforma que introduce un profundo desequilibrio en la defensa de los contrapuestos intereses laborales y empresariales, favoreciendo de manera espectacular a estos últimos, incrementando de manera exponencial la subordinación. En cuanto a la materia de negociación colectiva, la reforma supone ahondar aun más, mucho más, en las líneas generales del Real Decreto Ley 7/2011 (la reforma del Gobierno socialista). En este punto en concreto, no se trata de una contrarreforma, al contrario, es una continuación de la reforma anterior; si bien tampoco es una reforma suplementaria (que añade algo más a la anterior), sino que la dosis de flexibilidad que supone es muy superior a la que podía haberse previsto en el desarrollo

de la reforma socialista de 2011. Si en líneas generales podemos decir que es una reforma agresiva, en el marco de la negociación colectiva, en la práctica viene a poner en cuestión el actual marco de relaciones laborales: potencia la negociación de empresa hasta el extremo; degrada la negociación sectorial de manera que en la práctica la negociación de mínimos puede ser absolutamente obviada, sustituye procesos negociadores por mecanismos heterónomos de solución de conflictos; limita y reduce el papel de las organizaciones sindicales.

En definitiva, podemos decir que este proceso de reformas, sobre todo gracias al impulso de la última de las normas reformadoras, supone consagrar de manera expresa un nuevo principio que debe imperar sobre las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo: la norma laboral debe garantizar el beneficio empresarial. Es lo primero y casi lo único esencial. A partir de ahí, el empresario podrá crear empleo (si lo considera necesario, nada le obliga a ello), aun cuando se trate de puestos de trabajo de baja o nula calidad. La regulación laboral tuitiva, que tiene como objetivo proteger al trabajador como contratante débil se marchita, se hace evanescente. No es que este objetivo tradicional se encuentre cuestionado; es que casi ha desaparecido, es algo del pasado, un mero recuerdo para los nostálgicos.

Debemos tener en cuenta que en buena medida este proceso de reforma laboral había venido siendo pactado entre los interlocutores sociales (sindicatos y patronal). Puede decirse que en España los procesos de diálogo social han tenido bastante éxito, permitiendo el Gobierno que fuesen los interlocutores sociales los que pactasen el sentido de las principales reformas laborales. Sin embargo, ese proceso de diálogo social que había caracterizado las relaciones laborales a lo largo de los últimos años se ha visto truncado por la crisis económica y por la imposición de nuevas convicciones políticas en el ámbito de la regulación laboral: se ha pasado de un proceso de diálogo social a la imposición legal de la reforma. Es decir, la crisis económica ha supuesto que por necesidades puramente político-económicas (la necesidad de generar confianza en los «mercados») se haya planteado una verdadera urgencia por reformar la normativa laboral, de manera que lo que hasta ese momento era regla común, dejar a los interlocutores sociales que fuesen quienes capitaneasen el proceso de renovación normativa a través de la legislación negociada, puesto que ellos representaban los intereses de los sujetos a los que se aplica el Derecho del Trabajo, se deja de lado, tomando de nuevo el mando. Un buen ejemplo de esta situación lo tenemos en el hecho de que incluso antes de haber tomado posesión el nuevo Gobierno del Partido Popular, se hicieron advertencias expresas a los interlocutores sociales, a través de los medios de comunicación, de que debían alcanzar un acuerdo en materia de reforma de la negociación colectiva con fecha máxima en la festividad de la Epifanía

199

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

(posteriormente se les facilitó un nuevo plazo). Más aun, incluso si se logra un acuerdo, si este no satisface las ansias reformadoras del poder político, se prescinde del mismo y se regula en contra de lo acordado por los interlocutores sociales. Justamente es lo que ha ocurrido con la última reforma introducida por el Real Decreto Ley 3/2012.

II. ELEMENTOS CRÍTICOS QUE HAN VENIDO CARACTERIZANDO EL MODELO ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, Y QUE JUSTIFICAN LA REFORMA

Como punto de partida hay que señalar que la negociación colectiva española se ha caracterizado por el hecho de su pobreza de contenido. El convenio surge fundamentalmente como instrumento de fijación de las tarifas económicas de los trabajadores; es decir, como instrumento de regulación del salario. Con el paso del tiempo se ha ido incorporando al convenio colectivo cuestiones relativas al resto de condiciones de trabajo. En realidad ello refleja un aspecto que resulta ser esencial para el Derecho del Trabajo: el convenio colectivo es un instrumento adecuado para la fijación de condiciones de trabajo, pues con él se rompe la situación de desequilibrio entre intereses laborales y empresariales¹³. Dado que estos últimos tienen una mayor capacidad contractual de defender, cuando no de imponer sus intereses a los trabajadores individuales, el ordenamiento facilita la negociación colectiva, que al tener ese carácter de representación de los intereses de los trabajadores permite una capacidad negociadora del mismo o parecido nivel del que disfrutaban los empresarios. Ahora bien, aun cuando podamos constatar que a través de la negociación colectiva se fijan y especifican las condiciones de trabajo, hemos de señalar que en la práctica ese contenido tiende, salvo en materia salarial, a mantenerse de manera bastante estable, a perpetuarse sin que las partes suelen tener interés en volver a negociar las condiciones de trabajo una vez que se ha conseguido un acuerdo. En este sentido no es precisamente extraño constatar que aun cuando los convenios colectivos se suceden uno tras otro en períodos de tiempo relativamente cortos; sin embargo, su contenido es tremendamente reiterativo.

Tampoco es precisamente infrecuente encontrar que, excepto en la regulación de las condiciones de trabajo que regulan el precio del trabajo y la utilización del mismo por el empresario (fundamentalmente el salario y la jornada), normalmente al regularse el resto de condiciones (derechos de los trabajadores a la suspensión del contrato, a la excedencia, a la protección antidiscriminatoria, a la igualdad de género, protección

¹³ MORENO VIDA, María Nieves. «Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos». En AUTORES VARIOS. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Granada: Comares, 2011, p. 316.

frente al acoso, etcétera), los negociadores se limitan a reiterar lo establecido por el legislador sobre tales cuestiones. Unido este elemento a la reiteración de lo negociado, podemos encontrar que al acelerarse el proceso de reformas laborales que afecta a la regulación legal, muchos convenios colectivos se están limitando a recoger la regulación legal ya derogada desde hace tiempo. Ello evidencia la debilidad del contenido de la negociación colectiva.

Otra característica propia de la negociación colectiva española ha sido la importante tendencia que se ha implantado entre la práctica doctrinal, la jurisprudencial y en la de los interlocutores sociales por la que se privilegia al convenio de eficacia normativa y *erga omnes*. En buena medida es una herencia de nuestro pasado preconstitucional, en el que la pieza fundamental de la negociación colectiva existente era la del convenio que tenía consideración de fuente del derecho; instrumento diseñado para dotar de una altísima dosis de estabilidad a las relaciones laborales¹⁴. Este ha sido un esquema que se heredó una vez que la Constitución reconoce un verdadero derecho a la negociación colectiva y que ha venido marcando como seña de identidad nuestro sistema de relaciones laborales. De ahí todo el conjunto de amplias discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la distinción entre el convenio estatutario y el extraestatutario. Como es lógico, esta consideración del convenio colectivo con eficacia normativa y *erga omnes* (al menos en el caso del convenio estatutario), implica necesariamente reconocer su intangibilidad frente a otros convenios u otros instrumentos derivados de la negociación colectiva.

Creo que una de las críticas que más reiteradamente se ha venido haciendo a la negociación colectiva española es la relativa a su anómala estructura: en principio nuestro ordenamiento no establece un ámbito concreto para negociar colectivamente, al contrario, deja una amplia libertad a las partes para que sean ellas las que elijan el ámbito concreto de la negociación, siempre y cuando estén debidamente legitimadas para negociar en dicho ámbito¹⁵. Estamos, por tanto, ante un sistema abierto de negociación colectiva, en el que los sujetos legitimados para negociar pueden elegir el ámbito de los convenios colectivos (convenios de empresa, convenios de centro de trabajo, convenios franja, convenios de ámbito superior a la empresa o sectoriales, ya sean nacionales, de Comunidad Autónoma, provinciales o interprovinciales e incluso locales o comarcales). Más aun, una determinación legal estricta de cuál sea la estructura supondría invadir el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

14 En este sentido, ver GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 29-30.

15 Tal como señala el artículo 83.1 del ET, «Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

Esto ofrece la posibilidad de que haya ámbitos muy diferentes de negociación y que en cada sector de la producción puedan existir estructuras negociales muy diversas: podemos encontrar sectores económicos muy centralizados, en los que existen convenios colectivos de sector a nivel estatal; mientras que otros sectores están atomizados pues hay una fuerte presencia de convenios colectivos de nivel empresarial. De otro lado, la existencia de diferentes niveles de negociación permite que puedan existir fenómenos de negociación colectiva articulada, por la que se conecten entre sí convenios de diferentes niveles. Doctrinalmente suele diferenciarse entre dos modelos básicos de negociación: la negociación colectiva centralizada (donde predominan los convenios de sector de nivel geográfico superior) y la negociación colectiva descentralizada (en la que el papel esencial lo van a tener los convenios a nivel de empresa). Lógicamente, entre el nacional y el de empresa pueden existir niveles intermedios, pero no suele ser habitual, de manera que tales niveles intermedios languidecen y carecen de relevancia¹⁶. Pues bien, el dato característico de la estructura de la negociación en España es, justamente, que sí tiene una extraordinaria importancia el nivel intermedio de negociación. Concretamente el convenio colectivo provincial, que resulta ser el que agrupa a un mayor número de trabajadores y de empresas. En los extremos de la estructura, encontramos un número bastante amplio de convenios de empresa (es el número más elevado de convenios), que, no obstante, se aplica a un colectivo de trabajadores reducido; así como un número pequeño de convenios nacionales que sin embargo tiene un amplio número de empresas a las que se aplica y un importante número de trabajadores incluidos dentro del mismo. Es lo que Ojeda Avilés definió como diseño arcaico y provinciano en forma de cántaro¹⁷.

Las razones por las que la estructura tiene ese aspecto tan extraño se remontan al diseño de la negociación colectiva durante la dictadura franquista. Pero este origen no explica que dicha estructura haya llegado prácticamente intacta hasta hoy. Deben existir otros motivos o razones que lo justifiquen. Probablemente esta situación sea consecuencia del diseño de las organizaciones sindicales y patronales, y de los repartos de poder internos en dichos órganos de representación, en los que el ámbito provincial suele ser el que organiza la acción sindical (o patronal) de relaciones laborales; de ahí que los principales sujetos negociadores se encuentran en dicho nivel.

Otra importante crítica al modelo español de negociación colectiva es su carácter estático: los procesos de negociación se producen a intervalos periódicos y una vez conseguido el acuerdo, la negociación se cierra y

16 Así OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 672-673.

17 *Ibidem*, p. 674. De igual modo, VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Los acuerdos marco sobre estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada: Comares, 1998, p. 95.

no vuelve a abrirse hasta que el convenio acordado pierde vigencia. Es decir, entre acuerdo y acuerdo no existe negociación colectiva. Se trata de un modelo totalmente opuesto al modelo dinámico, en el que la actividad negociadora es prácticamente permanente, y el convenio se configura como un instrumento abierto que admite ser completado de manera sucesiva¹⁸.

Creo que el gran problema que plantean los sistemas de negociación colectiva estáticos es justamente que no son capaces de adaptarse a la cambiante realidad en la que son aplicados dichos convenios colectivos. En una situación de economía estable, basada en el crecimiento constante, la negociación de carácter estática no plantea especiales problemas; pero en una situación económica de crisis, con continuos movimientos y vaivenes económicos, se requiere un sistema de negociación mucho más adaptable, mucho más dinámico. La lógica consecuencia de un sistema dinámico de negociación colectiva es el reforzamiento de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores tal como ha señalado la mejor doctrina¹⁹.

- La negociación colectiva ha sido uno de los pilares sobre los que se basaba el sistema de producción fordista, pues ha facilitado una regulación de condiciones de trabajo uniformes que se extendían a colectivos muy amplios y de manera muy estable. Se trata de una negociación basada en acuerdos en materia de salarios, vinculados en su crecimiento al índice de precios, lo cual facilitaba una importante dosis de estabilidad en la organización del trabajo y la protección en materia de despido. Ese sistema productivo ha cambiado, se basa en unidades productivas mucho más pequeñas, inestables por definición, con externalización de actividades, con colectivos de trabajadores autónomos o parasubordinados, con una economía en constante cambio como consecuencia de la globalización y la evolución acelerada de las nuevas tecnologías, se requiere una negociación mucho más dinámica. Ello implica al menos las siguientes consecuencias: Una ampliación del contenido del convenio colectivo, no tanto desde el punto de vista de las materias que regula, sino de las funciones que tiene el convenio colectivo.
- Por otra parte, se intenta romper, al menos hasta cierto punto, la configuración del convenio colectivo como una norma absolutamente intangible e inalterable durante su vigencia.
- De otro lado se produce una expansión de la empresa como unidad de negociación colectiva.

18 Sobre ambos modelos, ver VENEZIANI, Bruno. *Stato e autonomia collettiva*. Bari: Cacucci, 1986, p. 89.
19 Así OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 680.

- Se pretende una negociación colectiva continuada, basada en procesos que no son simplemente periódicos y cerrados.

Analicemos ahora, cómo se concretan estas cuestiones a través de las diferentes reformas sufridas en la regulación de la negociación colectiva.

III. EL IMPACTO DE LA PRIMERA GRAN REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN 1994

La negociación colectiva no ha sido precisamente un ámbito del Derecho del Trabajo en el que se haya producido un proceso permanente y continuo de reformas. Al contrario, la regulación del título III del Estatuto de los Trabajadores (ET), se ha mostrado como una de las partes más estables del ordenamiento laboral. Ahora bien, esto no significa, ni mucho menos, que no haya sido sometida a alteraciones y cambios normativos. A lo largo de la vigencia del ET, solo podemos encontrar dos grandes movimientos de reforma que afectan a la negociación colectiva: en primer lugar, la gran reforma laboral de 1994. Sin lugar a dudas fue la reforma por excelencia del ordenamiento laboral: a través de la misma el ordenamiento laboral fue sometido a una profunda revisión, si se quiere, a una actualización de sus parámetros normativos. Esta reforma afectaba en la práctica a la totalidad de las instituciones laborales, y, por supuesto, también a la normativa sobre la negociación colectiva. Pues bien, desde el punto de vista de la negociación colectiva, este honor de reforma esencial debe compartirse con la introducida por el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva²⁰.

Bien podemos señalar que la reforma de 1994 fijó una serie de bases de alteración del sistema de negociación colectiva, que se han continuado a través del posterior proceso de reformas 2011-2012, generando entre las dos una sinergia que delimita un nuevo derecho de la negociación colectiva. Si analizamos en primer lugar la reforma de 1994, encontraremos una serie de elementos que apuntan justamente a esa transformación: la configuración del convenio como instrumento de gestión de la flexibilidad, el convenio como instrumento normativo que deja de ser intangible a la propia negociación posterior, la reestructuración de la negociación y su reorientación hacia una negociación descentralizada, y el impulso a una negociación dinámica y no estática.

²⁰ Así VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos». *Relaciones Laborales*, 23-24 (2011), p. 20.

III.1. El incremento de funciones y contenidos del convenio colectivo

En cuanto al primero de los aspectos mencionados, la función que asume el convenio colectivo, junto a la tradicional pretensión de regular condiciones de trabajo, se añade un nuevo planteamiento o estrategia: utilizar el convenio colectivo como instrumento de gestión de la flexibilidad laboral, facilitando que la flexibilidad en ciertas condiciones de trabajo pueda llegar a establecerse. En realidad lo que va a ocurrir es que la negociación colectiva no solo asume su competencia en la regulación de condiciones de trabajo vinculadas a la compraventa de la fuerza de trabajo (horario, jornada, salarios); sino que también asume como competencia ordinaria la gestión de la mano de obra y la organización del trabajo²¹. En definitiva, se trata de utilizar el convenio colectivo para introducir flexibilidad en la relación laboral.

Un magnífico ejemplo de esta realidad lo vamos a encontrar en la regulación española sobre tiempo de trabajo, que sufrió una importante modificación a través de la reforma de 1994, con la que se habilitaba al convenio para que gestionase la flexibilidad laboral en este ámbito. La tendencia general en el ordenamiento laboral vigente es facilitar amplios márgenes de flexibilidad a las empresas, tendencia que se plasma sobre todo en la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada de trabajo, o la superación de los topes legales de la jornada máxima de trabajo. Ahora bien, las diferentes expresiones de flexibilidad en materia de jornada se condicionan a que sean pactadas a través de la negociación colectiva. Los horarios uniformes y rígidos se sustituyen por reglas que permiten una regulación de jornada con horarios tremendamente flexibles y diversificados; todo ello como consecuencia de la inestabilidad económica y de las necesidades de que las empresas encuentren cauces que permitan adecuar el trabajo a las necesidades productivas en cada momento²². Esa flexibilidad se alcanza permitiendo que los límites esenciales que antaño eran límites inderogables, se conviertan en disponibles para la negociación colectiva. Como es lógico, esto supone condicionar la flexibilidad a la existencia de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, por lo que el ordenamiento facilita que siga existiendo el esencial equilibrio de intereses entre unos y otros contratantes.

Es relevante constatar que la negociación se utiliza, no solo como instrumento para conseguir una reducción de los límites legales sobre

205

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

21 ESTEVE SEGARRA, Amparo. «El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales». En Blasco Pellicer, Ángel (coord.). *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 504.

22 GOÑI SEIN, José Luis. «La ordenación flexible del tiempo de trabajo». En AUTORES VARIOS. *Análisis y propuestas de modernización de la negociación colectiva en Navarra*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, p. 109.

tiempo de trabajo; además, se utiliza para introducir la flexibilidad de la distribución del mismo, buscando que la empresa pueda adaptarse mucho mejor a sus necesidades productivas²³: el epicentro del régimen jurídico reside hoy en la distribución del volumen de trabajo²⁴, para lo cual se utiliza a la negociación colectiva. Es decir, se trata de una flexibilidad negociada, que requiere por lo tanto la intervención del convenio colectivo o de la negociación colectiva.

En la misma dirección de utilizar a la negociación colectiva y al convenio como instrumento de gestión de la flexibilidad, encontramos cómo en los últimos años la negociación colectiva se ha implicado directamente en los procesos de racionalización económica de las empresas, de manera que se utiliza esta vía para facilitar los procesos de reestructuración de las mismas. El convenio es el instrumento para consensuar la viabilidad económica de la empresa y para resolver los problemas económicos de la misma a través de expedientes de regulación de empleo, planes de acompañamiento a los mismos, de modo que se negocian entre empresarios y trabajadores los sacrificios que van a sufrir unos y otros (los trabajadores en forma de reordenación de la prestación de trabajo incluyendo reducciones temporales de jornada o limitaciones al crecimiento del salario e incluso extinción del contrato; los empresarios abonando indemnizaciones o comprometiéndose a mantener niveles de empleo y a incrementarlos en el futuro o a limitar la contratación temporal)²⁵.

III.2. Los límites a la intangibilidad del convenio colectivo

En cuanto a la intangibilidad del convenio colectivo, ya la reforma de 1994 introducía elementos dirigidos a limitar la eficacia del convenio colectivo estatutario. En concreto nos referimos a dos figuras que han caracterizado el impulso a la flexibilidad en la negociación colectiva: la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo y el descuelgue salarial.

En cuanto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, se trata de un instrumento a través del cual el empresario puede alterar condiciones que resultan esenciales en la relación laboral y que estaban pactadas entre las partes (jornada de trabajo, el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, el sistema de trabajo y rendimiento o las funciones). Con la reforma de 1994 el artículo 41 diferenció entre dos tipos de modificaciones sustanciales: las individuales y las colectivas (en función del origen de la condición que se altera y en

23 GARCÍA BLASCO, Juan. «Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos». En AUTORES VARIOS. *Reforma de la legislación laboral*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 302.

24 RIVERO LAMAS, Juan. «La flexibilización del tiempo de trabajo». En BORRAJO DACRUZ, Efrén (coord.). *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*. Madrid: Actualidad Editorial, 1995, p. 29.

25 MORENO VIDA, María Nieves. Ob. cit., p. 349.

función de la relevancia del número de trabajadores afectados). En caso de modificación individual basta la voluntad unilateral del empresario. En caso de modificación colectiva (condiciones establecidas por acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por decisión unilateral del empresario de efectos colectivos) es necesario abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores que podría finalizar un acuerdo (una expresión de la negociación colectiva) que implicaría la alteración de las condiciones de trabajo. Ahora bien, ante la falta de acuerdo, el empresario puede modificar unilateralmente las condiciones pactadas en un instrumento colectivo (por ejemplo, un convenio extraestatutario).

Esta posibilidad de alteración de condiciones por voluntad unilateral del empresario choca directamente con el hecho de que el convenio colectivo estatutario sea fuente del derecho, tal como se reconoce constitucionalmente. La voluntad unilateral del empresario no puede imponerse al convenio colectivo estatutario ello supondría un ataque frontal al carácter normativo del convenio y negar el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente consagrado. De ahí que el legislador, cuando se trata de condiciones pactadas en este tipo de convenio solo admita la modificación si existe acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; es decir, a través de un acuerdo de empresa que también es una expresión de la negociación colectiva. Dicho de otra manera, en estos casos de condiciones pactadas en convenio estatutario, solo se admite su modificación a través de la propia negociación colectiva. Por lo tanto, el acuerdo es imprescindible: sin el acuerdo de empresa, expresión de la negociación colectiva, no se consigue la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio estatutario.

Ahora bien, es evidente que la figura del acuerdo de empresa²⁶ implica una alteración de lo fijado en el convenio colectivo y, en consecuencia, ello supone cuestionar la eficacia del convenio colectivo. Se limita realmente la normatividad del convenio colectivo, si bien a través de otro instrumento de la negociación colectiva.

Junto a la modificación sustancial, la reforma de 1994 introdujo otro acuerdo de empresa especialmente interesante: el acuerdo de descuelgue salarial. A tenor de dicha regulación, era necesario que los convenios colectivos de ámbito superior, como parte de su contenido, debían establecer las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica estaba en peligro. Es decir, el convenio colectivo de ámbito superior debía regular las causas por las que concretas empresas podrían desvincularse, no del convenio, sino de la regulación salarial del mismo;

26 Aun cuando la reforma de 1994 impulsó la figura, lo cierto es que ya con anterioridad existía en el ordenamiento español, ver en este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, Juan & Antonio VALVERDE ASENCIO. «La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa». *Relaciones Laborales*, 22 (1995), p. 30.

pudiendo, a partir de ahí, negociar en el ámbito de empresa la nueva cuantía salarial (lógicamente inferior), especificándola a través de acuerdo de empresa.

De nuevo, el legislador acude a un instrumento derivado de la negociación colectiva para cuestionar la eficacia o intangibilidad de lo pactado en el convenio colectivo. Si bien el convenio colectivo estatutario tiene eficacia normativa, se acude a otro procedimiento derivado de la negociación colectiva para limitar su aplicación. Este instrumento es el acuerdo de empresa, por lo que en realidad se salvaguarda el derecho a la negociación colectiva. En realidad, en este caso lo que ocurre es que el acuerdo de empresa no cuestiona lo regulado en el convenio colectivo de nivel superior, sino que limita subjetivamente la aplicación del mismo a través del acuerdo de empresa. Debemos reparar en el hecho de que los acuerdos de empresa que pueden afectar a lo dispuesto en convenios colectivos estatutarios (sea a través de la modificación sustancial o a través del descuelgue), realmente tienen también eficacia normativa, pues no en vano afecta directamente a lo pactado en un instrumento que es fuente del derecho²⁷.

En realidad lo que hizo el legislador al acudir a esta figura de acuerdos de empresa que podían alterar lo dispuesto en convenio colectivo no es sino establecer un mecanismo, a nivel de empresa, para facilitar que los concretos empresarios pudieran adaptarse mejor a las alteraciones económicas que podían afectar a la buena marcha de sus empresas. Con ello se flexibiliza el sistema de relaciones laborales al admitirse que los convenios colectivos, fuente del derecho, no son absolutamente intangibles.

III.3. Los intentos por reestructurar la negociación colectiva facilitando una negociación colectiva descentralizada

Otra de las líneas de actuación de los procesos de reforma de la negociación colectiva ha sido la potenciación de la negociación colectiva a nivel de empresa; es decir, el intento de crear un modelo de negociación descentralizado. Lógicamente, esto presupone que el modelo español en el momento de la reforma era básicamente centralizado. La negociación centralizada obedece sobre todo a un criterio de eficacia: es una manera relativamente rápida de establecer una regulación de condiciones de trabajo para sectores productivos concretos, negociada entre pocos sujetos colectivos que se interrelacionan de manera habitual y en consecuencia pueden facilitar los acuerdos. Además, la negociación

²⁷ En este sentido, ver GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*; también GORELLI HERNÁNDEZ, Juan & Antonio VALVERDE ASENCIO. Ob. cit., pp. 42 y ss.

centralizada supone una manera óptima de gestionar los tiempos de la negociación con resultados que extienden su eficacia a todos los ámbitos inferiores, simplificando de esta manera los procesos negociadores y sus costes, no solo económicos, sino sociales, pues evitan la conflictividad. Por último, la negociación centralizada implica el establecimiento de reglas comunes en materia de competencia entre las empresas, pues homogeneiza los costes sociales de todas las empresas del sector.

La necesidad de alterar esta estructura fundamentalmente centralizada obedecía a la necesidad de facilitar que las empresas pudieran adaptarse a las alteraciones que sufren las circunstancias económicas y tecnológicas. Es evidente que un mundo económico globalizado, mucho más inestable, implica que las circunstancias, el medio ambiente que rodea a la actividad productiva en términos generales y las particulares de cada empresa, varían con frecuencia. Esa necesidad de adaptación es tomada en cuenta por el legislador a través de la reforma de 1994. Con ella se impulsó una figura de especial importancia a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, los acuerdos de empresa. A través de este instrumento se reconduce la negociación al ámbito de la empresa, al menos a ciertos efectos esenciales, pudiendo incluso afectar a lo dispuesto por convenios colectivos de ámbito superior (el ejemplo es el acuerdo en materia de descuelgue salarial o de modificación sustancial de condiciones establecidas en convenio colectivo). Es decir, acercan la negociación al ámbito donde inciden los cambios del mercado y donde se siente de manera más fuerte las alteraciones, donde antes se requiere la adaptación de las condiciones pactadas. En definitiva, lo que se plantea es un cierto cambio o giro de la estructura de la negociación, favoreciendo una negociación descentralizada.

El hecho de la proliferación legal de este tipo de mecanismo indicaba la preocupación del legislador por encontrar un instrumento que permitiera redirigir la negociación colectiva hacia la empresa. Además, hay que valorar la existencia de una multitud de acuerdos de carácter supletorio respecto del convenio colectivo: con ellos el legislador transmite la idea de que cuando ciertas materias (ciertamente muchas de ellas caracterizadas por ser cuestiones que admiten un alto grado de singularidad, pudiendo establecer regulaciones particulares para cada empresa dentro de concretos sectores) no están reguladas por el convenio colectivo (con independencia de cual sea el ámbito), pueden negociarse en el ámbito de empresa. Se reconduce de esta manera un conjunto de cuestiones al ámbito inferior de la negociación colectiva. Si a ello le sumamos que la posibilidad de que se modifique lo pactado en convenio colectivo o el establecimiento de nuevas condiciones salariales ha sido reconducido al ámbito de negociación colectiva de empresa a través de los acuerdos de empresa que ya hemos mencionado con anterioridad, se evidencia que hay un relanzamiento de este

209

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

ámbito de negociación colectiva. Es evidente que la proliferación de los acuerdos de empresa parece indicar una preferencia del legislador por este ámbito de la negociación colectiva²⁸.

Por otra parte el acuerdo de empresa implica también una mayor flexibilidad en la negociación colectiva, pues permite no aplicar las reglas estrictas del título III del Estatuto de los Trabajadores, facilitando una mayor adecuación a las necesidades de la empresa.

III.4. El intento de generar una negociación colectiva más dinámica

El objetivo del legislador en 1994 era introducir una profunda flexibilización de las condiciones de trabajo y para ello impulsó la negociación a nivel de empresa. Al hacerlo se intenta generar la capacidad para adaptarse a la alteración de las condiciones que inciden sobre la marcha económica de la empresa y ello supone no solo una estructura más descentralizada de la negociación, sino también una negociación mucho más dinámica. El planteamiento pasa por reconocer que en este momento una negociación colectiva de escaso dinamismo no servía a los intereses de ser utilizada como factor de cambio o adaptabilidad²⁹.

Desde nuestro punto de vista, esta tendencia a la negociación más dinámica es consecuencia de la convergencia de diferentes líneas de actuación utilizadas en la reforma de 1994. De un lado, el planteamiento utilizado por parte del legislador a favor de imponer un mayor protagonismo del convenio colectivo en la regulación de las condiciones de trabajo: esta reforma incluyó una multitud de referencias expresas a la necesidad de que determinadas materias debían ser reguladas a través del convenio colectivo³⁰. Es evidente que al recogerse expresamente en la norma legal que ciertas condiciones deberían regularse por convenio, se impulsa que la negociación colectiva asuma nuevas materias o condiciones y no se limite simplemente a regular cuestiones íntimamente relacionadas con la compraventa de la fuerza de trabajo³¹.

Pero, además, esa pretensión del legislador se complementa con el hecho de que la propia norma laboral adquiere un papel diferente en sus relaciones con el propio convenio colectivo: hay una cierta retirada de la regulación legal que debe ser cubierta por la negociación colectiva. En este sentido podemos encontrar fenómenos que van desde

28 En este sentido, ver *ibidem*, p. 35.

29 En este sentido, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel & GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. «Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994». En *Reforma de la legislación laboral*, p. 24.

30 *Ibidem*, p. 26.

31 Así hubo autores que detectaron cómo con la nueva regulación introducida por esta reforma en el ET se encontraba más de una veintena de normas que hacían referencia a materias que debían ser reguladas a través de convenio colectivo. En este sentido, ver PRADAS MONTILLA, Ricardo. «Negociación colectiva en la nueva Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores». *Documentación Laboral*, 43 (1994), pp. 19 y ss.

la desregulación legal de ciertas materias antes desarrollada por la norma estatal y que ahora el legislador se limita a señalar que deben estar reguladas por la negociación colectiva (los derechos de promoción profesional —artículo 23 del ET—, la regulación en materia de ascenso —artículo 24— o el valor de las horas extraordinarias —artículo 35 del ET—), hasta situaciones en las que la regulación legal se hace disponible para el convenio: la regulación legal solo se aplica en defecto de lo establecido por convenio colectivo (por ejemplo en materia de duración del pacto de período de prueba, artículo 14.1 del ET; o la duración de los contratos eventuales o por circunstancias de la producción artículo 15.1 letra b del ET; etcétera).

En el mismo sentido, ha de señalarse el papel que asumen ciertos acuerdos de empresa de adaptación ante el cambio de las circunstancias económicas que genera nuevas necesidades organizativas y productivas (acuerdos de reorganización productiva, los acuerdos de modificación sustancial o de descuelgue): la posibilidad de afectar a lo dispuesto por un convenio anterior implica reconocer que los procesos de negociación no se cierran simplemente por el hecho de haber llegado a un acuerdo que se plasma en el convenio colectivo, sino que se trata de procesos abiertos. En buena medida, esta negociación más abierta y flexible se entrega preferentemente al nivel de empresa, potenciando estos mecanismos que permiten que la empresa se adapte a los cambios económicos.

En última instancia esta pretensión de favorecer un sistema de negociación más dinámico se impulsa también a través de otro de los aspectos que caracterizó a la reforma de 1994: la introducción de mecanismos institucionales de solución de conflictos colectivos que permiten una actuación continuada de los sujetos negociadores, interpretando lo pactado e intentando resolver todas aquellas cuestiones interpretativas del acuerdo que se ha logrado.

IV. DIRECTRICES FUNDAMENTALES DEL PROCESO DE REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE 2011-2012

Entre 2011 y 2012 se han producido dos importantes reformas laborales que afectan a la negociación colectiva (Real Decreto Ley 7/2011, y la segunda por el Real Decreto Ley 3/2012), a las que debe sumarse el proceso inmediatamente anterior protagonizado por la ley 35/2010. Todo este conjunto de reformas ha afectado a la regulación de la negociación colectiva. La consecuencia ha sido la introducción de una serie de alteraciones tremendamente importantes de la regulación sobre negociación colectiva: nuevas reglas sobre estructura y concurrencia entre convenios, facilitar aun más la capacidad de adaptación de las

211

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

empresas y las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas que atraviesa aquella, agilizar los procesos de negociación sobre todo desde el punto de vista de la vigencia de los convenios y solucionar viejos problemas de legitimación negociadora.

Estas reformas se han realizado sin utilizar los cauces habituales de diálogo social que han venido implicando una legislación negociada entre los interlocutores sociales. En la reforma de 2011, que era directamente una reforma de la negociación colectiva, el acuerdo resultó imposible, obligando a la actuación del Gobierno que asumió sus competencias legislativas e introdujo una importante reforma legal.

En la segunda de las normas reformadoras, el Gobierno de derecha solo ha cumplido de manera puramente formal con conceder a los interlocutores la posibilidad de que fueran ellos los que alcanzasen un acuerdo sobre la nueva regulación de la negociación colectiva. El nuevo Gobierno «amenazó» en diversas ocasiones, desde que tomó posesión en diciembre, con su intervención si los interlocutores sociales no lograban el acuerdo antes de Epifanía, de manera que *in extremis* y en tiempo récord, las partes lograron un acuerdo a principios de febrero, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado³², pero que ha sido absolutamente ignorado por el Gobierno, que solo una semana más tarde aprobaba la reforma. El nuevo Gobierno no tenía especial interés en conceder margen de maniobra a los interlocutores sociales y tenía decidido, desde el principio, aprobar «su» reforma, la más regresiva en los más de treinta años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores y desde que existe un sistema democrático de relaciones laborales.

El Real Decreto Ley 3/2012 ha supuesto un verdadero terremoto para las estructuras básicas del Derecho del Trabajo, especialmente en materia de extinción de los contratos de trabajo, procediendo a un importante abaratamiento de los costes indemnizatorios en caso de despido, un incremento de las facultades directivas del empresario y de la subordinación del trabajador y una nueva vuelta de tuerca a las líneas generales de las reformas anteriores en materia de negociación colectiva.

Podemos decir con claridad que esta última reforma (Real Decreto Ley 3/2012) no hace sino volver a reformar de una manera muy extrema las instituciones previamente reformadas: a las reformas del Gobierno socialista, el nuevo Gobierno de derecha (la Horda de la Gaviota³³) ha querido llevar hasta límites nunca vistos desde el retorno de la democracia a España, la flexibilidad laboral. Es una nueva reforma

32 Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, *Boletín Oficial del Estado*, 6 de febrero de 2012.

33 Si hay algún lector que no entienda el juego de palabras, advierte este autor del detalle que el emblema del Partido Popular consiste, justamente, en una gaviota con las alas extendidas.

claramente flexibilizadora y reductora de los derechos laborales, una reforma verdaderamente empresarial, inspirada en las exigencias de la patronal y con la que se pretende dar satisfacción a tradicionales exigencias de los sectores empresariales más duros. Veamos ahora cómo queda la nueva regulación.

IV.1. La reforma de la estructura de la negociación y de las reglas de concurrencia entre convenios

La reforma de 2011 nació con el confesado objetivo de facilitar una negociación colectiva más cercana al ámbito de empresa para facilitar de esta manera una mayor capacidad de adaptación a los cambios económicos, una negociación más ágil, menos estable y que permita a la empresa poder acomodarse mejor al entorno que la rodea.

Este objetivo se proyecta sobre una de las instituciones que resulta clave para determinar la estructura de la negociación colectiva: la concurrencia de convenios. Las reglas sobre concurrencia de convenios vienen a determinar una cuestión esencial en un sistema de negociación colectiva abierto como el español: dado que pueden existir diferentes y múltiples niveles de negociación colectiva, cabe la posibilidad de que al mismo tiempo existan dos o más convenios colectivos aplicables a un ámbito concreto. En estos casos las reglas sobre concurrencia determinan cuál es el convenio aplicable. Debemos tener en cuenta que las reglas de concurrencia del artículo 84 del ET solo tienen aplicación cuando estamos ante una situación de concurrencia conflictiva; es decir, cuando tenemos dos convenios que tienen un ámbito parcialmente coincidente³⁴ y además establecen regulaciones contradictorias³⁵. Tal como señala la doctrina laboral, la concurrencia que regula el artículo 84 del ET se caracteriza por el hecho de que haya dos convenios parcialmente coincidentes en el ámbito de aplicación, y por que sus regulaciones son divergentes u opuestas³⁶.

El principio que había venido resolviendo los problemas de concurrencia en nuestro ordenamiento ha sido la prohibición de concurrencia, o principio *prior in tempore*, a tenor del cual, de los dos convenios colectivos concurrentes se aplica el primero en el tiempo. De esta manera el convenio posterior no puede afectar al convenio anterior de distinto ámbito. Esto significa que el segundo convenio colectivo

34 No existen convenios de ámbito idéntico, pues no es factible negociar cuando no se trata de sustituir a un convenio ya vencido, no existiendo en estos casos deber de negociar (artículo 89.1 del ET).

35 Ver CRUZ VILLALÓN, Jesús. «Estructura y concurrencia entre convenios colectivos». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68 (2007), p. 92.

36 En este sentido, ver MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Artículo 84. Concurrencia». BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.). *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo XII, vol. 2. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: puntos críticos*. Madrid: EDERSA, 1995 p. 35; también VALDÉS DAL-RE, Fernando. «Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos». *Relaciones Laborales*, 23-24 (2011), p. 40.

no puede invadir el ámbito del primero: las relaciones jurídicas entre trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito del primer convenio, seguirán rigiéndose por el mismo.

Lo que introduce la reforma es todo un importante conjunto de excepciones al principio general de *prior in tempore*, de manera que su papel como principio general se pone en cuestión. Así en primer lugar, la nueva regulación del artículo 84.2 del ET, siguiendo el objetivo de impulsar la negociación colectiva a nivel de empresa, declara la prevalencia de los convenios colectivos de empresa sobre los convenios sectoriales (estatales, autonómicos o provinciales) aun cuando estos sean los primeros en el tiempo: *lex minor et posterior*. La pretensión del legislador es favorecer la mejor y más fácil adaptación de la negociación a las concretas circunstancias y situaciones de la empresa y para conseguirlo se da prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los previos convenios sectoriales, al menos sobre determinadas materias.

No obstante, si bien se ha establecido una regla que otorga una clara preferencia por la negociación colectiva a nivel de empresa, esa misma regla no es ilimitada, sino que el legislador la ha sujetado a un límite material: esa preferencia del convenio de empresa posterior se predica exclusivamente respecto de determinadas materias, de manera que, en principio, fuera de esas materias la preferencia no se produce, manteniéndose la regla general del *prior in tempore* como norma de solución de los problemas de concurrencia entre convenios sectoriales y un posterior convenio de empresa. Concretamente las materias son las siguientes:

- a. La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. En la práctica esta será una alternativa al descuelgue salarial³⁷.
- b. El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c. Horario y distribución del tiempo de trabajo, así como el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d. Sistema de clasificación profesional. Aun cuando un convenio sectorial sea destinado a todas las empresas de un determinado ámbito funcional, y que consecuentemente pueden tener una organización profesional muy parecida, pueden darse diferencias relevantes; de ahí que el legislador especifique esta posibilidad para facilitar que la clasificación profesional del convenio superior pueda adaptarse a las concretas circunstancias de la empresa.

³⁷ Para Valdés Dal-Ré, la respuesta a este problema debe ser la de estimar que la posibilidad de que el convenio de empresa tenga prioridad en materia de cuantía del salario base y complementos no puede significar que quede en cuestión la estructura del salario base del convenio afectado (ibidem, p. 45).

- e. Adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa. Será materia propia del convenio de empresa la adaptación de aquellos aspectos de las modalidades de contratación (aunque no las modalidades en sí, que deben seguir en la órbita del convenio sectorial), que según el propio ET (es decir, otras normas del ET diferentes al artículo 84.2) se atribuyen al convenio de empresa.
- f. Medidas para favorecer la conciliación entre la vida familiar, laboral y personal.
- g. Aquellas otras que dispongan los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos de sector nacional o de Comunidad Autónoma. Es decir, se permite a la negociación colectiva de nivel superior ampliar el campo de actuación de la preferencia del convenio de empresa.

Con la novísima regulación, el artículo 84 del ET, tras reconocer la prioridad aplicativa del convenio de empresa en ciertas materias, establece en su último párrafo lo siguiente: «Los acuerdos y convenios a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado». Por lo tanto, el legislador niega la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan plantearse una planificación de la estructura negocial: se impone de manera radical la negociación de empresas. Teniendo en cuenta la estructura empresarial de mi país, compuesto fundamentalmente por pequeñas empresas y microempresas, el futuro se adivina complejo: empresas de pequeñas dimensiones, en las que no hay representación de los trabajadores que puedan hacer frente a los empresarios, empresas con altos porcentajes de trabajo temporal en las que los trabajadores, dada su condición y al tener sobre ellos la espada de Damocles que pende de un hilo (la prórroga, o no, del contrato) no son reivindicativos; además con la nueva reforma, los trabajadores indefinidos están amenazados por costes de despido que han disminuido escandalosamente. El cóctel es ciertamente explosivo, si a ello le añadimos que condiciones muy sensibles pueden negociarse en una situación de desequilibrio entre la empresa y los trabajadores. Si una ventaja tiene la negociación a nivel sectorial, es justamente que la representación laboral se fortalece. Esa ventaja, con la novísima reforma desaparece.

Junto con la modificación de las reglas de concurrencia consistente en introducir la preferencia por la negociación de empresa, el artículo 84 del ET fue modificado en otro de sus elementos, insistiendo en la idea de flexibilizar la negociación colectiva; en este caso por la vía de potenciar un ámbito de negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma.

En realidad era una cuestión que venía de lejos, de la reforma de 1994 donde se planteó por primera vez lo que la doctrina laboral ha venido

215

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

denominando como concurrencia descentralizadora. No obstante, la nueva regulación introducida por el Real Decreto Ley 7/2011 (reforma del Gobierno socialista) intentó corregir los errores de la redacción procedente de la reforma de 1994 para poder alcanzar la finalidad de facilitar la negociación en el ámbito autonómico. En este sentido la redacción actual de precepto (artículo 84.3 del ET) señala que aquellos sujetos con legitimación para negociar de conformidad a los artículos 87 y 88 del ET, podrán «en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal». Se plantea, por lo tanto, la posibilidad de que los acuerdos o convenios de un concreto ámbito, el autonómico, puedan afectar a lo dispuesto por acuerdos o convenios de otro ámbito concreto, el nacional. Dado que estamos ante una excepción al principio general de prohibición de concurrencia, el artículo 84.3 del ET debe ser entendido en el siguiente sentido: un convenio nacional, primero en el tiempo, puede ser afectado por un convenio autonómico que es posterior.

El legislador ha mantenido en la redacción actual las mismas limitaciones al juego de este principio que ya existían bajo la regulación anterior: la exigencia de una mayoría cualificada a la hora de aprobarse el convenio concurrente y un conjunto de límites materiales. El convenio debe ser aprobado por una mayoría igual a la exigida para constituir la comisión negociadora (regulada en la actualidad por el artículo 88.2 del ET³⁸) y no la mayoría simple de cada una de las dos representaciones (regulada en el artículo 89.3 del ET³⁹); es decir, se exige una mayoría mucho más alta para la aprobación de este tipo de convenios autonómicos. De otro lado, se establece una segunda exigencia de carácter material, pues la prioridad aplicativa del convenio de Comunidad Autónoma no puede afectar a todo un conjunto de materias reguladas en el convenio nacional previo⁴⁰. Se establece así una reserva material a favor del previo convenio nacional. Es decir, de un lado se está reconociendo legalmente la posibilidad de flexibilizar la estructura de la negociación, pero de otro lado se admite la necesidad de establecer para ciertas materias una regulación estándar y homogénea para todo el sector⁴¹.

38 A tenor de esta nueva redacción, la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y asociaciones empresariales representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

39 El artículo 89.3 del ET, al regular la mayoría ordinaria de aprobación de un convenio, se refiere al voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones que integran la comisión negociadora del convenio.

40 En cuanto a las materias sobre las que no se admite, en principio, la concurrencia descentralizadora, son las siguientes: el período de prueba, las modalidades de la contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas sobre prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

41 CASAS BAAMONDE, María Emilia. «La estructura de la negociación colectivas y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos». En CASAS BAAMONDE, María Emilia & Fernando VALDÉS DAL-RÉ (coords.). *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: La Ley, 1994, p. 314.

En todo caso hay que advertir que las reglas legales sobre concurrencia descentralizadora tienen carácter dispositivo, de manera que solo se aplican si no hay pacto en contrario negociado conforme al artículo 83.2 del ET; es decir, pacto en contrario establecido en acuerdo interprofesional o en los mismos convenios colectivos nacionales. Si este pacto existiese, hay que estar a lo dispuesto en el mismo.

En conclusión, en materia de concurrencia de convenios contamos con una regla general, o *prior in tempore*, que admite grandes excepciones como la preferencia de los convenios de empresa y la concurrencia descentralizadora. Ahora bien, bajo la reforma socialista tanto la regla general como sus excepciones eran dispositivas, de manera que a través de acuerdos interprofesionales o convenios de ámbito superior es posible establecer reglas alternativas sobre concurrencia y articulación de convenios colectivos. Con ello se introducía la posibilidad de evitar el dirigismo legal sobre la estructura de la negociación colectiva, dejando que sean los interlocutores sociales más representativos los que puedan determinar la estructura de la negociación a través de las reglas sobre concurrencia entre convenios, facilitando así que los acuerdos interprofesionales puedan vertebrar la negociación colectiva, ordenando las relaciones entre los diferentes niveles de la negociación colectivo. Sin embargo, esta posibilidad se ha visto limitada por la novísima reforma de 2012 que ha querido dejar claro la absoluta preferencia de la negociación de empresa, al menos en ciertas materias.

IV.2 La adaptabilidad de las condiciones de trabajo de la empresa: de nuevo la regulación sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y el descuelgue salarial

Uno de los problemas que se ha venido señalado en los últimos años por parte de las asociaciones empresariales, es el relativo a las dificultades que tiene el sistema español de negociación colectiva para ajustar con rapidez las condiciones de trabajo existentes en la empresa, a las circunstancias económicas y productivas por las que puede atravesar la empresa. En un mundo globalizado, los ciclos económicos se suceden con enorme rapidez y todo, o casi todo, es coyuntural desde el punto de vista económico. Por lo tanto la capacidad de ajuste o adaptación es esencial para una empresa competitiva. En la práctica ello ha supuesto volver a alterar las reglas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y en materia de descuelgue salarial. El objetivo, como todos pueden comprender, no es otro que el de facilitar aun más la posibilidad de que los convenios colectivos resulten afectados y alterados en su regulación, como mecanismo para adaptar con rapidez las condiciones de trabajo a las circunstancias de la empresa.

En líneas generales podemos decir que el régimen jurídico no cambia, aparentemente, en lo sustancial: solo es posible la modificación de lo establecido en convenio colectivo estatutario a través de un acuerdo de empresa, siempre que haya justa causa, y solo respecto de concretas materias. Pero a partir de aquí se introducen diversos cambios o precisiones que son de especial interés y que suponen reforzar la flexibilidad interna⁴². Vamos a obviar cuál ha sido la evolución en el proceso de reformas 2011-2012 y procedamos simplemente a referirnos al resultado final.

De entrada hay una diferencia estructural esencial: con la regulación anterior, al igual que con la regulación procedente de 1994, modificación sustancial y descuelgue salarial eran dos instituciones separadas y distintas. Bajo la nueva regulación se unifican ambas cuestiones (ver nuevos artículos 41.6 y 82.3 del ET), de manera que el descuelgue es una más de las posibles modificaciones sustanciales. En este sentido, lo que hace el legislador es incrementar el listado de posibles modificaciones de condiciones que son sustanciales recogiendo expresamente la modificación del sistema de remuneración «y cuantía salarial»⁴³. Por lo tanto, el descuelgue salarial, es decir pactar un nuevo salario inferior al regulado en el convenio de aplicación, es hoy día una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

De otro lado, la modificación sustancial sigue siendo una institución causal: es necesario una justa causa. Ahora bien, se han introducido importantes modificaciones en esta cuestión: sigue aludiéndose a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El problema reside en cómo se interpretan, especialmente las causas económicas. A tenor de la nueva regulación, estas existen cuando de los resultados de la empresa se deduce una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.

Dicho de otra manera, es posible la modificación de las condiciones pactadas cuando hay una simple disminución o reducción de ingresos, aun cuando la empresa siga teniendo un balance económico favorable, bastando, para que haya persistencia, con seis meses en esa situación. Por lo tanto, si una empresa que produce ingresos, sigue ganando dinero, pero menos que durante los seis meses anteriores, puede proceder a iniciar

42 En este sentido, ver VELASCO PORTERO, María Teresa. & Martín FRÖHLICH. «Los sistemas alemán y austríaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España». *Actualidad Laboral*, 14 (2010), p. 1673.

43 Por cierto, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación incluye también como posible modificación sustancial la relativa a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

la modificación de condiciones pactadas (por ejemplo, un banco que ha tenido de enero a junio un saldo favorable, pero respecto al período anterior haya disminuido ingresos, puede intentar la modificación).

Es importante señalar que esta modificación realizada en la empresa puede afectar a condiciones pactadas en convenios de empresa o convenios de sector. Por lo que es perfectamente posible afectar a las condiciones de un convenio superior; más aun, es posible alterar los salarios pactados en convenio de empresa, es decir, el convenio firmado por el propio empresario que ahora pretende cambiarlo. Todo ello implica la posibilidad de limitar la eficacia de lo pactado a nivel superior por un acuerdo de empresa, es decir, por sujetos con legitimación para negociar a este nivel. Es evidente que con esta nueva regulación sale netamente reforzada la negociación de nivel inferior, que a través del artículo 41.6 del ET puede afectar a un convenio de nivel superior, no solo en materia salarial (el descuelgue salarial), sino también alterando todo un conjunto de condiciones de trabajo que señalaremos posteriormente. De otro lado, es evidente que a iniciativa del empresario que firma su propio convenio, este puede alterarse y quedar en papel mojado, cuestionándose de manera esencial el carácter normativo del convenio. Si a todo ello le sumamos que, como veremos después, el acuerdo de empresa no es imprescindible para la modificación, se evidencia la degradación del carácter normativo de los convenios en España.

La conclusión de esta posibilidad es que la suma de las reformas 2011 y 2012 suponen una importante agresión al principio de eficacia normativa de la negociación colectiva, pues no solo se permite alterar lo pactado en un convenio de empresa a través de otro instrumento de negociación colectiva del mismo nivel (el acuerdo de empresa). Con la nueva regulación, sujetos negociadores de ámbitos inferiores (empresa), pueden disponer de lo negociado en ámbitos superiores en todo un conjunto de materias. Queda así afectada la regla de la legitimación para negociar, que es, justamente, la base de la eficacia normativa. Se introduce, por tanto, un elemento que cuestiona la eficacia normativa de la negociación colectiva al facilitarse la asimetría entre sujetos legitimados y ámbitos de negociación.

Procedimentalmente, el artículo 82.3 del ET señala que para proceder a la modificación de condiciones es necesario proceder a un previo período de consultas regulado en el artículo 41.4 del ET; es decir, será necesario seguir un período de consultas, tras el cual es imprescindible alcanzar un acuerdo para poder alterar las modificaciones pactadas en convenio colectivo. No es posible la alteración del convenio colectivo por decisión unilateral del empresario, no en vano estamos ante un producto de la negociación colectiva que tiene la consideración de fuente del derecho.

219

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

Durante el período de consultas los representantes están obligados a negociar de buena fe y el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de comité de empresa o delegados de personal o bien de la representación sindical que a su vez tenga la mayoría del órgano unitario (comité o delegado de personal).

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando no existe representación por parte laboral? La regulación anterior no daba respuesta a esta pregunta, siendo la reforma la que ha solucionado la cuestión por la vía de crear una comisión *ad hoc* para las empresas en que no exista representación legal de los trabajadores. Los trabajadores podrán optar entre la designación directa de una comisión de hasta tres trabajadores de la empresa, elegida por los propios trabajadores democráticamente (comisión de trabajadores); o bien, en segundo lugar, la posibilidad de delegar en una comisión de tres integrantes designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector, según su representatividad, siempre que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio aplicable a la misma (comisión sindical). Es bastante fácil imaginar qué ocurrirá cuando se nombre una comisión de trabajadores y cómo sufrirán estos las presiones empresariales.

Junto con la introducción de esta comisión, la actual regulación se caracteriza por un último elemento, con el que se pretende introducir una mayor presión para obtener el acuerdo a través del cual se proceda a la modificación sustancial. Me refiero al hecho de que expresamente se establezca que ante la falta de acuerdo sea obligatorio acudir a medios de solución extrajudicial de conflictos. Es decir, para proceder a la modificación, el empresario necesita un acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero si no lo consigue, aun puede intentarlo por la vía de los procedimientos de solución de conflictos.

El nuevo artículo 82.3 del ET establece que ante el desacuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio. La posibilidad no tiene excesivo interés, pues si las partes directamente afectadas no llegan a un acuerdo, difícilmente lo van a conseguir en una instancia igual de paritaria⁴⁴. Si la Comisión paritaria no llega a un acuerdo, se podrá recurrir a los mecanismos de solución de discrepancias que con carácter obligatorio debe regularse en los propios convenios colectivos, que puede incluir el compromiso de someterse a arbitraje vinculante (no es obligatorio dicho arbitraje,

⁴⁴ Probablemente esta posibilidad solo tenga interés cuando se trata de que en una empresa se pretendan alterar condiciones fijadas en convenio de ámbito superior, cuya comisión paritaria no está integrado por el empresario y sus representantes y por los representantes de los trabajadores afectados, sino que está formada por representantes de la patronal y de los sindicatos más representativos. Al haber una diferencia subjetiva, pudiera ocurrir que se alcance un acuerdo.

sino que ha de pactarse en el propio convenio colectivo). Si pese a lo anterior, aún no se consigue el acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o al organismo equivalente de cada Comunidad Autónoma⁴⁵. Tal actuación supone un arbitraje de carácter obligatorio. Se trata de un arbitraje en una situación que no es precisamente extraordinaria, que no afecta a intereses generales; consecuentemente estamos en una situación de probable inconstitucionalidad.

A tenor de esta regulación se evidencia el interés del legislador en incentivar estos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Con ello se favorece la posición empresarial, pues en caso de falta de acuerdo se impone el mecanismo de solución, impulsando así que al final la modificación se produzca. Ciertamente es destacable este «frenesí» que ha demostrado el legislador en materia de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. La reforma supone un incremento en la intensidad de la actuación del legislador en este punto, pues es evidente la pretensión de que los períodos de consulta finalicen con un acuerdo, y si este no se consigue la vía es la mediación y sobre todo el arbitraje. Esto supone un evidente apoyo del legislador a las pretensiones empresariales de introducir modificaciones a lo pactado en convenio colectivo o la alteración del régimen salarial establecido en un convenio de carácter superior. No solo se permiten vías negociadas para alterar lo dispuesto en convenios colectivos de eficacia normativa, dejando que sean las partes quienes, a través de la negociación, alcancen un acuerdo que equilibre sus intereses, sino que promueve el objetivo empresarial de alcanzar el descuelgue o la modificación, introduciendo un profundo desequilibrio a favor de las posiciones empresariales.

Tal como vemos, esta regulación apunta en la dirección de degradar la eficacia normativa del convenio colectivo. Se ha pasado de esta manera de una regulación en la que alterar lo dispuesto por un convenio colectivo, de carácter estatutario, con eficacia normativa y con carácter de fuente del derecho, solo era posible a través de la negociación colectiva y a través de sujetos con legitimación para poder negociar y aprobar convenios a nivel de empresa; a una situación en la que es posible alterar el convenio, incluso de ámbito superior, por una comisión de trabajadores. Más aun, la modificación del convenio puede realizarse por un árbitro; es decir, a través de un mecanismo que en realidad es ajeno a la negociación colectiva.

45 Acudir a uno u otro depende de si la modificación afecta a trabajadores de centros de trabajo de una misma Comunidad o si afecta a trabajadores en centros de diferentes Comunidades. En el primer caso se acude al órgano de la Comunidad Autónoma y en el segundo al órgano estatal.

IV.3 La flexibilidad en la renovación de los procesos negociadores

Para finalizar con el análisis de las principales líneas de desarrollo del proceso de reformas, hemos de fijarnos en las importantes alteraciones que se proyectan sobre un conjunto de instituciones que giran en torno a la aplicación temporal de los convenios y la sucesión de los diferentes convenios en el tiempo. En los últimos años se ha venido señalando que uno de los problemas del sistema español de negociación colectiva es el relativo a las posibilidades de paralización de los procesos negociadores que ofrece el ordenamiento jurídico, y sus consecuencias, sobre todo a través de la ultraactividad del convenio. Expliquemos la situación: a tenor de la regulación previa al proceso de reformas 2011-2012, corresponde a las partes fijar la duración de los convenios colectivos, pudiendo pactar diferentes períodos de vigencia para cada materia (por ejemplo, fijar una duración para el convenio en general y una inferior para la regulación salarial, lo que permite una revisión de la cuantía). Para que un convenio pierda vigencia, alguna de las partes debe denunciar la vigencia del mismo. Ante la falta de denuncia del convenio, este se prorroga automáticamente de año en año. Caso de denuncia, se abre el proceso negociador y mientras no se consigue un acuerdo expreso, permanecerá en vigor el contenido normativo del convenio (las condiciones de trabajo), salvo que el propio convenio colectivo establezca una solución diversa⁴⁶. En la práctica, esta regulación permite que, como mecanismo de protección de los trabajadores, se mantengan las condiciones del convenio que pretende sustituirse mientras se negocia el nuevo convenio. Sin embargo, la regla también permite que ante posibles cambios desfavorables de la economía para la empresa, se mantengan *sine die* las condiciones del convenio por la simple vía de no llegar a un acuerdo.

Veamos cómo ha quedado la actual regulación. En primer lugar, se mantiene tanto la regla relativa a que las partes son las que pueden establecer el período de duración del convenio colectivo, pudiendo pactarse fechas diferentes para cada materia, así como la prórroga automática del convenio colectivo. De otro lado se mantiene la ultraactividad del convenio en su parte normativa; es decir, que salvo pacto contrario, siga aplicándose el convenio denunciado, hasta que se logre un nuevo acuerdo. Esa ultraactividad no se aplica a los pactos de paz laboral (renuncia a la convocatoria de huelga), de manera que estos pactos decaen tras la denuncia del convenio.

Sin embargo, el legislador (nueva redacción del artículo 86.1 *in fine* del ET) permite ahora poder negociar la revisión de un convenio durante

⁴⁶ El contenido obligacional, es decir, los pactos establecidos entre las partes firmantes del convenio y que solo los afectan a ellos, como los pactos de paz laboral, pierden vigencia de manera automática con la denuncia del convenio.

la vigencia del mismo. La norma tiene un claro sentido de facilitar las adaptaciones a las posibles variaciones que pueda sufrir el mercado: si es factible una modificación de condiciones pactadas en convenio, o un descuelgue salarial, también debería ser factible negociar la revisión del convenio para el momento en que este deje de tener vigencia y de esta manera aplicar lo antes posible el nuevo convenio. La cuestión en este punto es que el apartado 3 del artículo 86 del ET, en su nueva redacción, señala tal como acabamos de ver que la si bien la ultraactividad no afecta a los pactos de paz laboral, estos se aplican hasta que se produzca la denuncia. Si unimos la posibilidad de negociar durante la vigencia del convenio, con el hecho de que los pactos de paz laboral estarán vigentes hasta la denuncia, ¿significa esto que no es posible acudir a la huelga durante el proceso de negociación del nuevo convenio que se produce dentro de la vigencia del que pretende sustituirse? La cuestión es interesante, pues la literalidad de la norma podría llevar perfectamente a esta conclusión, y entiendo que esta conclusión supondría una efectiva limitación del derecho de huelga consagrado constitucionalmente.

De otro lado, se admiten revisiones parciales de los convenios; es decir, la posibilidad de negociar y llegar a acuerdos parciales para modificar alguno de los contenidos del convenio en situación de ultraactividad. De esta manera se pretende que la necesidad de llegar a un pacto global no impida que se alcancen acuerdos puntuales sobre concretas cuestiones y estos comiencen a aplicarse de inmediato sin esperar al pacto global por el que se apruebe el convenio. En todo caso, la efectividad de este mecanismo va a depender no solo de la buena fe de las partes negociadoras, sino también de la confianza que pueda existir entre ellos, pues la experiencia es que aun cuando sobre muchos aspectos haya acuerdo, estos se condicionan a la resolución de otros problemas más peliagudos, estableciéndose un verdadero juego de compensaciones entre los negociadores, compensaciones que deben garantizarse de alguna manera.

Pero las principales novedades aparecen sobre todo por el hecho de regular procedimientos de solución de las discrepancias que pueden surgir en el procedimiento negociador, incluyendo la posibilidad de establecer compromisos previos de acudir al arbitraje. Estos procedimientos deberán establecerse a través de acuerdos interprofesionales, si bien con la actual regulación debemos señalar que estos procedimientos no forman parte del contenido mínimo del convenio. Por lo tanto, no parece que sea obligatoria su regulación, pese a que el mismo artículo 86.3 del ET señala que los acuerdos interprofesionales «deberán» establecer tales procedimientos. No obstante esa literalidad está ahí, y habrá que ver cómo en un futuro inmediato es aplicado el precepto por la jurisprudencia. De otro lado, si los acuerdos interprofesionales regulan esta cuestión, se señala por el artículo 86.3 del ET que debe

223

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑATHE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

especificarse si el arbitraje es voluntario u obligatorio y si nada se establece, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio. En todo caso destaca este interés del legislador por que se alcance un acuerdo, situación que hace que nos planteemos si realmente en lugar de un deber de negociar, estaríamos ya ante un deber de pactar.

El punto final lo pone el actual artículo 86.3 del ET *in fine*: si en el plazo de dos años desde la denuncia del convenio no hay acuerdo sobre el nuevo convenio colectivo, o no se dicta laudo arbitral, el convenio colectivo perderá vigencia. Es decir, la ultraactividad del convenio colectivo tiene fecha de caducidad, pues protegerá a los trabajadores tan solo durante el plazo de dos años. A partir de ese momento se dinamita el convenio, pero es evidente que los procesos negociadores pueden fracasar por la falta de acuerdo o sintonía de las dos partes negociadoras (laboral y patronal), pero los perdedores de una situación en la que no se alcanza un acuerdo no son ambas partes, sino una sola: los trabajadores, que pasarán a un régimen de condiciones de trabajo de carácter mínimo, establecido por la ley, regulación legal que ha incrementado espectacularmente con la reforma la subordinación al empresario y las facultades directivas del mismo. Por lo tanto, aun cuando el acuerdo sea cosa de dos, la presión que impone el legislador para llegar a un acuerdo, en realidad la sufre mucho más la parte laboral que la empresarial.

Las reformas acumuladas pretenden garantizar que haya procesos de transición entre convenio denunciado y nuevo convenio, que sean ágiles y rápidas, evitando las indeseables situaciones de prolongación de las vigencias de convenio mucho más allá de lo inicialmente pactado. Como es lógico, todo ello se hace desde un prisma concreto: la situación de crisis económica nos conduce a que, ante un proceso negociador a la baja, los trabajadores y sus representantes puedan utilizar la ultraactividad como mecanismo de seguridad y fortalecer su posición negociadora. Ahora bien, la experiencia de los dos últimos años ha sido la de que el bloqueo de la negociación ha sido protagonizado por los empresarios y por la patronal, no precisamente por los sindicatos que clamaban por que la patronal se sentase a negociar. De otro lado, también se pierde de vista que este es un mecanismo que puede usarse en dos direcciones: para favorecer la reducción de condiciones en época de crisis, pero también para acelerar las mejoras cuando hay crecimiento económico.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

Las relaciones entre autonomía colectiva y gobierno en Uruguay: crónica con final abierto

Relations between collective autonomy and government in Uruguay: chronic with open ending

HUGO BARRETTO*

Resumen: El presente artículo, tras efectuar un breve recuento del modelo de relaciones colectivas de trabajo uruguayo, analiza el fundamento y el impacto de la regulación heterónoma en materia de protección de la libertad sindical y de negociación colectiva, regulación emitida en el marco del modelo de transformación durante los períodos 2005 a 2009 y lo que va hasta el 2012. El objetivo del trabajo es determinar si dicha regulación significó una ruptura profunda y definitiva del modelo preexistente o si enfatiza más bien alguno de sus elementos sin alterar la naturaleza.

Palabras clave: regulación heterónoma – libertad sindical – negociación colectiva – intervencionismo estatal – cambios políticos

Summary: The present article, after making a brief recount of the model of Uruguayan collective labor relations, analyzes the foundation and impact of heteronomous regulation on the protection of trade union freedom and collective bargaining released in the context of transformation model during periods from 2005 to 2009 and so far until 2012, with the purpose of determining whether the same meant a profound and definitive break of the pre-existing model or rather it emphasizes some of its elements without disturbing the nature.

Keywords: heteronomous regulation – trade union freedom – collective bargaining – governmental interventionism – political changes

CONTENIDO: I. ANTECEDENTES.– II. BREVE NOTICIA SOBRE LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.– II.1. EL SINDICALISMO SE UNIFICA.– III. EL MODELO EN TRANSFORMACIÓN.– III.1. LA PROTECCIÓN SINDICAL COMO PRIMERA MANIFESTACIÓN DEL INTERVENCIÓNISMO «PROGRESISTA».– III.2. EL SEGUNDO PELDAÑO INTERVENCIÓNISTA: EL FIN DEL MODELO «INTERMITENTE» DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LA AMORTIGUACIÓN DEL IMPACTO.– IV. ¿QUÉ HACER CON LAS NORMAS?

I. ANTECEDENTES

En las elecciones nacionales de octubre de 2004 se produjo un cambio político histórico en el Uruguay: una coalición de partidos y movimientos

* Profesor agregado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República.

de izquierda, que había nacido al crisol de la crisis económica y social del decenio de los sesenta y setenta del siglo pasado, se impone a nivel presidencial y parlamentario, desplazando la secuencia y alternancia de los partidos tradicionales que gobernaron casi desde la independencia misma.

El lento pero persistente ascenso de la izquierda, que la llevó finalmente al gobierno, se viabilizó mediante un proceso de unidad política de más de treinta años, precedido de un proceso de unidad sindical sellado casi contemporáneamente.

La coincidencia de procesos dista de ser casual, pero intentar siquiera una somera explicación demandaría desarrollos que es imposible plantear en este momento. No obstante, la vinculación del proceso de unidad de la izquierda política y del movimiento sindical sí resulta oportuna para destacar el paralelismo y las interferencias que históricamente han tenido esas evoluciones en el Uruguay.

II. BREVE NOTICIA SOBRE LA CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El surgimiento del sindicalismo en Uruguay no difiere de otros casos producidos en América Latina. Las peculiaridades habrá que apreciarlas en la configuración del modelo de relaciones colectivas de trabajo, que siempre representó, en el caso uruguayo, una fuerte singularidad en el contexto continental.

La llamada «cuestión social» no se planteó con los perfiles ni la virulencia conocida en países con implantación industrial poderosa, como en algunos países europeos; antes bien, se trató de una economía muy dependiente de la producción primaria, sin que esta adquiriera las características de enclave que comportó en otros países de la región. Sin embargo, el temprano aporte inmigrante europeo significó insuflar una «conciencia» y unos contenidos ideológicos contestatarios, de raigambre anarquista, que tuvo cierto predicamento y que pronto entró en debate con las tendencias socialistas, socialcristianas, y sobre el fin de su incompleta hegemonía, con las orientaciones comunistas.

Dando cuenta de la importancia del debate sobre los temas laborales a principios de siglo XX, el destacado intelectual José E. Rodó¹ dará

1 Rodó, José. *El Mirador de Próspero*. Montevideo: Barreiro & Ramos, 1958. Dice el autor que «la reducción de los horarios excesivos, o conceptuados tales por los obreros, es una de las reivindicaciones que, en Montevideo, más han servido de acicate a las huelgas, y a menudo con éxito favorable. Los maleteros y bauleros, que hasta setiembre de 1905 trabajaban diez y seis horas, desde la huelga de esa fecha trabajan solo nueve; los toneleros, que trabajaban trece horas hasta hace pocos años, obtuvieron por la huelga el horario de once; y apelando al mismo recurso, los constructores de varales lograron cambiar, en 1906, su horario de catorce y quince horas por el de diez, y los lustradores de muebles, en el mismo año, el de diez por el de nueve» (pp. 232-233).

cuenta, en un informe al parlamento, acerca de los avances de la lucha gremial y de las conquistas que fueron obteniendo los trabajadores de manera autónoma.

El reformismo social impulsado en esa época por las presidencias de don José Batlle y Ordóñez, pro hijado dentro del tronco del tradicional partido Colorado (donde también encontró su límite o freno), ubicó al Uruguay entre los países pioneros en América Latina en materia de legislación social, si bien en el marco de una persistente línea evolutiva pautada por los acuerdos y otros compromisos y dinámicas que Real de Azúa denominó eficazmente como «sociedad amortiguadora»². La aplicación de un modelo de modernización e industrialismo y luego de «sustitución de importaciones» hacia mediados de siglo XX, a diferencia de otros ejemplos de componente populista en el continente, nunca tuvo un apoyo, ni siquiera un reflejo, en el nivel sindical. Muy por el contrario, el sindicalismo se construyó al margen de los favores y condicionamientos del aparato estatal, dando lugar al fenómeno, muy anotado por la historiografía, de las «lealtades divididas» del ciudadano, que optaba por apoyar una dirigencia sindical proveniente de sectores de la izquierda en el nivel laboral, pero votaba por los partidos tradicionales en el plano político. La situación se mantuvo en esos márgenes hasta fines de los años cincuenta, cuando la crisis económica y el agotamiento del modelo comenzaron a hacerse sentir y los sectores de la izquierda política y sindical iniciaron una convergencia hacia procesos de alianzas y unidad.

Este distanciamiento entre el campo político partidario y el mundo sindical explica la principal peculiaridad del sistema de relaciones laborales en Uruguay: el abstencionismo legislativo en lo relativo a la regulación de los aspectos básicos del derecho colectivo, a saber, la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga.

En efecto, es tradicional referirse al *modelo uruguayo*, como una fórmula que sintetiza unas relaciones caracterizadas por un amplísimo margen dejado a la autonomía colectiva, que solo encuentra sus contornos en el marco de las garantías mínimas prescritas por la vía heterónoma, fundamentalmente en el orden constitucional³. En el nivel legal, solo se regulan cuestiones tan puntuales como las limitaciones al ejercicio de la huelga para el caso de afectación de los servicios esenciales.

En el resto, el sistema se estructuró con base en regulaciones de origen autónomo, en una opción que fue pertinazmente defendida por el sindicalismo y la mayoría y más prestigiosa doctrina laboralista cada vez que se vio amenazada por iniciativas legislativas reglamentaristas.

2 Ver REAL DE AZÚA, Carlos. *Uruguay, ¿una sociedad amortiguadora?* Montevideo: La Banda Oriental, 1984.

3 El artículo 57 de la Constitución se limita a declarar que la huelga es un «derecho gremial» y que sobre esa base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

La doctrina buscó explicar el modelo a través de la teoría del pluralismo normativo y las elaboraciones en particular de Giugni. Así, en paralelo al (módico) ordenamiento jurídico de origen estatal, se materializó un ordenamiento autónomo, intersindical⁴, en el cual las partes negocian, fijan las reglas y dirimen sus conflictos. Se trata, como se dijo, de un «pluralismo jurídico» bien diferenciado de los existentes en países vecinos y «quizás de casi todos los del mundo, si exceptuamos el italiano», llegó a decirse⁵.

En un plano menos descriptivo, se ha intentado dotar de una explicación a la falta de regulación legal de la negociación, la organización sindical y la huelga⁶: a) el origen anarquista del movimiento sindical; b) la inexistencia durante mucho tiempo de un movimiento sindical fuerte vinculado o con afinidad a grupos políticos con posibilidad de llegar al gobierno; c) el dualismo entre la actitud político electoral y la actitud en materia gremial y sindical; y d) la existencia de normas constitucionales e internacionales que protegen la libertad sindical en términos suficientemente amplios y genéricos como para constituir un respaldo suficiente⁷.

II.1. El sindicalismo se unifica⁸

La tradicional división del movimiento sindical comenzó a revertirse desde mediados de los años cincuenta, coincidente con el desencadenamiento de la crisis económica primero, y social y política después⁹.

Uno de los primeros síntomas del malestar económico y social se hizo sentir desde el punto de vista político, cuando en las elecciones nacionales de 1959 el Partido Nacional, que había sido oposición durante todo el siglo XX, provoca un cambio inédito que mantiene hasta 1967, introduciendo a nuestro país en las políticas de ajuste bajo la influencia

4 MANTERO, Ricardo. «El ordenamiento intersindical y las fuentes del derecho del trabajo». En CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL. *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*. Montevideo: FCU, 1995.

5 *Las relaciones laborales en el Uruguay: informe RELASUR*. Madrid: RELASUR/OIT, 1995, p. 75.

6 La afirmación debe morigerarse si reparamos que existieron algunas normas de origen legal que prescribían quienes pueden celebrar un convenio colectivo o el cumplimiento de un preaviso en caso de huelga al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Estas escasísimas regulaciones de ningún modo compusieron un sistema ni relativizaron la afirmación de que estamos ante un modelo básicamente abstencionista. Los cambios provocados por la ley sobre negociación colectiva en el sector público (18.508) y privado (18.566), ambas de 2009, pueden modificar esta perspectiva.

7 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Curso de derecho laboral*, tomo IV, vol. I. Montevideo: Idea, 1999.

8 Este numeral está tomado de los desarrollos del historiador J. Porrini que figuran en la página web de la central sindical PIT-CNT (www.pitcnt.org.uy).

9 En 1956, luego de una huelga frigorífica, la Federación Autónoma de la Carne convocó a una reunión cuyo resultado más importante fue la creación de una «Comisión Coordinadora pro Central Única» que desató una serie de medidas de paros solidarios entre 1956 y 1958. El tiempo inmediato posterior demostró otros procesos de acercamiento entre diversas tendencias sindicales hasta que en 1961 se conforma la Central de Trabajadores del Uruguay (CTU), antecedente de unidad sindical que finalmente se materializará en los años siguientes. No debe dejar de mencionarse la acción de los trabajadores rurales y particularmente los cañeros del norte, que marcharon hacia la capital en 1962.

del Fondo Monetario Internacional (FMI). En ese momento histórico se funda la Confederación de Funcionarios del Estado (COFE) y entre junio y septiembre de 1964 se estructuró la llamada «Convención Nacional de Trabajadores» (CNT). Uno de los hitos de la recién creada CNT fue la realización, en agosto de 1965, del llamado «Congreso del Pueblo» del que participaron delegaciones estudiantiles, cooperativistas, jubilados y hasta pequeños productores, acordando un «Programa de Soluciones a la Crisis». Finalmente en 1966 se realizó el Congreso de Unificación Sindical, aprobando la Declaración de Principios, el Programa de Soluciones a la Crisis y el Estatuto.

El Estatuto de la CNT aprobado subraya que

Para cumplir su cometido específico, la C.N.T. funcionará asegurando en todo momento la más amplia democracia sindical para todos sus integrantes, su independencia frente a: el Estado, los patrones, los partidos políticos y las sectas religiosas y filosóficas sin perjuicio de lo anterior respetará las convicciones ideológicas, políticas y religiosas que personalmente sustenten los afiliados a las organizaciones sindicales aquí integradas. Se asegurará permanentemente en forma interna el derecho a la crítica y autocrítica. Estrechará filas y se vinculará en un frente común con todos los movimientos y organizaciones populares y estudiantiles, pero siempre dentro de sus principios, programas y normas estatutarias. A esos efectos la Federación de Estudiantes Universitarios del Uruguay tendrá derecho a voz ante la Mesa Representativa de la C.N.T.

La referida «independencia», eje del proceso de unificación, es el principal argumento que sostienen quienes se han opuesto a la filiación de la central de trabajadores a ninguna de las organizaciones internacionales existentes.

Proscrita la CNT durante la dictadura (1973 a 1985), a fines del período militar se recreó la unidad sindical bajo el nombre de «Plenario Intersindical de Trabajadores» (PIT) que a poco de reinstalada la democracia se sintetizó en PIT-CNT.

III. EL MODELO EN TRANSFORMACIÓN

III.1. La protección sindical como primera manifestación del intervencionismo «progresista»

Si repasamos las justificaciones dadas al modelo «abstencionista» que se reseñan más arriba, resulta claro que muchas de esas marcas han tendido a diluirse, pese a lo cual ha persistido en el discurso la defensa de la trinchera autonomista, aunque no sin algunas contradicciones.

229

LAS
RELACIONES
ENTRE
AUTONOMÍA
COLECTIVA
Y GOBIERNO
EN URUGUAY:
CRÓNICA CON
FINAL ABIERTO

RELATIONS
BETWEEN
COLLECTIVE
AUTONOMY
AND
GOVERNMENT
IN URUGUAY:
CHRONIC WITH
OPEN ENDING

En concreto, respecto de las explicaciones dadas por Plá Rodríguez a las que se ha hecho referencia, han dejado en algunos casos de ser pertinentes: es evidente, por ejemplo, que la ideología predominante de los sindicatos ya no es anarquista, y es asimismo evidente que el partido de gobierno tiene afinidades con los sindicatos, y que hoy el ciudadano tiene una mayor coherencia en sus adhesiones partidarias y sindicales. Este cúmulo de circunstancias debía, a mediano plazo, provocar cambios en las actitudes y en el curso de las relaciones entre el movimiento sindical y el partido político gobernante.

Pero antes de ingresar a este aspecto ciertamente central del presente ensayo, resulta pertinente detenerse en la última de las razones que, según Plá Rodríguez, sostenían el modelo: la suficiencia de los Convenios Internacionales 87 y 98 como marco normativo para el ejercicio de la actividad sindical y la autonomía colectiva.

Si bien Uruguay había tenido una política consistente en proceder a la ratificación de los convenios internacionales, y ello llevó a pensar en que bastaba lo prescrito en el artículo 1 del CIT 98 para que la «adecuada protección» del activista sindical se tradujera, por ejemplo, en la reinstalación en el lugar de trabajo en caso de despido antisindical. Lo cierto es que en el ámbito judicial la posición asumida por los tribunales fue negar esa posibilidad aduciendo la inexistencia de una norma específica que habilitara e impusiera el reintegro en la empresa¹⁰.

Esta debilidad del sistema jurídico para garantizar el goce y ejercicio de la libertad sindical comportó una de las mayores limitaciones del modelo, que aseguraba en el resto de los casos amplios márgenes de libertad sindical.

La conducta de los jueces era demostrativa de un apego acrítico al texto legal, sin ensayar en casi ningún caso una lectura del resto del ordenamiento jurídico en clave de las garantías al derecho fundamental a la libertad sindical, lo que hubiera permitido construir una solución basada en los derechos de las personas y la justicia material.

En todo caso, la búsqueda afanosa de una «ley» que permitiera y condujera al reintegro del trabajador despedido, tal como argumentaron los jueces, merecería otros desarrollos sobre las concepciones de fondo que pesan en la consideración de los cuadros judiciales y los refractarios que resultan para amparar teorías más modernas y garantistas para los derechos de las personas. Esa valoración ya fue hecha en otro lugar, y a ella nos remitimos para el lector interesado¹¹.

10 RASO DELGUE, Juan & otros. «La libertad sindical: una puesta al día en el derecho uruguayo (1995-2004)». En GRUPO DE LOS MIÉRCOLES. *Veinte estudios en memoria de Ricardo Mantero Álvarez*. Montevideo: FCU, 2004.

11 BARRETTO GHIONE, Hugo. «Elementos para una crítica de la apreciación jurisprudencial de la causa razonable». *Derecho Laboral*, L, 227 (2007), pp. 683-713.

La interpretación judicial se obnubiló ante la ausencia de una previsión concreta y «objetiva» del ordenamiento jurídico que impusiera la reinstalación y abrió el cauce a la arbitrariedad patronal que segó direcciones sindicales enteras en los centros de trabajo, que naufragaron en la «laguna» normativa. Es obvio que el problema no radicaba en el campo de la pura interpretación, sino que los significados atribuidos y demandados a la norma jurídica reflejaron, en definitiva, los intereses e ideologías de los operadores jurídicos hegemónicos, tal como se ha destacado en el campo de la teoría del derecho¹².

Los gobiernos de los partidos tradicionales se hicieron eco de la doctrina restrictiva de la libertad sindical, a tal punto que la reprodujeron en sus informes a la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En una de las memorias expresaron con total transparencia que «en Uruguay se ha cumplido con las obligaciones emergentes del Convenio [refiere al Convenio 98] y que el reintegro no se ha aplicado como sanción en caso de despidos antisindicales debido a la falta de base normativa para exigirlo» añadiendo, llamativamente, que «la prohibición del despido no necesariamente implica que el mismo sea nulo»¹³.

Lo significativo del caso es que esa imposibilidad «jurídica» de imponer el reintegro del trabajador despedido por motivos sindicales terminó siendo una de las principales debilidades del sistema de relaciones colectivas de trabajo. Este manejo simbólico de los contenidos normativos tuvo, paradójicamente, un sesgo autonomista, porque en aquellas actividades que contaron con un desarrollo sindical fuerte, la garantía al activista sindical era proporcionada por el poder mismo que los trabajadores ostentaban.

La situación de desprotección se estiró hasta la sanción de la ley 17.940, una de las normas más emblemáticas del gobierno de izquierda asumido en marzo de 2005. Siguiendo la doctrina correcta, se establece la declaración de nulidad del acto antisindical y prescribe con total nitidez el restablecimiento de la situación alterada mediante el reintegro del trabajador afectado por el acto antisindical. Conviene detenerse por un momento en el impacto de esta primera transformación del modelo.

Lejos de lo que podía esperarse, si bien la sanción de la ley 17.940 comportó un cambio radical en lo normativo, no se tradujo en una catarata de demandas de reinstalación como algunos agoreros predicaron. Esta aparente contradicción puede salvarse acudiendo a la explicación que muchos dieron acerca del impacto de la ley en las

231

LAS
RELACIONES
ENTRE
AUTONOMÍA
COLECTIVA
Y GOBIERNO
EN URUGUAY:
CRÓNICA CON
FINAL ABIERTORELATIONS
BETWEEN
COLLECTIVE
AUTONOMY
AND
GOVERNMENT
IN URUGUAY:
CHRONIC WITH
OPEN ENDING

12 TARELLO, Giovanni. *Teorías e ideologías en el derecho sindical*. Granada: Comares, 2002.

13 Informe de la 72 reunión del Comité de Expertos de la OIT (2001).

relaciones colectivas de trabajo. Antes que provocar una judicialización del conflicto merced a una multiplicación de la invocación a la justicia atiborrando los tribunales de reclamos, antes que eso, la norma habría tenido un efecto «civilizador» de las relaciones entre empleadores y trabajadores, morigerando las conductas más proclives a la arbitrariedad patronal.

Parece también cierto que además de este efecto, operaron como elementos amortiguadores de la litigiosidad judicial ciertas tradiciones que siguieron guiando la conducta de las organizaciones de trabajadores. En concreto, persistieron en recurrir a vías más o menos autónomas (huelga, ocupación, etcétera) resguardando la reinstalación en vía judicial como último recurso.

Una mayor radicación de los reclamos en el nivel judicial hubiera determinado inevitable y paralelamente una disminución de la conflictividad laboral por causas de represión sindical, y en realidad ninguna de estas situaciones tuvo lugar.

En definitiva, a la circunstancia ya anotada del escaso número de reclamos judiciales, ha de agregarse que no se registraron variaciones significativas en las mediciones de conflictividad existentes¹⁴ que siguen mostrando que en todos los períodos la causa fundamental del conflicto laboral ha sido la reivindicación de mejoras salariales. El «reconocimiento» o «represión» de trabajadores por su actividad sindical se mantiene como causal de conflicto en un cuarto o quinto orden; su rango de incidencia en la proyección histórica de la conflictividad se sitúa entre el 1 y el 2% sin variantes sustantivas.

Esta constatación llevaría a concluir que, si los trabajadores no acudieron a los tribunales para reclamar por conductas antisindicales, y si, además, la conflictividad por esa causal no varió sustantivamente, el panorama autonómico no se habría visto afectado mayormente por el «intervencionismo» de la ley 17.940 y su solución de judicialización del conflicto laboral. Los trabajadores habrían continuado empleando sus métodos tradicionales de lucha gremial sin recurrir a los novedosos mecanismos judiciales adoptados.

Si el nivel de conflictividad se mantuvo estable en el período «post ley 17.940» puede pensarse que las tradiciones autonomistas operantes al interior del sistema de relaciones laborales habrían tenido una pervivencia más pronunciada, cuyos alcances no fueron previstos en los análisis y proyecciones efectuadas cuando se estudió la acción de reinstalación, ocasión en que seguramente se magnificó el impacto que podía tener en la realidad.

¹⁴ Ver las estadísticas de conflictividad del Programa de Modernización de las Relaciones Laborales de la Universidad Católica (www.ucu.edu.uy).

La sanción de una norma en clave interventora de las relaciones colectivas de trabajo, que atraería a su órbita a todos los conflictos motivados en conductas antisindicales, habría tenido un efecto morigerado por el talante predominantemente autonomista del ordenamiento jurídico. Pero quizá las cosas ocurrieron de otro modo. La valoración de la acción de reinstalación no debería hacerse en el solo terreno de la judicialización del conflicto, sino que deberían incorporarse al análisis los «efectos no directos» provocados por su implantación en el ordenamiento.

En concreto, se estima que corresponde apreciar la incidencia del mecanismo (legal) de reinstalación en el contexto más general de los otros instrumentos jurídico-laborales existentes de garantía de la actividad sindical. Si el empleo directo (judicial) de la acción de reinstalación no fue significativo, resta por ver las variaciones que pueden anotarse en el resto de los medios autónomos y heterónomos de protección, ya que el ordenamiento comporta una urdimbre de procedimientos interrelacionados que deben aprehenderse en su conjunto:

- a. *Medios autónomos.* Quedó dicho ya que la huelga por razones de represión antisindical continuó siendo empleada de manera similar al rango histórico. Las mediciones estadísticas existentes no marcaron una disminución verificable del conflicto por causa de represión antisindical.

Esto determinaría, como ya se dijo, que las prácticas autonomistas del sindicalismo no se han visto afectadas por la propuesta intervencionista de la acción de reinstalación, que a lo sumo aparecería como un medio de alternativa y de alzada ante la imposibilidad de dar solución por vía de la autotutela.

- b. *Medios heterónomos.* Donde pueden apreciarse variaciones es en el resto de los medios heterónomos previstos en el ordenamiento. La queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT no fue empleada en este período¹⁵, pero el número de denuncias ante la Inspección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (IGTSS)¹⁶ creció muy por encima de los casos sometidos a la justicia laboral:

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Justicia	—	—	—	—	—	3	8	6	s/d
IGTSS	12	10	9	13	37	28	22	49	18

¹⁵ El dato nos fue proporcionado por el Sr. Milton Castellano, dirigente de la central sindical uruguaya.
¹⁶ Agradezco a la Sub Inspectora General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sra. María Narducci, y a la Dra. Natalia Colotuzzo los datos relativos al número de denuncias sobre represión antisindical.

El cuadro muestra el aumento de las denuncias ante la IGSS por casos de represión y discriminación antisindical a partir de 2005 (año de asunción del gobierno de coalición de izquierda), que triplica casi el 2004 y se sitúa muy por encima de cualquiera de los años anteriores. La diferencia que presenta respecto a los casos judiciales es todavía más pronunciada.

Apreciados en su integridad, el uso de los medios de protección muestra que el recurso a la huelga mantiene sus niveles históricos y que la recurrencia a la IGSS se ha multiplicado de manera notoria. Corresponde interrogarse acerca de la razón por la cual los trabajadores han preferido la denuncia a la IGSS en lugar de la acción judicial de reinstalación.

En principio, podría decirse que existe cierta resistencia a la judicialización del conflicto colectivo, lo cual estaría muy a tono con las tradiciones autonomistas del movimiento sindical uruguayo. Por otra parte, y según ha dicho un dirigente sindical, someter al Poder Judicial la pretensión de reintegro, comportaría renunciar a toda otra reclamación o alternativa en el plano de la lucha propiamente gremial en caso que el tribunal desestimara la petición.

Subsiste sin embargo la incertidumbre respecto de la proliferación de denuncias ante la IGSS por los casos de represión antisindical. En principio, queda claro que las organizaciones de trabajadores han orientando su accionar hacia el amparo de la Administración del Trabajo (IGSS) y no han recurrido mayormente al Poder Judicial.

Lo paradójico es que los eventuales efectos de una resolución de la IGSS favorable a los trabajadores no se traducen en el reintegro al lugar de trabajo, sino en una sanción patrimonial al empleador. Esto haría más difícil todavía la explicación de la razón por la cual los trabajadores acuden a la denuncia ante la IGSS y no a la acción judicial de reinstalación, pese a que una investigación de detalle de las resultancias de las denuncias determina que podamos encontrar algunos casos en que, antes de ser objeto de una sanción administrativa, la empresa procedió al reintegro del trabajador al empleo. En definitiva, y sin que esto constituya necesariamente una tendencia, el recurso a la denuncia administrativa en casos de represión antisindical aparecería como una modalidad de provocar una mayor participación de la Administración del Trabajo en las relaciones colectivas. Quizá se perciba por los trabajadores y sus organizaciones que la autoridad laboral se encuentra más imbuida del cambio de política laboral acaecido y por tanto se la aprecie como más proclive a acoger los planteamientos sindicales que el Poder Judicial, ubicado en un rango de «imparcialidad» que lo hace desaconsejable y poco accesible.

A esto debe agregarse, en otra línea explicativa, que la judiciabilidad del conflicto merced la acción de reinstalación de la ley 17.940 puede ser concebida como un peldaño superior hacia el intervencionismo, una manera idiosincrática de entender las relaciones colectivas de trabajo. En esta coordenada, cuando los sindicatos se ven compelidos a acudir a los medios heterónomos para la defensa de sus derechos, prefieren confiar crecientemente sus demandas al sendero más conocido de la IGTSS que a un instrumento que es percibido como de más «duro» intervencionismo.

En definitiva, el primer intervencionismo «progresista» (sanción de una ley que consagra una acción de reinstalación tendiente a proveer de un mecanismo de reposición en el lugar de trabajo en casos de discriminación antisindical), no parece registrar conmoción ni quiebre alguno del modelo. Esto porque la norma heterónoma va dirigida a proteger la actividad sindical —y por tanto a asegurar la autonomía— y porque, fundamentalmente, en la disyuntiva de utilizarla o incrementar el grado de denuncias administrativas, los sindicatos han optado por esta segunda opción, quizá por entenderla más acorde a la independencia, o quizás por encontrar un aparato burocrático más cercano y sensible que el ámbito judicial.

III.2. El segundo peldaño intervencionista: el fin del modelo «intermitente» de negociación colectiva. La amortiguación del impacto

En el curso del año 2009, el gobierno de coalición dictó dos normas de gran relevancia para el sistema de relaciones colectivas de trabajo: la ley 18.508 sobre negociación colectiva en el sector público y la ley 18.566 sobre negociación colectiva en el sector privado, a la cual básicamente nos referiremos.

La ley establece un «sistema de negociación colectiva» que en reconocimiento de la tradición abstencionista se presenta como un texto breve, que sintetiza en poco más de veinte artículos los principios generales (capítulo I), los niveles de negociación (a nivel de cúpula, en el Consejo Superior Tripartito; a nivel tripartito y por sector de actividad; y bilateral a nivel de sector o de empresa, capítulos II, III y IV) y las normas sobre prevención de conflictos (capítulo V).

El Consejo Superior Tripartito es un organismo de cúpula, que presta gobernanza al sistema de relaciones laborales. De carácter consultivo, fija los grupos o sectores de actividad en que habrán de desarrollarse las negociaciones sobre fijación de salarios mínimos.

En el segundo nivel, de negociación sectorial o por rama de actividad, de carácter tripartito, se modifica la ley de Consejos de Salarios,

235

LAS
RELACIONES
ENTRE
AUTONOMÍA
COLECTIVA
Y GOBIERNO
EN URUGUAY:
CRÓNICA CON
FINAL ABIERTO

RELATIONS
BETWEEN
COLLECTIVE
AUTONOMY
AND
GOVERNMENT
IN URUGUAY:
CHRONIC WITH
OPEN ENDING

permitiendo que los salarios mínimos por rama pudieran fijarse a partir de convocatorias realizadas por los propios interlocutores y no ya exclusivamente por el Poder Ejecutivo, como había sido previsto desde la adopción de la ley 10.449 en 1943. Finalmente, se estructura un tercer nivel de negociación bilateral, por sector o empresa, regulando lo relativo a los sujetos, efectos y vigencia de los convenios colectivos.

El debate que tuvo lugar durante el proceso legislativo reparó básicamente en cómo quedaba situado el modelo de relaciones colectivas en el imaginario eje intervencionismo/autonomía. El mayor cuestionamiento al proyecto radicaba en si provocaba un apartamiento de las singularidades históricas del derecho del trabajo tal como se construyó en el curso de la segunda mitad del siglo XX, más precisamente, desde la ley 10.449 de consejos de salarios.

Del lado de los sindicatos, el reclamo sobre la necesidad de adoptar una ley de negociación colectiva y una ley de protección a la actividad sindical había sido postulado con reiteración desde los años noventa, cuando el Poder Ejecutivo había suspendido la convocatoria a los Consejos de Salarios. Este cambio en el discurso sindical —que de algún modo abandonaba la postura «purista» de no reglamentación de las relaciones colectivas— aparece como un cierto quiebre (o al menos una excepción) de las concepciones autonomistas. La variación se explica, como ya se adelantó, si consideramos que en algún momento histórico comenzó a hacerse sentir una fuerte demanda con miras a dar un marco jurídico a la protección a la libertad sindical y a la negociación colectiva¹⁷, en tanto el modelo demostraba algunas debilidades que no podían ser suplidas por los mecanismos de autotutela.

En particular, importaba al movimiento sindical asegurarse que podía convocar por sí a los Consejos de Salarios, sin aguardar que fuera el Poder Ejecutivo quien pusiera en marcha el mecanismo. La ley de 1943 confiaba al Poder Ejecutivo la convocatoria de los Consejos, pero al hacerlo, determinaba que la implementación de la negociación de los salarios mínimos quedara al albur de lo que considerara en exclusiva el Gobierno de turno. Con estas cortapisas, ocurrió que el enfoque neoliberal de los Gobiernos actuantes en los noventa impusiera un retiro del Estado de la negociación salarial, absteniéndose de toda intervención y convocatoria de estos organismos tripartitos. Este abandono del Estado coadyuvó a una notable disminución de la actividad sindical, que perdió

17 Así la misión de la OIT que estudió las relaciones laborales en nuestro país concluyó, respecto del año 1988, que la implementación de algunas reglas en materia de negociación colectiva «no suscitara oposición de parte de los interlocutores sociales», y que «presentarlas en un solo texto, que llene además las lagunas del actual ordenamiento, imprimiría confianza a las partes que se disponen a negociar, permitiría el mejor encauzamiento de las discusiones y estimularía una mayor medida de contratación y paz social» (ver OIT. «Relaciones de Trabajo en el Uruguay». En *Serie Relaciones de Trabajo*, 66, p. 167).

el apoyo de los Consejos de Salarios, que siempre habían dinamizado la actividad sindical y la negociación colectiva.

Introducir modificaciones en este paisaje tan secularmente asentado no era tarea sencilla. El problema radicaba en encontrar la mejor manera de corregir estos aspectos para potenciar el sistema sin afectar la estructura y sin ingresar en una senda de reglamentación del derecho colectivo todo. Se trataba de circunscribir las modificaciones a aquello que fuera imprescindible, conservando lo mejor de la tradición autonomista. El otro aspecto problemático de la cuestión era el improbable consenso que toda la reforma tendría.

Las posiciones del movimiento sindical, que evolucionaron hacia la idea de admitir cierta regulación heterónoma en materia de protección de la libertad sindical y de negociación colectiva, fueron reconocimientos implícitos de la imposibilidad de mantener una posición de principio de resistencia a cualquier tipo de intervención, y preanunciaron, además, las decisiones fundamentales del «gobierno progresista» asumido en 2005. La referida demanda sindical permitió transparentar otras realidades que habían permanecido parcialmente ocultas.

Debe observarse, por ejemplo, que, con el devenir del tiempo, las características del modelo de relaciones colectivas de trabajo diferían fuertemente dependiendo de si los Consejos de Salarios eran o no convocados. La negociación tripartita recreaba y dinamizaba la sindicalización, al precio de consagrar cierta intervención de la autoridad pública en la política salarial, en tanto los períodos de real «abstencionismo» (entendido como retiro del Estado de toda participación) comportaban un empobrecimiento de las relaciones colectivas, al punto de asistir a la desaparición misma de algunos actores del nivel de empresa y hasta sectorial. En la perspectiva del tiempo, pudo verse que la ley 10.449 de Consejos de Salarios era el sostén del sistema autonomista, ya que cuando no era empleada por el Poder Ejecutivo (o sea, cuando la negociación salarial quedaba librada exclusivamente a las partes), las relaciones colectivas de trabajo languidecían.

La aplicación antojadiza de la ley de Consejos de Salarios dio lugar a lo que en otro lugar hemos denominado un «modelo intermitente» o bipolar, ya que o aparecía como dinámico en todas sus partes (organización sindical, huelga, negociación) o aparecía como débil y fragmentado cuando el Estado no convocaba a negociar los salarios mínimos de manera tripartita.

De algún modo, y como se verá, la ley 18.566 resulta una opción de política legislativa a favor de una de esas dimensiones bipolares que había asumido el modelo, poniendo fin a la intermitencia de la intervención en la negociación.

237

LAS
RELACIONES
ENTRE
AUTONOMÍA
COLECTIVA
Y GOBIERNO
EN URUGUAY:
CRÓNICA CON
FINAL ABIERTO

RELATIONS
BETWEEN
COLLECTIVE
AUTONOMY
AND
GOVERNMENT
IN URUGUAY:
CHRONIC WITH
OPEN ENDING

Corresponde entonces analizar si el grado de intervención pública en la negociación colectiva que el texto legal consagra constituye un quiebre o ruptura profunda y definitiva del modelo preexistente o si comporta más bien un acento o énfasis de alguno de sus elementos sin alterar la naturaleza.

Como primera aproximación al análisis normativo, debe decirse que el derecho a la negociación colectiva se reconoce con amplitud en el cuadro de derechos fundamentales y en la panoplia de posibilidades de negociar en todos los niveles: centralizada o descentralizada, de sector o empresa, de rama de actividad o de cadenas productivas. En esta dirección, la intervención estatal en la negociación parece enmarcarse en un respeto al derecho y a su legítimo ejercicio, sin apartarse de los criterios fijados por el Comité de Libertad Sindical¹⁸.

La estructura legal denota un desplazamiento hacia el polo intervencionista, pero este desplazamiento al parecer no significa una ruptura dramática con el curso del derecho colectivo tal como se ha desarrollado consuetudinariamente. En efecto, para obtener una real dimensión de la transformación, importará atenernos al uso que de la norma haga la autoridad laboral, lo cual dará el pulso necesario para verificar si estamos ante un cambio de rumbo en el sistema o simplemente ante un desplazamiento —más o menos pronunciado— hacia el polo intervencionista¹⁹. Los datos del diseño legal existente llevan a admitir que estamos ante un *intervencionismo amortiguado*.

Veamos un ejemplo paradigmático, demostrativo de este desplazamiento hacia formas de intervencionismo amortiguado. La obligación de negociar, que resultó tan resistida por los empleadores durante la etapa de discusión pública del proyecto de ley, ha quedado reducida, en el texto legal, a la potestad de convocar preceptivamente a los Consejos de Salarios en caso de ser peticionada por cualquiera de los interlocutores sociales. En línea con esto, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que

tampoco resulta contrario [...] el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo; sin embargo, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación²⁰.

18 OIT: *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: OIT, 2006, párrafo 881 (en adelante *La libertad sindical*).

19 Helios Sarthou plantea algunas hipótesis lesivas de la autonomía colectiva para el caso que el Estado invada, mediante mecanismos de extensión de los efectos del convenio colectivo, «el campo de acción de la organización sindical que actúa en la rama o actividad objeto de la extensión, a la que se impone autoritariamente un texto convencional que le es ajeno» («Autonomía colectiva y Estado en el campo de su contradicción». En *Trabajo, Derecho y Sociedad*, tomo I. Montevideo: FCU, 2004, p. 198).

20 *La libertad sindical*, párrafo 928.

La lectura de la ley 18.566 como una «intervención amortiguada» de la autoridad laboral se basa, además, en que:

- a. la estructura de la negociación en tres niveles no resulta absolutamente novedosa, puesto que el Consejo Superior Tripartito, a quien compete la «gobernanza» de las relaciones laborales, ya tenía existencia de hecho desde 2005;
- b. la modificación de la ley 10.449 de Consejos de Salarios es parcial, ya que se limita en lo fundamental a asegurar la convocatoria de estos organismos cada vez que lo estime necesario cualquiera de los interlocutores; y
- c. las soluciones impuestas a la negociación bipartita son más bien inevitables y puntuales y comunes a cualquier regulación existente (previsión en materia de sujetos de la negociación, articulación y efectos).

Se trata, a nuestro juicio, de dispositivos legales que habrá que leer bajo la perspectiva del desplazamiento leve hacia el intervencionismo, morigerando todo desborde interpretativo y reconduciéndolo en el marco de la precomprensión y de la tradición existente (prácticas de los interlocutores y operadores jurídicos, construcciones sociales y doctrina laboral).

IV. ¿QUÉ HACER CON LAS NORMAS?

Ya ha sido dicho y escrito casi todo acerca del impulso fuertemente reformista que en lo laboral tuvo el período 2005 a 2009 y de lo que va del año 2012. Algunos lo han comparado con el proceso desatado por el primer batllismo desde 1915 y que se desplegó hasta mediados del decenio de los cincuenta. Barbagelata²¹, al estudiar la evolución del derecho del trabajo, periodiza el reformismo en etapas que denomina de «fundación» y de «desarrollo» de la legislación laboral, señalando algunas permanencias y rasgos comunes del ciclo tales como la confianza en la ley, la ciudadanía laboral y la previsión y anticipación de los problemas sociales.

Como hace un siglo, el debate sobre la reforma laboral encontró pertinaces resistencias y críticas de diverso origen y entidad. Entre ellas, frecuentemente se aduce que las normas sobre descentralización empresarial, limitación de la jornada de trabajadores rurales y domésticos, prescripción, protección y promoción de la actividad sindical y negociación colectiva cambiaron el panorama legislativo e «inclinaron la balanza» en un determinado sentido, privilegiando el

LAS
RELACIONES
ENTRE
AUTONOMÍA
COLECTIVA
Y GOBIERNO
EN URUGUAY:
CRÓNICA CON
FINAL ABIERTO

RELATIONS
BETWEEN
COLLECTIVE
AUTONOMY
AND
GOVERNMENT
IN URUGUAY:
CHRONIC WITH
OPEN ENDING

21 L. cit.

factor trabajo sobre el capital en el juego de intereses y relaciones entre trabajadores y empresarios. La política laboral habría sido unidireccional y habría soslayado los puntos de vista de una de las partes.

En el plano del derecho colectivo, se ha aducido por los críticos que las normas sobre negociación colectiva lesionan la autonomía al imponer la negociación y los sujetos pactantes, dan gran margen de intervención a la Administración del trabajo merced a la posibilidad de otorgar efectos *erga omnes* a los convenios y determinar la unidad de negociación, etcétera. Así ocurriría también con la ley de promoción y protección a la actividad sindical —otro incunable— que al poner de cargo del empleador la prueba de la causa razonable del desplazamiento del trabajador, habría incurrido en una intromisión inaudita en el ámbito del poder de dirección.

Los debates reflejan, en parte, el doble carácter regulador/emancipador del derecho²². Pese a esta diversa procedencia de las críticas al impulso reformista, puede advertirse que muchas de estas posiciones tienen un elemento en común y es que parten del supuesto de que las normas están ya completas y configuradas a partir del acto demiúrgico del legislador, quien le habría dado un sentido único y preciso por el resto de los días. Esta concepción se sostiene en algunos presupuestos teóricos desactualizados y en una incomprensión básica de cómo operan los actores sociales en el marco de las relaciones laborales.

En primer lugar, los partidarios de estas críticas parecen entender que el fenómeno jurídico se agota en la creación del derecho y en su categorización precisa de acuerdo a la fuente de que se trate, adoptando el término «fuente» según el uso común en derecho, una metáfora recurrida y anacrónica. La sola existencia de la norma y su «linaje», reconocido a través de la cadena de mecanismos formales establecidos para su creación, determinaría su validez e inmediata eficacia. Según esta concepción, la norma jurídica aparece completa y definitiva desde su sanción legislativa y tendría un sentido necesario y único, fiel reflejo del espíritu o intención del legislador.

Sin embargo, la mera observación del funcionamiento de los ordenamientos jurídicos demuestra que tal pretensión es una mera ilusión, una explicación absolutamente insuficiente y superada, cuando no una ideología jurídica vetusta. Una actualización de la reflexión en torno al funcionamiento del campo jurídico denota que el texto legal, como casi cualquier texto (sea literario, teológico, etcétera), debe ser objeto de interpretación, y que es a partir de la lectura que surge el contenido sustantivo de la regulación de las conductas humanas, o sea,

22 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta/ILSA, 2009.

la norma jurídica. El derecho es, antes que nada, el resultado del proceso de interpretación, decía Tarello²³.

Lo que llamamos «norma jurídica» es el producto de las sucesivas interpretaciones, que terminan asentándose y prevaleciendo, aunque de manera siempre inestable en el derecho del trabajo. La precariedad de las interpretaciones y de los acuerdos en materia laboral señala la hegemonía temporal de los valores e intereses que portan los operadores jurídicos. En estas fluctuaciones cobra importancia sustantiva el contexto político y cultural existente, marco ineludible. La hermenéutica reconoce además la importancia que las tradiciones y la cultura jurídica preexistente comportan en la lectura de los textos legales.

Así, la tradición abstencionista ha determinado que en nuestro derecho existan normas formalmente válidas (repárese, por ejemplo, en el artículo 3 literal f de la ley 13.720 que impone el preaviso en caso de huelga), que no son cumplidas por los sindicatos, por contradecir arraigadas concepciones autonomistas del ejercicio de la libertad sindical. El caso de los diversos usos que ha tenido la ley 10.449 es también ilustrativo de la importancia decisiva que tienen los operadores jurídicos en el campo del derecho del trabajo, totalmente ajenos a concepciones apriorísticas y formalistas. Justamente, la función de los operadores jurídicos ha sido destacada como uno de los particularismos del derecho del trabajo por Barbagelata²⁴.

Ciertamente, no basta con que las normas sean válidas y vigentes, andariveles fundamentales de cualquier espíritu jurídico formalista. En las relaciones colectivas de trabajo, los interlocutores articulan sus estrategias de tal modo que el cuadro normativo de origen estatal es un dato más dentro de una panoplia de elementos a considerar.

En suma, con ser decisivo el empuje reformista del gobierno de izquierda (con sus altibajos y contradicciones, desde luego), no es por sí suficiente como para fijar una opinión definitiva sobre el rumbo futuro del ordenamiento jurídico y sobre la ubicación precisa del grado de intervencionismo en derecho colectivo. Dependerá del «tiempo social» del que también hablaba Barbagelata; dependerá de los contextos y de las relaciones de poder existentes, siempre razones más sugestivas que cualquier lectura solipsista de los textos. La acción humana y las prácticas sociales que se desaten a partir de la interpretación y aplicación de la nueva normativa dirán mucho sobre cómo finalmente se configurará el sistema y qué nuevos equilibrios adoptará. El reacomodo y la recepción por parte del ordenamiento colectivo de las novedades del período

23 TARELLO, Giovanni. Ob. cit.

24 BARBAGELATA, Héctor Hugo & Efrén BORRAJO DACRUZ. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. Montevideo: FCU, 2009.

iniciado en 2005 seguramente diferirán en su configuración de las primeras impresiones fatalistas que ofrecieron ciertos planteamientos doctrinarios. Así por ejemplo, la aplicación de la ley 17.940 ha sido por momentos equívoca y más bien moderada por parte de los jueces, y por otro lado, tampoco los actores sindicales han hecho un uso recurrido de la norma.

El conjunto de operadores jurídicos en materia laboral (jueces, administración del trabajo, sindicatos, empresarios, asesores, etcétera) son quienes disponen del material legislativo para actuar sobre la realidad. Las elaboraciones doctrinarias que aparecen como definitivas no son otra cosa que contribuciones al entendimiento y a la orientación de las prácticas laborales que los actores desarrollan en el ejercicio de la autonomía colectiva.

En todo caso, las normas intervencionistas sobre protección de la actividad sindical y sobre negociación colectiva pueden resultar tan transformadoras como los actores permitan que sean. La complejidad del mundo sindical, que pese a su predicada unidad deja ver en el caso uruguayo un sector «moderado» dialogante con el gobierno y un sector «radical» más presto a la confrontación, suma un elemento más de incertidumbre con relación al alcance de las transformaciones. A ello debe sumarse que muchos de los operadores que desde el lado del gobierno participan de la política laboral son ex dirigentes o ex asesores sindicales: no debe soslayarse que parte del elenco de gobierno fue reclutado del movimiento sindical.

Una crónica con final abierto, como cualquier recuento en clave diacrónica de las relaciones colectivas de trabajo.

Recibido: 16/01/2012

Aprobado: 23/03/2012

La reforma del proceso laboral en Uruguay. El regreso al proceso laboral autónomo

The reform of the labor process in Uruguay. The return to
the autonomous labor process

HUGO FERNÁNDEZ*

Resumen: La reforma del proceso laboral uruguayo y la vuelta a un régimen jurídico autónomo constituye un cambio radical y fundamental en la legislación nacional. La sencillez de las nuevas estructuras procesales regidas por principios y normas propias de la disciplina laboral le dan al nuevo régimen un espacio de autonomía dogmática por muchos años perdido. El sistema laboral procesal se construye sobre el carácter adjetivo de su naturaleza priorizando el derecho sustantivo y ajustando la norma procesal a las características del mismo. Los principios del derecho del trabajo (sustantivos y procesales) son la base del nuevo régimen

Palabras clave: proceso autónomo – principios – dogmática del derecho laboral – carácter adjetivo del derecho laboral procesal – sistema laboral procesal – estructuras procesales diferentes

Summary: The reform of the Uruguayan labor process and the return to an autonomous legal regime represent a radical and fundamental change in the national legislation. The simplicity of new procedural structures governed by principles and owns norms of labor discipline give the new regime a dogmatic autonomous space lost for many years. The procedural labor reform is built on the adjectival character of its nature prioritizing the substantive law and adjusting the procedural rule to its characteristics. The principles of Labor Law (substantive and procedural) are the foundation of the new regime.

Keywords: autonomous process – principles – dogmatic of the labor law – adjectival character of the procedural labor law – procedural labor system – different procedural structures

CONTENIDO: I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO.- II. EL DERECHO LABORAL PROCESAL.- III. LA UBICACIÓN DE LOS PROCESOS EN EL SISTEMA PROCESAL LABORAL.- IV. SINTESIS DE LAS NUEVAS ESTRUCTURAS PROCESALES.- IV.1. EL PROCESO LABORAL ORDINARIO.- IV.1.1. LA PRIMERA INSTANCIA DEL PROCESO LABORAL ORDINARIO.- IV.1.1.1. ACTO DE PROPOSICIÓN, PRETENSIÓN Y DEMANDA- IV.1.1.2. EL CONTROL LIMINAR DE LA DEMANDA. PROVIENCIA «SUBSANADORA».- IV.1.1.3. CONCENTRACIÓN DE ACTOS PROCESALES

* Profesor adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

DEL TRIBUNAL. PRIMERA PROVIDENCIA «ORDENADORA».- IV.1.1.4. ACTO DE CONTRADICCIÓN O DEFENSA. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES.- IV.1.1.5. ACTITUDES PROCESALES DEL DEMANDADO.- IV.1.1.6. FIJACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO Y DE LA PRUEBA, DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA. SEGUNDA PROVIDENCIA «ORDENADORA».- IV.1.1.7. AUDIENCIA ÚNICA EN EL PROCESO ORDINARIO.- IV.1.1.8. EFECTOS DE LA INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES A LA AUDIENCIA ÚNICA.- IV.1.1.9. ACTIVIDADES EN LA AUDIENCIA DEL PROCESO ORDINARIO.- IV.1.1.10. SENTENCIA DEFINITIVA DE LA PRIMERA INSTANCIA.- IV.1.2. LA SEGUNDA INSTANCIA DEL PROCESO LABORAL ORDINARIO.- IV.1.2.1. LOS PLAZOS Y TÉRMINOS DE LA SEGUNDA INSTANCIA.- IV.2. EL PROCESO DE MENOR CUANTÍA.- IV.2.1. DEMANDA. ACTO DE PROPOSICIÓN.- IV.2.2. TRASLADO Y CONVOCATORIA A AUDIENCIA.- IV.2.3. AUDIENCIA ÚNICA DEL PROCESO DE MENOR CUANTÍA.- IV.2.3.1. ACTIVIDADES DE LA AUDIENCIA.- IV.2.4. SENTENCIA DEFINITIVA.- IV.3. DISPOSICIONES GENERALES A AMBAS ESTRUCTURAS PROCESALES.- IV.3.1. REPRESENTACIÓN JUDICIAL.- IV.3.2. LOS PLAZOS PROCESALES.- IV.3.3. LAS NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS Y PROCESO DIGITAL.- IV.3.4. CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN.- IV.3.5. OTRAS NORMAS DE INTERÉS.

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

Una de las preocupaciones que siempre está presente en el derecho del trabajo es lograr una mayor efectividad en el cumplimiento de los derechos sustantivos vigentes. Es por esa razón que nuestra disciplina pone énfasis en la actividad de control que realizan los sindicatos, acción indispensable en cualquier sistema de relaciones laborales que se precie. Conjuntamente, y con la misma finalidad, es necesario que el Estado desarrolle actividades para la mejora continua de la función de inspección y, al mismo tiempo, implemente una justicia laboral que cumpla con rapidez y efectividad su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, desalentando el incumplimiento especulativo derivado de la demora del trámite judicial. Es desde el enfoque de la efectividad del derecho sustantivo que se desarrolla la reforma del proceso laboral en Uruguay.

Desde el año 1989 y hasta que fue aprobada la ley que reforma el proceso laboral sobre la que daremos cuenta, el proceso laboral uruguayo estuvo inserto en una única estructura procesal aplicable a todas las materias jurídicas, con excepción de la materia penal, y regulado por el Código General del Proceso; ley procesal creada y pensada sobre las bases teóricas del derecho civil y comercial.

El nuevo proceso laboral se inserta en un período del derecho laboral uruguayo en el que la legislación laboral tiene un nuevo impulso. A partir del año 2005 se aprueban una serie de leyes laborales sustantivas y algunas procesales que retoman la entonación protectora y la posición

protagónica que caracterizó a la legislación laboral uruguaya en los dos primeros tercios del siglo pasado¹.

En el marco de este nuevo impulso, en el año 2007 comienza a gestarse la reforma del proceso laboral, que en definitiva significó la vuelta a la autonomía del proceso laboral y el afianzamiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica protectora del trabajador. El derecho laboral recuperaría así el terreno que había perdido en el ámbito del derecho procesal en el año 1989 con la derogación del decreto ley 14.188 y la aprobación, en su lugar, del proceso ordinario del Código General del Proceso.

Desde el punto de vista dogmático, la reforma del proceso laboral partió de la idea fundamental de que el derecho procesal es un derecho adjetivo y que por lo tanto, para su correcto funcionamiento, no puede estar separado de las bases teóricas del derecho sustantivo al que accede y sirve. De esta manera, la reforma no solo produjo un cambio en las estructuras procesales que resultan aplicables por el poder judicial para resolver el conflicto individual del trabajo, sino que además generó un espacio normativo y doctrinario autónomo donde los principios del Derecho del Trabajo toman un protagonismo creativo y en donde la fórmula de integración e interpretación del derecho procesal en clave laboral es fundamental para entender el funcionamiento del nuevo derecho.

La reforma del proceso laboral ordinario se produce con la aprobación de la ley 18.572 del 8 de octubre de 2009. Sin embargo, puede afirmarse que se empiezan a producir cambios que son parte de la reforma procesal uruguaya un poco antes de la aprobación de esta ley. En el año 2006 se

245

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMOTHE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

1 Entre las más importantes normas aprobadas en este período podríamos citar: en derecho colectivo, la ley 18.508 sobre negociación colectiva en el sector público, la ley 18.566 sobre negociación colectiva en el sector privado, la ley 17940 sobre libertad sindical, la ley 18.608 aprobando el Convenio Internacional del Trabajo 135 sobre protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores. En derecho individual del trabajo, la ley 18.065 sobre trabajo doméstico, 18.091 sobre prescripción de las acciones laborales, ley 18.098 sobre tercerizaciones en el sector público, leyes 18.099 y 18.251 sobre responsabilidad laboral en los procesos de descentralización productiva en el sector privado, leyes 18.345 y 18.458 sobre licencias especiales (estudio, paternidad, adopción, matrimonio, duelo), ley 18.407 sobre el sistema cooperativo, 18.441 sobre la jornada laboral y régimen de descanso en el sector rural, ley 18.561 sobre acoso sexual en el trabajo y actividad docente. Sobre empleo y formación profesional: ley 18.406 del Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional, ley 18.240 sobre el Programa «Uruguay Trabaja», ley 18.516 sobre trabajo de peones prácticos y obreros no especializados, ley 18.489 sobre bolsa de trabajo del patronato nacional de encarcelados y liberados. En seguridad social: ley 18.399, que modifica el régimen del seguro de desempleo; ley 18.396 sobre beneficios jubilatorios y flexibilidades para el acceso a los mismos; ley 18.227 sobre asignaciones familiares; ley 18.241 sobre el subsidio estatal a personas carenciadas de entre 65 y 70 años de edad; 18.651 sobre protección integral de las personas con discapacidad; 18.384: Estatuto del artista y oficios conexos. Amparo de las actividades prestadas en régimen de subordinación o autonomía. Otros: ley 18.211: Sistema Nacional Integrado de Salud, ley 18.236: Fondo de Cesantía y Retiro para Trabajadores de la Construcción, ley 18.340 sobre administración de las viviendas para jubilados y pensionistas beneficiarios del Banc de Previsión Social (BPS). Para un detalle completo de las leyes aprobadas en el período, puede consultarse BARRETTO GHIONE, Hugo, «Nómina sistematizada de las principales leyes adoptadas en el período marzo 2005 a febrero de 2010». En AUTORES VARIOS. *Cuarenta estudios sobre la nueva legislación laboral uruguaya*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, pp. 445 y ss.

aprueba la ley 17.940 referida a la protección de la libertad sindical, que además de normas sustantivas también estructura procesos judiciales especiales para la protección de la libertad sindical: procesos breves que se apartan del proceso ordinario del Código General del Proceso.

Esto quiere decir que ya desde el año 2006 comienzan a producirse modificaciones legislativas en materia laboral procesal, basadas en la teoría del Derecho del Trabajo, y ajustadas a la tutela de un derecho incuestionablemente fundamental como es la libertad sindical. Podríamos decir que las normas procesales de la ley 17.940 se convierten en una señal favorable para la reforma del proceso laboral ordinario. Se trata, en nuestra opinión, de una primera parte de la reforma procesal del Derecho del Trabajo, que se completa con la ley 18.572 en el año 2009 y posteriormente con la ley 18.847 en el año 2011. Todas estas leyes procesales inspiradas en la dogmática laboral se apartan del régimen jurídico unitario del Código General del Proceso y vuelven a implantar procesos laborales autónomos estructurados y regulados a la medida del derecho laboral sustantivo.

La reforma del proceso laboral ordinario comienza cuando la Suprema Corte de Justicia y el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social coinciden en la preocupación por el funcionamiento del proceso laboral ordinario. Para buscar soluciones a su funcionamiento, la Suprema Corte de Justicia tomó la iniciativa de conformar una comisión técnica para estudiar el tema, la que estuvo integrada por dos magistrados designados por la Suprema Corte de Justicia, dos delegados del Ministerio de Trabajo y por dos docentes del Instituto de Derecho del Trabajo de la Universidad de la República. El resultado del trabajo de la comisión multisectorial culmina con la presentación ante las autoridades de la Suprema Corte y del Ministerio de Trabajo de un proyecto de ley que finalmente es enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento, convirtiéndose posteriormente en la ley 18.572 del 8 de octubre de 2009. Esta ley entró en vigencia el 18 de octubre de 2009, fue suspendida en su aplicación desde el 13 de noviembre de 2009 hasta el 1 de febrero de 2010 para organizar las sedes judiciales competentes, y desde esa fecha la nueva ley ha sido aplicada en todo el territorio nacional.

La ley 18.572 enfrentó duras críticas que derivaron en una cantidad importante de recursos de inconstitucionalidad presentados por vía de defensa por los empleadores demandados, los cuales implicaron la suspensión de los procesos judiciales iniciados en el marco de la nueva ley. Una vez conocida la decisión sobre los mismos y a los efectos de evitar que se siguieran deduciendo recursos sobre los aspectos de la ley que ya habían sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio de Trabajo volvió a reunir una comisión técnica para abordar soluciones frente a las observaciones que sobre tres puntos de la ley 18.572 había realizado la Suprema Corte de Justicia. En ese

momento, la ley llevaba veinte meses de aplicación práctica durante los cuales magistrados y abogados plantearon realizar algunos cambios por razones prácticas y de funcionamiento del nuevo proceso. La comisión técnica entendió que algunos de los planteamientos realizados por magistrados y abogados eran atendibles para mejorar el funcionamiento del proceso laboral. Estos cambios y las soluciones propuestas para levantar las observaciones de inconstitucionalidad llevaron al Ministerio de Trabajo a presentar un segundo proyecto de ley que, una vez debatido en el Parlamento, resultó aprobado por unanimidad en ambas cámaras parlamentarias, generándose así una reforma parcial del proceso laboral vigente, realizada sin alterar las bases teóricas y prácticas que la ley 18.572 introdujo en la legislación procesal uruguaya.

La reforma de la ley 18.572 fue realizada a través de la ley 18.487 del 8 de diciembre de 2011 que, como hemos dicho, completó la reforma legislativa del proceso laboral, ajustando algunas disposiciones de la ley 18.572 y agregando otras que regulan institutos que no habían sido tenidos en cuenta anteriormente. Con estas dos leyes se cierra el cuadro de la autonomía del Derecho del Trabajo en Uruguay y se completa un sistema laboral procesal conformado por estructuras procesales diversas ajustadas a criterios que buscan la efectividad del derecho sustantivo en clave de derecho laboral.

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMO

THE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

II. EL DERECHO LABORAL PROCESAL

El nuevo proceso se asienta sobre una dogmática jurídica que se nutre de las notas o particularidades propias de la relación sustantiva a la que sirve. Estas notas particularidades pueden sintetizarse en cuatro principales: a) dependencia económica y social del trabajador, b) dificultades del trabajador para encarar las actividades procesales (recursos económicos, dificultades de prueba, etcétera), c) carácter alimentario de los créditos laborales, d) urgencia por las resoluciones judiciales.

Partiendo de lo expuesto, el sistema procesal laboral que conforma el nuevo derecho laboral procesal está orientado por una teoría procesal autónoma, basada en principios jurídicos, normas y técnicas procesales que son el resultado de los conceptos fundamentales que emergen en material procesal del Derecho del Trabajo.

La nueva legislación procesal utiliza las bases teóricas de la doctrina laboralista, siendo las principales las siguientes:

- a) La autonomía del derecho adjetivo aplicable y por ende de las estructuras procesales creadas por la norma legal. Con el impulso de los principios laborales y de las normas que integran el llamado bloque de constitucionalidad, se ha desarrollado y conformado con estas nuevas leyes la red normativa infraconstitucional

del derecho laboral procesal. Ambas serán base y referencia de la autonomía doctrinaria y jurisprudencial del derecho laboral adjetivo.

- b) La aplicación directa y automática de los principios del Derecho del Trabajo al derecho procesal. En este punto merecen especial destaque los principios de celeridad, gratuidad, efectividad de la tutela de los derechos sustanciales; el principio de irrenunciabilidad, el principio de desigualdad compensatoria y el de primacía de la realidad. Estos tres últimos no están enunciados en el artículo 1 de la ley 18.572, pero se encuentran en la génesis y están representados en varias de sus disposiciones (como, por ejemplo, la atribución de poderes inquisitivos al juez y el rol activo que la ley le asigna al mismo en el proceso, los efectos de la incomparecencia de las partes a la audiencia de precepto, los criterios sobre distribución y carga de la prueba recogidos en algunas presunciones legales *iuris tantum*, la representación judicial del actor por la sola firma de su letrado patrocinante) y en la construcción que se integra al nuevo régimen jurídico procesal, sobre la interpretación e integración de la norma laboral procesal. En este sentido, los principios enunciados en el artículo 1 (principios explícitos) y los criterios de interpretación e integración de los artículos 30 y 31 de la nueva ley (principios implícitos) se presentan como herramientas fundamentales para el correcto funcionamiento de los procesos regulados en la nueva ley². Lo mismo ocurre con los principios del derecho laboral como el de irrenunciabilidad de los derechos laborales y el principio protector o de tutela jurídica, que en clave procesal se convierte en lo que la doctrina española llama el principio de desigualdad compensatoria. Estos dos principios no están enunciados en el artículo 1 de la ley 18.572, pero sí están presentes en las disposiciones que regulan cada una de las estructuras procesales que hoy están vigentes.

El legislador quiso darle a los principios generales del derecho laboral, tanto procesales como sustantivos, un papel verdaderamente constitutivo del orden jurídico que integran y, para ello, colocó a los principios y a las normas en una posición de idéntica utilidad funcional. La nueva ley deja atrás la idea de que los principios del Derecho del Trabajo tiene solo una función informadora de la disciplina y, en cambio, establece que todos los operadores del sistema judicial tienen la obligación de aplicarlos directamente sobre el supuesto a regular, desplegando al máximo

2 ROSSI, Rosina. «Primera lectura de la ley no. 18572 sobre abreviación de los procesos laborales». *Derecho Laboral*, LII, 235 (2009), pp. 455 y ss.

de sus posibilidades la función normativa de los principios, o, dicho de otra forma, la consideración de ellos como fuente de derecho laboral.

- c) El carácter instrumental o adjetivo del derecho procesal respecto de los derechos sustantivos laborales. El proceso judicial no es un fin en sí mismo, es un instrumento, una herramienta para hacer valer derechos o para que los derechos se hagan efectivos. Por lo tanto, la actividad judicial debe estar orientada a ese objetivo, descartando todo mecanismo formal que obstaculice, o aun demore, su realización.
- d) La descentralización funcional de los procesos puestos al servicio de los derechos en el juego procesal. Esta idea permite que hablemos de un sistema laboral procesal que está integrado por estructuras procesales ordinarias y especiales como veremos a continuación.

III. LA UBICACIÓN DE LOS PROCESOS EN EL SISTEMA PROCESAL LABORAL

La ley 18.572 creó dos procesos judiciales que, junto a otros, integran un sistema normativo autónomo de derecho laboral procesal. Este sistema procesal propio de la materia laboral está integrado por: a) los procedimientos especiales, previstos para la tutela de determinados derechos laborales sustanciales específicos; b) el proceso laboral ordinario y el proceso de menor cuantía; c) otras normas que regulan otros aspectos procesales.

La nueva ley revela, de manera expresa, la existencia de este entramado de normas procesales del sistema procesal laboral, cuando en su artículo 7 refiere a los procedimientos especiales preexistentes. Estos procedimientos especiales están previstos para la tutela de derechos laborales específicos que, por sus características, es conveniente que sean recibidos por una estructura procesal propia y ajustada a las características del derecho sustancial que se ventila. Ellos son: a) la ley 16.045 sobre igualdad de trato y oportunidades para ambos sexos en la actividad laboral. Este proceso especial se tramita a través de un procedimiento que se inicia con la convocatoria a audiencia en plazo de tres días (artículo 4 de la ley 16.045) y, si el juez considera necesario abrir a prueba, el proceso seguirá el trámite previsto en los artículos 6 y siguientes del decreto-ley 14.188, b) la ley 18.561 sobre acoso sexual, que regula su procedimiento por lo que establecen los artículos 4 a 10 de la ley 16.011 de acción de amparo, c) la ley 17.940 sobre protección de la libertad sindical, que también crea un proceso judicial especial utilizando el procedimiento de los artículos 4 a 10 de la ley 16.011 para el proceso de tutela especial y el proceso extraordinario (artículos 346

249

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMOTHE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

y 347) del Código de Proceso Civil, para el Proceso General (artículo 2 literal 1 de la ley 17.940), y d) la ley 16.011 que permite aplicar la acción de amparo en asuntos vinculados al trabajo cuando corresponda.

En el elenco de normas del derecho laboral procesal, también encontramos normas que regulan otras cuestiones procesales de la materia laboral. Ellas son: a) la triada de leyes 18.098, 18.099 y 18.251, sobre descentralización empresarial; b) la ley 18.091 sobre prescripción laboral; c) las normas referidas a la actividad probatoria, especialmente a la distribución de la carga de la prueba (ley 17.940); d) las normas sobre la distribución de la competencia en materia laboral, entre las cuales se encuentran el artículo 128 de la ley 16.462, los artículos 3 y 65 de la ley 16.074 sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y el artículo 765 de la ley 16.736 sobre funcionarios de las personas públicas no estatales, la ley 17.437 para los funcionarios de la Caja Notarial y la ley 17.738 para los funcionarios de la Caja de Profesionales Universitarios.

Quiere decir que los procesos creados por la ley 18.572 y reformados en algunos de sus aspectos por la ley 18.847 forman parte de un sistema procesal que funciona en materia laboral, que integran también otras estructuras procesales, diversificadas en función del derecho sustantivo en juego, y que fueron concebidas sobre las bases teóricas referidas en el capítulo anterior.

IV. SÍNTESIS DE LAS NUEVAS ESTRUCTURAS PROCESALES

La ley 18.572 creó dos nuevos procesos judiciales que se aplican en función de la cuantía del asunto. Uno de ellos se denomina «Proceso Laboral Ordinario» y está regulado en el capítulo IV en los artículos 7 a 18 inclusive. El otro proceso, llamado «Proceso de Menor Cuantía», regulado en el capítulo V, artículos 19 a 23 inclusive de la ley, es una estructura aun más abreviada que la del proceso laboral ordinario y se aplica cuando el monto del asunto no supera la suma de \$ 81 000. Para todos los demás asuntos originados en conflictos individuales de trabajo que superen ese monto, es aplicable el Proceso Laboral Ordinario. Como hemos dicho, la ley 18.847 recientemente aprobada vino a complementar a la ley 18.572.

El artículo 7 de la ley 18.572 establece: «[...] en materia laboral el proceso se regirá por lo previsto en esta ley». Quiere decir que, a partir de la vigencia de la nueva ley, salvo los casos que deben sustanciarse por procedimientos especiales, todos los demás asuntos originados en conflictos individuales de trabajo se sustancian por algunos de los dos procesos creados por la nueva ley, esto es, por el proceso ordinario o por el proceso de menor cuantía.

251

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMOTHE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

Incluso esta sería la solución para los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo donde participe como parte demandada el Estado, aunque el proceso se tuviera que llevar a cabo en la justicia de lo contencioso administrativo como lo establece la ley 18.172 en los artículos 341 y 342. No es posible profundizar sobre este punto, pero buena parte de la doctrina nacional ha sostenido que la ley que crea los procesos autónomos debería ser aplicable a todos conflictos individuales de trabajo, se trate de trabajadores públicos o privados, y que estos deberían ser asumidos por los órganos de la justicia del trabajo, justicia especializada, y tramitarse por algunos de estos dos procesos.

La ley le otorga a los dos procesos igual importancia, distribuyendo el caudal de asuntos judiciales en función de la cuantía del asunto. Ambos procesos tienen características comunes: son *procesos predominantemente orales*, porque conservan algunos actos procesales que se realizan por escrito. En ambos procesos la demanda es escrita y, con la reforma de la ley 18.847, en el proceso de menor cuantía también la contestación de la demanda se realiza por escrito. En cambio, la contestación de la excepciones opuestas por el demandado debe ser realizada por el actor en la audiencia y en forma oral.

Son *procesos breves, simplificados y garantistas*. Esto último en un doble sentido: cumplen con la tutela efectiva de los derechos sustantivos, y aportan todos los componentes esenciales de las garantías del debido proceso.

Son *procesos caracterizados por el protagonismo del juez* en la dirección del proceso y en la actividad probatoria, lo que se refleja en el carácter cuasi-inquisitivo del proceso y en la tarea del juez que debe juzgar teniendo en cuenta la finalidad de la norma sustantiva aplicable. El rol activo resulta en estos procesos del ejercicio de la potestad atribuida por la ley. Este nuevo sistema procesal se basa en la teoría del activismo judicial que básicamente se muestra en el protagonismo del juez (al que ya hemos referido), en la creatividad de la sentencia definitiva y en la modernización de los servicios de justicia.

Estas tres notas son claves para el funcionamiento del proceso laboral autónomo. En este sentido, el juez no es un mero espectador, sino que debe participar activamente para: a) sanear nulidades, b) mantener la igualdad de las partes en el proceso, c) prevenir o sancionar todo acto contrario al deber de lealtad procesal, y d) llevar adelante actos jurisdiccionales y de gestión judicial para mantener la celeridad del proceso.

IV.1. El proceso laboral ordinario

IV.1.1. La primera instancia del proceso laboral ordinario

IV.1.1.1. Acto de proposición, pretensión y demanda

De acuerdo con lo que se regula en el artículo 8 de la ley, la demanda de iniciativa judicial para dar comienzo al proceso corresponde al interesado. La demanda se plantea por escrito, en la forma prevista, con la cual debe presentarse y ofrecerse toda la prueba que se pretenda diligenciar³. Ello, combinado con la oralidad de la audiencia y de otros actos procesales establecidos, convierte al proceso en un proceso mixto, aunque predominantemente oral. Básicamente la demanda y los recursos de apelación y casación son los únicos actos procesales que deben ser presentados por escrito.

La ley hace algunas innovaciones en los contenidos exigidos para la demanda que, a nuestro criterio, mejoran la formulación del acto procesal de la demanda. En este sentido, se amplía la referencia a la narración de los hechos con una directa mención a la «liquidación detallada de cada uno de los rubros reclamados», indicando también que se debe expresar el valor total de la pretensión. Este requisito adquiere ahora un valor procesal mayor porque determina desde el inicio cuál de las dos estructuras procesales de la nueva ley será la que corresponda aplicar.

La liquidación detallada de cada rubro debe realizar incluyendo: a) el cálculo aritmético (demostración aritmética) de la suma pretendida por cada rubro reclamado, b) el cálculo de la multa prevista en el artículo 29 de la ley, c) el cálculo de la actualización monetaria de acuerdo a los criterios del decreto ley 14.500, d) el cálculo de los intereses legales, considerados desde la fecha de la exigibilidad del crédito, según lo establecido en el artículo 26 de la nueva ley, y e) el cálculo de los daños y perjuicios preceptivos previstos en el artículo 4 de la ley 10.449 pretendidos por el actor cuando corresponda, según lo establece la nueva ley.

Este requisito exigido para tener por admitida la demanda, además de permitir indicar cuál de las dos estructuras procesales corresponde al caso, permite conocer el monto reclamado en forma clara y precisa, condición necesaria para que se pueda ejercer plenamente el derecho de defensa y contradicción del demandado. Pero, además, la liquidación detallada de los rubros reclamados permitirá al juez realizar las tareas que le impone la ley: ordenar el pago de los rubros no controvertidos en la forma que prevé el artículo 14 y, llegado el momento, dictar la sentencia definitiva total, la cual pone fin a la instancia o al proceso, según sea el caso, por un monto líquido, en la forma que le ordena los artículos 15 y 17 de la ley. Ello elimina el proceso de liquidación de sentencia, que hasta ahora

3 El artículo 8 de la ley 18.572 hace una remisión al artículo 117 del Código General del Proceso y por derivación al artículo 118 del mismo cuerpo normativo, que hace referencia a que la prueba debe presentarse conjuntamente con la demanda en el caso del actor.

se realizaba posteriormente a conocer la sentencia de conocimiento, lo que alargaba en forma inadmisiblemente el proceso. Este requisito impuesto a la demanda redundaba en una mayor brevedad, porque la sentencia definitiva no requiere de ningún proceso posterior.

La ley busca allanar el camino para un proceso más ágil y rápido, poniendo en sintonía la demanda con la contestación de la demanda y, ambas, con la sentencia, de manera que, como ha dicho Couture, la demanda se convierte en un proyecto de la sentencia que quisiera el actor⁴. El hecho de que la demanda esté correctamente formulada hace más fácil y rápida la resolución del litigio.

No se plantea en la ley ninguna limitación al acto de proposición. Se podrá acumular pretensiones y demandar a uno o más sujetos. El artículo 10 de la ley 18.251 (ley de descentralización empresarial) exige al actor demandar conjuntamente a todas aquellas personas sobre las que se pretenda hacer valer una responsabilidad compartida. De no plantearse la demanda conjuntamente contra todas las personas presuntamente responsables, el trabajador no podrá posteriormente hacer valer la responsabilidad solidaria o subsidiaria legalmente establecidas. Sin embargo, esta disposición no impide que el actor demande a uno solo de los responsables, en cuyo caso no podrá luego ampliar la responsabilidad a los sujetos que no haya demandado salvo por el mecanismo previsto en el artículo 10 párrafo segundo de la 18.572.

IV.1.1.2. El control liminar de la demanda. Providencia «subsanadora»

La nueva ley hace hincapié en la formulación de la demanda, exigiendo requisitos de admisibilidad y fundabilidad de la misma que, como veremos seguidamente, en alguna medida inciden en el desarrollo del trámite del proceso.

En el artículo 8, la ley establece el cumplimiento de un control liminar del juez, un control de entrada, en el umbral del proceso, que consiste en verificar que la demanda cumpla con los requisitos establecidos para admitirla.

El concepto de juez activo se manifiesta en esta etapa del proceso, con la obligación del magistrado de controlar el acto de proposición.

Este requisito, conjuntamente con la constancia de haber tentado o haber tramitado la conciliación administrativa previa, se plantean por la ley como requisitos que deben ser controlados liminarmente por el juez. Este control constituye el primer acto procesal del juez en el proceso y constituye una actividad importante para el rápido avance del proceso hasta su culminación.

4 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Decimoséptima edición. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 292.

Si el juez advierte que la demanda tiene defectos porque no cumple con los requisitos de admisibilidad y fundabilidad ya descritos, debe notificar al actor sus observaciones y el actor, una vez notificado, dispone de un plazo de tres días para subsanarlos. La notificación se realiza en forma electrónica a partir de la reforma introducida por la ley 18.847.

Naturalmente que el juez deberá indicar con precisión los defectos que deben ser subsanados en el plazo indicado por la ley. Si la parte actora no subsana los defectos de su demanda, la misma se tiene por no presentada. En tal caso, el actor puede volver a presentar una nueva demanda iniciando un nuevo proceso. En este caso, será competente el mismo juzgado que rechazó la demanda anterior.

La ley establece con carácter general para todas las providencias los recursos de aclaración, ampliación y reposición.

IV.1.1.3. Concentración de actos procesales del Tribunal. Primera providencia «ordenadora»

Una vez que la demanda es admitida por haber sido interpuesta en forma o por haber levantado las observaciones, el juez deberá emitir un decreto, en el cual dispondrá el traslado de la demanda y emplazamiento al demandado para contestar la demanda y estar a derecho. La providencia judicial que da traslado de la demanda y emplaza al demandado, según lo dispone el artículo 25 de la ley, debe de ser notificada en el domicilio del demandado, salvo que hubiera constituido domicilio electrónico en autos en mérito a alguna diligencia preparatoria previa.

IV.1.1.4. Acto de contradicción o defensa. Contestación de la demanda y oposición de excepciones

Este acto procesal, basado en el poder jurídico de contradicción, oposición y excepción, marca el carácter bilateral del nuevo proceso laboral. El demandado puede reaccionar frente a la acción incoada y, para ello, la ley le otorga todas las garantías del debido proceso.

El artículo 9 de la ley regula la conducta activa del demandado frente a la notificación de la demanda, es decir, que conteste la demanda y/u oponga excepciones, para lo cual dispone de un plazo de 15 días hábiles. La disposición referida establece también que la contestación de la demanda debe ajustarse a las formas y contenidos previstos ya referidos al describir los contenidos de la demanda, por lo que resulta aplicable lo dicho en la nota al pie número 4 para la demanda.

También establece la ley que deberá interponer todas las excepciones del artículo 133 del Código General del Proceso. Ellas son: incompetencia del tribunal, litispendencia, defecto legal en el modo de proponer la demanda, incapacidad del actor, prescripción, cosa juzgada o transacción

y la falta de legitimación. De las excepciones opuestas se dará un traslado de cinco días al actor, el que será notificado en la oficina.

En aplicación del principio de celeridad, todas las excepciones, salvo la de incompetencia por razón de territorio o cuantía, se resuelven en la sentencia definitiva.

En esta etapa del proceso, la excepción de incompetencia por razón de territorio o de cuantía debe resolverse por sentencia dictada en plazo de seis días y la misma admite el recurso de apelación con efecto suspensivo, que deberá interponerse en el plazo de tres días y sustanciarse con un traslado a la contraparte por igual término. La excepción de incompetencia es la única excepción que se resuelve previamente (artículo 12).

El procedimiento indicado para las excepciones está estructurado de manera de que no se generen demoras innecesarias. En la práctica, las excepciones de prescripción y falta de legitimación pasiva son las excepciones que más veces se plantean en los procesos laborales y la experiencia indica que, en casi todos los casos que son planteadas, es necesario que se diligencie la prueba que al caso corresponda, para poder resolverlas. Por eso era práctica habitual, antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, que los jueces laborales difieran su resolución para el momento de la sentencia definitiva. La ley recogió en esta disposición normativa, lo que era una práctica habitual de los jueces de la materia laboral.

IV.1.1.5. Actitudes procesales del demandado

A los efectos de una mayor celeridad, la nueva ley ha tomado la opción de no admitir la reconvencción. En la estructura de los juicios sumarios, no tiene cabida otra pretensión que la que se plantea en la demanda; de otra manera, se alteraría la estructura del juicio, en forma incompatible con el principio de celeridad que lo informa⁵.

Respecto del emplazamiento o la noticia de terceros a solicitud del demandado, la ley ha tomado también la opción de impedir estas actitudes procesales, pero, en este caso, ha implementado mecanismos sustitutivos por los cuales se puede insertar a terceros en el proceso laboral. Estos mecanismos se ponen en funcionamiento cuando el citado a la conciliación administrativa previa —futuro demandado— denuncia el nombre y domicilio del tercero que puede eventualmente ser demandado por tener alguna responsabilidad frente a la pretensión del citante. Para la ley, el mecanismo de inserción de terceros en el proceso judicial se perfecciona con la voluntad del trabajador o actor

255

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMOTHE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

⁵ Ver TARIGO, Enrique. «Estructura y desarrollo del nuevo proceso laboral». Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1976, p. 80.

del proceso, que en última instancia será el que acepte o rechace la inclusión del tercero en el proceso.

La ley establece dos momentos en los cuales el citado o demandado, según sea el caso, puede denunciar la existencia de un tercero que pueda ser total o parcialmente responsable: a) en el momento de celebrarse la audiencia de conciliación administrativa previa, lo que deberá quedar consignado en el acta de inútil tentativa de conciliación, según lo dispone el artículo 4 de la ley, b) al contestar la demanda, si no ha existido instancia de conciliación previa, por haberse solicitado la constancia prevista en el artículo 6 de la ley (artículo 10).

El artículo 10 de la ley 18.251, que regula la responsabilidad patronal conjunta en el caso de procesos de descentralización empresarial, establece que el trabajador debe demandar conjuntamente a todas las personas contra las cuales se pretenda exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales. La norma del artículo 10 de la ley 18.251 es perfectamente armonizable con las disposiciones normativas de la ley procesal laboral. Las previsiones de los artículos 4 y 10 de la ley 18.572 habilitan nuevas formas de incluir en el proceso judicial a todos aquellos que puedan tener responsabilidad en el cumplimiento de los derechos laborales demandados, quedando esta inclusión en manos de la decisión del trabajador.

Otra actitud posible del demandado es el allanamiento total⁶ que el demandado no conteste la demanda. En este caso, la ley en su artículo 13 establece que sin necesidad de diligenciar otra prueba el tribunal fijará fecha para el dictado de sentencia definitiva. El juez podrá basarse en la prueba ya existente en autos, primordialmente documental, para dictar la sentencia, pero no podrá requerir otra prueba, aunque podrá basarse en la que ya se encuentra en autos y que sea posible valorar. La ley establece que a falta de la generación del contradictorio debe dictarse sentencia a favor de los dichos del actor.

IV.1.1.6. Fijación del objeto del proceso y de la prueba, diligenciamiento de la prueba. Segunda providencia «ordenadora»

Una vez recibida la contestación o terminado el trámite de las excepciones, el juez tiene que abocarse a dictar una segunda providencia que constituye un punto de inflexión del proceso porque requiere de todo su poder de dirección para cumplir con los plazos que establece la ley. La norma indica que, dentro de las 48 horas de recibida la contestación o de terminado el trámite de las excepciones, el juez debe: a) convocar a audiencia dentro del plazo no mayor a los 60 días contados desde la fecha de la contestación de la demanda o del traslado de las excepciones

⁶ El allanamiento parcial tiene otras consecuencias, que serán analizadas en el momento de considerar las actividades en la audiencia de precepto.

o del vencimiento del término en este último caso; b) fijar el objeto del proceso; c) fijar el objeto de la prueba; d) pronunciarse sobre los medios probatorios, lo que significa que debe indicar si admite todos los medios probatorios ofrecidos por las partes o no, pudiendo seleccionar los que considere necesarios y descartando los que no; en aplicación del principio inquisitivo (artículo 1, párrafo 2) puede, además, indicar otros medios de prueba que considere necesario para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; e) ordenar el diligenciamiento de los medios de prueba que haya seleccionado; f) instrumentar todo lo necesario para agotar la producción de la prueba seleccionada en la audiencia única.

La importancia de este decreto es evidente. También es claro que el legislador ubicó al juez como una pieza fundamental del proceso, recurriendo nuevamente al concepto de juez activo, entendiendo que es el juez el que cuenta con elementos técnicos para determinar cuál es la controversia, cuáles son los hechos que hay que probar según la misma, y cuáles son los medios de prueba que resultan conducentes según la controversia planteada. De todos aquellos medios de prueba que cada parte ha ofrecido, podrá ordenar el diligenciamiento de todos o de algunos, descartando otros, sin perjuicio de poder ordenar el diligenciamiento de cualquier otra prueba que considere pertinente en uso de las facultades otorgadas en la ley.

IV.1.1.7. Audiencia única en el proceso ordinario

El artículo 14 regula la audiencia única, la que solo puede ser realizada con presencia del magistrado titular del juzgado, so pena de nulidad, y podrá ser prorrogada por única vez por seis días o por veinte en las condiciones que establece la ley.

La prórroga de la audiencia podrá decretarse cuando exista prueba pendiente de diligenciamiento que no haya podido ser incorporada pese a la diligencia del Tribunal y de las partes. Solo en ese caso podrá prorrogarse la audiencia por disposición del Tribunal sobre la base de las facultades inquisitivas previstas en el artículo 1 de la ley y por resolución fundada. El plazo de seis días puede extenderse hasta veinte días por un fundamento especial y en ese caso el Tribunal debe comunicar dicha decisión a la Suprema Corte de Justicia, quedando el magistrado sometido a eventual responsabilidad por la dilación si no se considerase justificada la decisión adoptada.

La audiencia se denomina «única», lo que remarca la preferencia del legislador porque el proceso se realice en una sola audiencia. Se trata de una opción de política legislativa, que es coherente con el objetivo de la ley de lograr un proceso célere, basado en las opciones jurídico–normativas que ha indicado la doctrina procesalista para la materia social y particularmente laboral y en dotar al juez de una posición activa y

257

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMOTHE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

pro-positiva. La prórroga no estaba habilitada en el texto de la ley 18.572 pero fue incorporada en la ley 18.847 atendiendo al expreso pedido de la Asociación de Magistrados del Uruguay y del Colegio de Abogados del Uruguay.

IV.1.1.8. Efectos de la incomparecencia de las partes a la audiencia única

En la redacción dada por la ley 18.847, la ley procesal establece que la inasistencia no justificada de una de las partes no impedirá el desarrollo de la audiencia y la continuación del proceso. Se trata de una modificación con la que se dio solución a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de la ley 18.572 que establecía que la inasistencia del actor-trabajador generaría el archivo de la causa y que, por su parte, la inasistencia del empleador demandada daría lugar al dictado de sentencia. La Suprema Corte de Justicia observó esta solución legislativa fundada en la aplicación del principio de igualdad del artículo 8 de la Constitución de la República⁷.

Frente a esta observación, que evidentemente obstaculizaría el funcionamiento del nuevo proceso, la ley 18.847 estableció efectos distintos en el caso de incomparecencia de una de las partes. Cabe consignar que, hasta la entrada en vigencia de la ley 18.572, la norma procesal del Código General del Proceso establecía frente a la incomparecencia del actor a la audiencia el desistimiento de la pretensión y, del demandado, el dictado de sentencia. Esta solución aplicada al trabajador accionante, resultaba contraria al principio de irrenunciabilidad y, por lo tanto, la legislación optó por una solución distinta a la de la ley procesal civil para el trabajador, manteniendo la misma solución del Código General del Proceso para la incomparecencia de la parte demandada. Sin embargo, como hemos explicado, esta solución no fue compartida por la Suprema Corte de Justicia y por lo tanto fue necesario buscar otra alternativa.

La disposición que finalmente ha entrado en vigor con la aplicación de la ley 18.847 no se apartó de la idea que inspiró al legislador de la ley 18.572. En ambos casos, la ley tuvo en cuenta el principio de irrenunciabilidad de los derechos sustanciales, cambiando radicalmente la solución prevista por el Código General del Proceso, respecto del trabajador. La actual regulación de los efectos de la incomparecencia de las partes a la audiencia de precepto está basada en este mismo principio del derecho laboral. Sin embargo, con el fin de considerar la interpretación que la Suprema Corte de Justicia hizo del principio de igualdad aplicado al proceso laboral, fue necesario dar la misma solución para ambas partes del proceso. El artículo 14 párrafo primero de la ley plantea como solución definitiva que la ausencia no justificada a la audiencia de alguna de las partes no impedirá

⁷ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia número 137 del 21 de junio de 2010.

que la misma se desarrolle y que continúe el proceso hasta su fin. Las consecuencias dejaron de ser distintas según se trate de actor o demandado.

259

IV.1.1.9. Actividades en la audiencia del proceso ordinario

Las actividades que expresamente están previstas en la ley son:

- a) La ratificación de la demanda y contestación y aclaración de puntos oscuros si a juicio del tribunal existen puntos oscuros o imprecisos.
- b) El dictado de la sentencia que condena al pago de rubros no controvertidos con accesorias legales, recargos, reajustes e intereses. Se produce aquí una sentencia definitiva parcial, en tanto hay fallo que pone fin al proceso por lo menos en parte. Sobre esa sentencia cabe la apelación sin efecto suspensivo (artículo 14, numeral 2). En este caso, deberá formarse un pieza por separado, en la cual se sustanciará el trámite ulterior de la sentencia parcial, que puede ser la ejecución de la misma (artículo 14, numeral 2) o para que se tramite el recurso de apelación en la forma prevista por el artículo 17 de la ley. En este caso, el apelante dispondrá del plazo de diez días hábiles para fundar los agravios del recurso de apelación que debió interponer en la audiencia.
- c) La conciliación por los demás rubros, si hubiera existido una sentencia definitiva parcial, o por todos, si no se hubiera podido dictar la sentencia de condena parcial, porque no hubo allanamiento o rubros no controvertidos.
- d) La fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba que habían sido fijados provisoriamente en la segunda providencia ordenatoria. Esta providencia admitirá recurso de reposición y apelación con efecto diferido. La ley manda proponer y anunciar el recurso en la audiencia, pero sus fundamentos pueden ser expresados con la apelación o con los fundamentos de la apelación de la sentencia definitiva.
- e) El diligenciamiento de prueba que el Tribunal estime necesario, que deberá ser culminado en la audiencia. Contra esta decisión judicial también se habilitan los recursos de reposición y de apelación con efecto diferido, debiéndose interponer en la propia audiencia, aunque sus fundamentos pueden ser expresados al momento de apelar la sentencia definitiva que pone fin a la instancia.
- f) La ley prevé que el alegato de bien probado se pueda realizar en la audiencia, una vez finalizada la recepción de la prueba, en cuyo caso, el mismo será oral e inmediato. También la ley prevé la posibilidad que las partes se reserven hacerlo por escrito dentro del plazo de seis días. Se produce en este caso una nueva modificación de la ley original por considerar de manera independiente los

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMO
THE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

plazos para alegar con el que contaban las partes si lo hacían fuera de la audiencia y el plazo para dictar sentencia definitiva del juez. La disposición modificada subsumía el plazo para alegar por escrito en el plazo para dictar sentencia, reduciendo este último en proporción al plazo concedido a las partes para apelar. La actual redacción otorga plazos independientes de seis días para apelar y veinte días para dictar la sentencia definitiva, lo que prolonga la duración del proceso.

- g) Si la sentencia definitiva final se dicta en la audiencia, se debe anunciar la apelación en la misma audiencia disponiéndose de un plazo de diez días para expresar y fundar los agravios. Si fuera dictada fuera de audiencia, en el mismo plazo, esto es diez días, se debe interponer y fundar el recurso por escrito.
- h) En caso de inasistencia de ambas partes, la ley ordena el archivo del expediente sin más trámite, lo que habilita que el mismo pueda ser retomado en la etapa del proceso en que fue archivado.

Dentro de esta disposición normativa se regula la prórroga de la audiencia a la que ya hemos referido y el trámite de los incidentes que se produzcan fuera de audiencia, para los cuales se prevé un breve trámite de traslado y sustanciación (artículo 14, numeral 7 en la redacción dada por la ley 18.847).

IV.1.1.10. Sentencia definitiva de la primera instancia

Según el artículo 15, la sentencia se dicta en la audiencia o dentro del plazo de veinte días siguientes a la audiencia única. Si se dicta fuera de audiencia, el juez no tiene que citar nueva audiencia, solo fija la fecha en que se dictará la sentencia y deberá notificarla electrónicamente el mismo día en que la dicta.

Si la sentencia fuera de condena, debe establecer el monto líquido de la misma. La ley se refiere a «monto líquido», lo que significa que la sentencia tiene que indicar expresa y claramente el monto de la condena, el *quantum debeatur*, sobre la base de un cálculo aritmético claro y concreto. Para establecer el valor de la condena, la ley le ordena que se incluya en el cálculo el valor de las multas, intereses, actualizaciones y recargos correspondientes, así como los daños y perjuicios establecidos por el artículo 4 de la ley 10.449 que los establece preceptivamente cuando se trate de créditos de naturaleza salarial.

IV.1.2. La segunda instancia del proceso laboral ordinario

La sentencia definitiva de primera instancia admite el recurso de apelación, que se interpondrá si fuera dictada en audiencia en la misma, contando con diez días para fundar el recurso; o, si fuera dictada fuera de audiencia, se interpondrá y fundamentará en el mismo plazo.

El artículo 17 de la ley 18.572 estableció dos novedades importantes que tienen relación con la segunda instancia. Una de ellas es la creación de una serie de plazos que intentan reducir los tiempos muertos del proceso y la otra el requisito del depósito del 50% del monto de la condena de la sentencia de primera instancia para habilitar el recurso de apelación. Esta última novedad fue la segunda de las tres disposiciones de la ley que fueron declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia por considerar que infraccionaba el principio de igualdad procesal.

En respuesta a esta observación, el legislador de la ley 18.847 eliminó el requisito que pretendía evitar o al menos disminuir las apelaciones con un simple afán dilatorio del proceso judicial y asegurar al trabajador ganancioso un pronto pago en el caso de que la sentencia de primera instancia fuera confirmada.

IV.1.2.1. Los plazos y términos de la segunda instancia

La nueva ley estableció en forma detallada, plazos para las partes, para los jueces y para la oficina del juzgado. Uno de estos plazos es que la ley le impone a la oficina del juzgado, a los efectos de elevar el expediente al Tribunal de Apelaciones que corresponda según la distribución realizada.

A su vez, se determinan plazos para la oficina del Tribunal de Apelaciones para realizar el giro del expediente dentro del propio Tribunal que está integrado por tres ministros. También se establecen plazos para los ministros del Tribunal de alzada, a los efectos del señalamiento de la fecha del acuerdo, antes de pasar a estudio simultáneo del expediente y para dictar la sentencia una vez que la misma fue acordada. En caso de discordia, la ley establece que el sorteo del miembro integrado para lograr la mayoría se realice en el mismo acuerdo y con los votos necesarios se dictará sentencia en el mismo plazo.

La ley prevé un plazo de cinco días hábiles para que la oficina del órgano que conoció en primera instancia eleve el expediente al superior que corresponda. Establece también, un plazo de treinta días corridos para dictar sentencia, contados desde que los autos ingresaron, indicando también que, para el caso de los órganos colegiados, el señalamiento de la fecha del acuerdo debe realizarse en el plazo de 48 horas, desde que el expediente ingresa al Tribunal. Indica también que los ministros de los Tribunales de Apelaciones tienen un plazo de siete días corridos para el estudio simultáneo del expediente y de diez días hábiles para dictar sentencia desde la fecha del acuerdo. En caso de discordia, el Tribunal se integrará mediante el tradicional sorteo y, reunidos los votos, se dictará sentencia en el plazo de diez días hábiles. En estos casos el plazo de treinta días se extenderá proporcionalmente.

Se establecieron con rigor procesal los plazos de la segunda instancia, buscando al mismo tiempo desplegar en esta instancia el mismo activismo judicial que se ha planteado para los grados inferiores. En esta instancia,

resulta necesario instrumentar los mecanismos tecnológicos adecuados para poder desarrollar correctamente la forma de trabajo propuesta en la ley. Resulta también necesario destacar que la modernización del sistema judicial es una pieza fundamental para que los Tribunales de Apelación puedan cumplir con los plazos indicados en el nuevo régimen. La aplicación de tecnologías modernas es una decisión que la Suprema Corte debe implementar rápidamente para lograr que los Tribunales operen tranquilamente dentro del mandato legal.

IV.2.El proceso de menor cuantía

Como hemos indicado antes, el proceso de menor cuantía es aplicable a los asuntos cuyo monto no sea superior a los \$ 81 000 (artículo 19). La suma prevista en la ley puede ser actualizada por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), pero desde que la ley 18.587 está en vigor desde el año 2009 este monto no ha sido actualizado.

Para su implantación en el poder judicial, se crearon nuevos juzgados llamados Juzgados Letrados de Instancia Única, que poseen la misma jerarquía que los letrados que participan en el proceso ordinario que no es de instancia única.

El hecho de que el proceso se agote en una única instancia es una innovación para nuestro país, que siempre mantuvo estructuras procesales de doble o triple instancia. Sin embargo, esta innovación tiene ejemplos en el derecho comparado que han funcionado correctamente⁸. Como se ha dicho reiteradamente, la esencia del debido proceso no está en el número de instancias sino el cumplimiento del derecho a ejercer la defensa, a ser oído. Las garantías del debido proceso no dejan de cumplirse porque las resoluciones judiciales no puedan ser examinadas por otro órgano jurisdiccional en instancia ulterior. Es irrelevante para que se ofrezcan plenamente las garantías del debido proceso, la supresión de etapas, recursos, o instancias, restricción de excepciones o de ritualidades, y aún de oportunidades procesales⁹. Quiere decir que la instalación de un proceso breve y de única instancia, sin apelación posible, es una estructura procesal compatible con la teoría del debido proceso como fórmula de garantía para poder ejercer una adecuada defensa en juicio.

IV.2.1. Demanda. Acto de proposición

En el artículo 20 se establece que la demanda en este proceso de menor cuantía será escrita y se deberá presentar en la forma prevista

8 Alemania, España e Italia en Europa, Brasil y Colombia en América. Conf.: Garmendia Mario. Tribunal del Abogado No. 164 p. 30 citando a Toledo Filho, Manoel Carlos, Derecho Procesal del Trabajo Comparado. (presentación en power point). En la República Argentina existen varios ejemplos de procesos laborales de instancia única: el régimen de la provincia de Buenos Aires, de Córdoba, Formosa, Mendoza, Río Negro, Santiago del Estero. Conf. Ackerman, M. T IX p. 65.

9 ALVAREZ ESCURSELL, Gerardo. «El debido proceso y la instancia única». *Revista Judicatura*, 40 (1999), p. 806.

en el artículo 8 para el proceso ordinario. Como ya quedó dicho, un aspecto que adquiere una relevancia particular en este proceso es la determinación del monto del asunto y por eso la forma en que se exprese y se dé a conocer la pretensión económica al presentar la demanda es un aspecto fundamental que incide sobre la competencia en razón de cuantía del órgano judicial competente.

Igual que en el proceso ordinario, el monto del asunto se determina considerando:

- a) Todos los componentes de la pretensión económica. Como ha sido ya señalado, el actor debe realizar una liquidación detallada que incluye las multas, intereses y actualización del decreto ley 14.500 a la fecha de la demanda de cada rubro, así como el porcentaje de daños y perjuicios que se pretendan. Ese monto será el que se considere para aplicar este proceso.
- b) Si se trata de una demanda plurisubjetiva, el monto del asunto se determina sumando el total de los rubros reclamados por todos los sujetos que reclaman.

IV.2.2. Traslado y convocatoria a audiencia

Este es el tercer y último punto que fue observado por la Suprema Corte de Justicia. El artículo 21 disponía que la contestación de la demanda se realizaría en la propia audiencia judicial, pero esta disposición fue declarada inconstitucional porque no indicaba concretamente cuál era el plazo del que disponía el demandado para contestar la demanda, en tanto que desde la notificación y traslado de la misma hasta la realización de la audiencia no existía un plazo cierto fijado por la ley. La ley 18.847 resolvió la observación disponiendo una nueva estructura para este proceso de menor cuantía e incluyendo un plazo de diez días para contestar la demanda y oponer las excepciones procesales por escrito antes de la audiencia judicial de precepto. De esta manera se extendió la duración del proceso pero se salvó la observación antes referida.

Igualmente, el actor deberá evacuar el traslado de las excepciones en la misma audiencia.

Una vez contestada la demanda, el Tribunal deberá disponer: a) el objeto del proceso y de la prueba, que es también provisorio; b) se pronuncia sobre la prueba ofrecida y su diligenciamiento; c) convoca a las partes a la audiencia que deberá fijarse en un plazo no mayor diez días; d) el juez debe instrumentar todos los mecanismos necesarios para que la prueba quede cumplida en la audiencia única.

263

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMO

THE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

IV.2.3. Audiencia única del proceso de menor cuantía

IV.2.3.1. Actividades de la audiencia

El contenido de la audiencia única se ha simplificado a instancia de la reforma operada por la ley 18.847.

- a) La ratificación de las partes de sus respectivos escritos.
- b) El traslado de las excepciones de la demandada al actor quien deberá evacuarlo en la propia audiencia aunque serán resueltas en la sentencia definitiva.
- c) Se intenta la conciliación y se fija definitivamente el objeto del proceso y de la prueba.
- d) Se recibe la prueba ofrecida que corresponda al objeto establecido. La prueba ofrecida que no pueda ser diligenciada en la audiencia resulta no admisible. Salvo lo previsto para la prorrogación de audiencia, que es también una modificación introducida por la ley 18.847.
- e) Los alegatos en este proceso son solo en audiencia: no existe la posibilidad de que las partes aleguen por escrito y lo hagan fuera de la audiencia.
- f) La sentencia puede ser dictada en audiencia o dentro del plazo de seis días y fuera de audiencia, a cuyos efectos el juez fijará fecha y hora.
- g) También se establece la posibilidad de prorrogar la audiencia por única vez y por un plazo de seis días exclusivamente.

IV.2.4. Sentencia definitiva

La sentencia definitiva, que debe dictarse en audiencia o en el plazo de seis días, no admite el recurso de apelación, pero si son posibles los recursos de aclaración y ampliación. Las providencias dictadas en el curso del proceso admiten el recurso de reposición. Este recurso no es admisible para la sentencia definitiva. Cuando alguno de estos recursos sea procedente y la sentencia sea dictada fuera de audiencia, la parte dispondrá de tres días para interponerlo y el mismo plazo tendrá el juez para sustanciarlo y resolverlo.

IV.3. Disposiciones generales a ambas estructuras procesales

IV.3.1. Representación judicial

Con la mera firma de la demanda y con su presentación en el juzgado y hasta que el trabajador no lo modifique por manifestación expresa, el letrado patrocinante queda investido de la representación en el proceso

con las más amplias facultades, salvo la cesión de créditos. Esta forma de representación judicial está prevista solo para el trabajador.

IV.3.2. Los plazos procesales

El artículo 26 de la ley establece todos los plazos previstos son de carácter perentorio e improrrogable. El transcurso del plazo con esta naturaleza genera automáticamente el impulso procesal del tribunal, favoreciendo el desarrollo del proceso sin dilaciones.

Los plazos son parte de la estructura legal del proceso y por lo tanto tiempo y proceso son dos conceptos muy fuertemente ligados. La ley establece plazos para las partes, para el juez y para la oficina del tribunal, buscando que no existan «tiempos muertos» en el transcurso del proceso.

De esta manera, podemos sistematizar el régimen de plazos:

- a) Se cuentan a partir del día hábil siguiente a la notificación.
- b) Los plazos para el Tribunal son todos de 48 horas, salvo que se establezca otra cosa en forma específica.
- c) Los plazos que se cuentan por día se suspenden solo en las ferias judiciales y la semana de turismo.
- d) Los plazos de hasta 15 días solo computarán los días hábiles y los mayores de 15 días se contarán por días corridos.
- e) Los plazos que finalicen el día inhábil se considerarán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.
- f) Los plazos vencen en el último momento del horario de la oficina.

IV.3.3. Las notificaciones electrónicas y proceso digital

La ley 18.847 introduce dos disposiciones nuevas en el régimen jurídico que indican que todas las providencias, salvo el traslado de la demanda emplazamiento, que se notifican en el domicilio del demandado, se notifican electrónicamente. Quedan exceptuados aquellos lugares donde no se haya implantado la comunicación electrónica, en cuyo caso la notificación se hará *ficta* en la oficina, excepto en los casos en que el Tribunal disponga que la notificación se practique en el domicilio constituido en autos (artículo 25). Complementariamente, esta misma ley dispuso que deberá implantarse en la justicia laboral el expediente electrónico, lo que constituye otra innovación que agiliza el trámite del proceso.

IV.3.4. Criterios para la interpretación e integración

El artículo 30 establece los criterios para la interpretación de las normas procesales, indicando que esta tarea debe considerar los principios del

265

LA REFORMA
DEL PROCESO
LABORAL EN
URUGUAY.
EL REGRESO
AL PROCESO
LABORAL
AUTÓNOMO
THE REFORM
OF THE LABOR
PROCESS IN
URUGUAY. THE
RETURN TO THE
AUTONOMOUS
LABOR PROCESS

artículo 1 de la ley 18.572 y los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad.

Por su parte, en el artículo 31 se establecen los criterios para la integración del derecho laboral procesal, estableciendo un orden de prelación y considerando, en primer lugar, las disposiciones especiales de la materia laboral, lo que permite recurrir, para integrar el vacío legal, a las normas de los procesos especiales de la materia laboral a los que hemos hecho referencia al aludir a la ubicación de los procesos comunes en el sistema laboral procesal uruguayo. En segundo lugar, podrá recurrirse a las normas del Código General del Proceso bajo tres reglas de admisibilidad, a saber: a) serán aplicables las disposiciones normativas de la ley procesal civil en la medida que las mismas se ajusten a los principios del artículo 1 de la ley, b) en tanto su aplicación no sea contraria a lo dispuesto en los principios y reglas del bloque de constitucionalidad, y c) en tanto no contradiga los principios del derecho del trabajo.

Esta arquitectura diseñada por el legislador en el artículo 31 daría para más desarrollos doctrinarios y explicaciones, pero solo destacaremos ahora que, a través de esta norma, el sistema laboral procesal mantiene intacta su autonomía, haciendo posible la integración con el derecho procesal civil, bajo determinadas condiciones de admisibilidad.

IV.3.5. Otras normas de interés

El nuevo régimen consagra expresamente el principio de gratuidad en todas las actuaciones administrativas y judiciales para el trabajador, incluidos impuestos, tasas registrales y catastrales, certificados, etcétera.

Asimismo, se crea una multa por la omisión de pago de créditos laborales que se genera automáticamente desde la exigibilidad, sin necesidad de proceso judicial o sentencia judicial, equivalente al 10% del crédito adeudado. Se trata de una norma sustantiva y no procesal, incluida para desestimular el incumplimiento de los derechos laborales.

Con la ley 18.847 se modifica el trámite de algunos procesos especiales, buscando la celeridad de los mismos, acudiendo a estructuras procesales autónomas como el proceso ordinario de la ley 18.572, en lugar de otras que aunque extraordinarias no han resultado eficaces a la hora de ponderar su funcionamiento. En concreto, el proceso de tutela general de la ley sobre libertad sindical se separa de la estructura extraordinaria del proceso civil y el proceso de infracción a la ley de igualdad de trato se tramita por la estructura del proceso ordinario de la ley 18.572.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

Acceso a justicia laboral en Centroamérica

Access to labor justice in Central America

FERNANDO BOLAÑOS*

Resumen: Esta ponencia nos presenta una reflexión de carácter general sobre los valores y principios más importantes que subyacen a un sistema de acceso a la justicia laboral democrático, eficiente y justo. El trabajo pretende además establecer una vinculación sistemática entre los conceptos de institucionalidad y de acceso a la justicia, refiriéndose a la interrelación entre ambas nociones y entre los valores que alimentan el uno y el otro. A los propósitos del trabajo se mencionan y analizan entonces cuatro grandes subtemas: la transparencia, el equilibrio de las partes en el proceso laboral, el problema de la justicia pronta, y el principio de tutela judicial efectiva. Todo lo anterior con referencias a la legislación centroamericana y de República Dominicana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: equilibrio – celeridad – concentración – tutela judicial efectiva

Summary: This paper presents a reflection of general character on the most important values and principles that underlie a system of access to the democratic, efficient and fair labor justice. The paper also tries to establish a systematic connection between the concepts of institutionality and access to justice, referring to the interrelationship between both notions and values that feed one another. For work purposes are mentioned and then analyzed four great subthemes: transparency, balance of parties in the labor process, the issue of speedy justice and the principle of effective judicial guardianship. All the above with references to Central America and Dominican Republic legislation and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: balance – swiftness – concentration – effective judicial guardianship

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. VALORES QUE SUBYACEN AL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LABORAL.- II. EL TEMA DEL EQUILIBRIO DE LAS PARTES EN LA JUSTICIA LABORAL.- III. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA PRONTA.- IV. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

INTRODUCCIÓN

El tema del acceso a la justicia laboral, tanto en mi país, Costa Rica, como en el resto de Centro América, ya ha sido analizado de manera

* Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Estatal a Distancia (UNED) y de la Universidad Nacional, en Costa Rica. Consultor externo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y autor de varios libros, tales como *La libertad sindical en Costa Rica*, *Estado social de derecho y negociación colectiva*, y *Alcances de la libertad sindical*.

plausible desde el punto de vista comparativo, señalando diferencias y similitudes, pero sobre todo deficiencias. Así un grupo de investigadores, de la «Iniciativa Regional para la Responsabilidad Social y el Trabajo Digno», auspiciados por la Unión Europea, realizaron esa labor en el año 2007¹. En el año 2010, bajo iniciativa de la Asociación Centroamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y con la colaboración de la Oficina Regional de la Organización Internacional del Trabajo, se solicitaron informes nacionales para conjuntar una obra plurinacional sobre «Administración de Justicia Laboral en América Central, Panamá y República Dominicana». Se trata de un nuevo estudio que seguramente permitirá también realizar valiosas comparaciones y señalar los principales problemas de la justicia laboral en el área centroamericana y del Caribe.

Dado que existen esfuerzos como los anteriores, nos ha parecido más prudente en este momento abordar el tema del acceso a la justicia laboral en Centroamérica desde una perspectiva menos interesada en el derecho positivo de cada nación, y más en los valores que subyacen a la idea de una justicia laboral justa, democrática y eficiente para todos los pobladores del área. Nuestra preocupación principal entonces es el tema de la justicia laboral desde su perspectiva institucional, y de cómo, a partir de esta perspectiva, se puede contribuir a mejorar nuestras sociedades.

I. VALORES QUE SUBYACEN AL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LABORAL

Existe una indudable relación entre desarrollo social y económico, por una parte, y calidad institucional por la otra. En este sentido, «la calidad de las normas, la medida en que estas incentivan u obstaculizan la actividad empresarial, profesional y laboral, es un elemento institucional importante»². Se trata ciertamente de que exista seguridad jurídica, como fundamento de una sociedad organizada para el trabajo y para el mercado, pero también de un convencimiento natural en el valor de las instituciones y en la necesidad de regular el comportamiento de las empresas y de los individuos, así como de una Administración de Justicia garante de todo el sistema. En palabras de Carlos Sebastián, «la garantía del cumplimiento de las leyes y de los contratos necesita una Administración de Justicia eficaz e independiente. Pero también unos

1 Ver CHICAS, Francisco, Sonia RUBIO & Astrid VALENCIA. *Obstáculos a la justicia laboral en Centroamérica y el Caribe: análisis comparativo*. El Salvador: Iniciativa Regional para la Responsabilidad Social y el Trabajo Digno, 2007.

2 Carlos SEBASTIÁN. «Instituciones y crecimiento económico: un marco conceptual». *Claves de Razón Práctica* 166 (2006), pp. 24-31, p. 27.

valores sociales que no sean tolerantes con los incumplidores. Ambos aspectos se refuerzan mutuamente»³.

La seguridad jurídica desaparece cuando las instituciones son débiles, cuando la administración de justicia es venal o corrupta y cuando el sistema de valores que subyace al ordenamiento jurídico no es lo suficientemente fuerte para castigar al infractor. En palabras del profesor de la Universidad de Murcia, Fernando Jiménez, y con apoyo de autores como Rohtstein y Uslaner,

[...] en aquellos sistemas políticos en los que las políticas gubernamentales son ineficientes, parciales (persiguen el beneficio de grupos sociales particulares) y corruptas, se imposibilita el desarrollo de un sentido de solidaridad social y se estimula la confianza particularizada en diferentes grupos sociales por encima de la confianza generalizada en toda la sociedad. Cuando ocurre esto, cuando la confianza que prevalece es la que se deposita en la propia familia, clan, etnia o partido político, la política en esa sociedad se convierte en «un juego de suma cero entre grupos en conflicto»⁴.

Ahora bien, el funcionamiento correcto de las instituciones de un Estado, y particularmente las que refieren a la administración de justicia, repercuten de vuelta, ya no solo en el sistema de valores de una sociedad, sino también en las expectativas que tienen los ciudadanos del funcionamiento de esas instituciones. Si los ciudadanos estiman que las instituciones y, particularmente la Administración de Justicia, sea en vía administrativa (Ministerios de Trabajo por ejemplo), o en vía judicial, no funcionan correctamente, se genera desconfianza e incluso una actitud de cinismo contra el sistema que termina relajando la capacidad de reacción de esa misma ciudadanía ante las instituciones deficientes y ante la corrupción⁵. Cuando se pierde esa capacidad de reacción, el sistema institucional entra en un círculo vicioso que atenta contra la normalidad democrática y el desarrollo económico mismo.

En el mundo del Derecho del Trabajo, particularmente, la ausencia de un sistema democrático y eficiente de acceso a la justicia, comporta un efecto adicional que consiste en un aumento del desequilibrio social entre capital y trabajo, favoreciendo las prácticas desventajosas para los trabajadores al interior de las empresas y fortaleciendo relaciones de trabajo abiertamente expoliadoras. Posiblemente a ello se refiere Ciudad Reynaud cuando señala que «La falta de fiscalización y las dificultades de acceso a la justicia han contribuido a la flexibilización de

3 L. cit.

4 JIMÉNEZ, Fernando. «¿Se puede prevenir la corrupción?». *Claves de Razón Práctica*, 213 (2011), pp. 8-15, p. 9.

5 Ver en este sentido, el mismo artículo de Fernando Jiménez, donde se refiere a la situación española (*ibidem*, p. 13).

las relaciones laborales, probablemente en mayor medida que algunas reformas legales, y se justifican en el temor a la destrucción de empleos que podría provocar una aplicación estricta de la legislación»⁶.

Siguiendo a este mismo autor, no cabe la menor duda de la íntima relación existente entre justicia laboral y trabajo decente, de modo que el acceso a la justicia laboral tiene una repercusión inmediata en las condiciones económicas y sociales de la mayoría de los trabajadores asalariados de aquellos países donde el trabajo decente es por ahora solamente una aspiración en el tiempo⁷.

Pareciera necesario plantearse entonces cuáles son los valores que deberían sostener un sistema de justicia laboral para que este resulte democrático, justo, eficiente, y sobre todo, confiable para los ciudadanos que lo utilizan. Desde mi punto de vista existen al menos cuatro valores que se requiere desarrollar como puntales del sistema: transparencia, equilibrio, justicia pronta, y tutela judicial efectiva.

La transparencia es un elemento de carácter social y moral que se obtiene con la rendición de cuentas, con una debida apertura ante la sociedad, y con un sistema de elección de autoridades administrativas y judiciales que garanticen el acceso democrático y en igualdad de condiciones a los puestos desde los cuales se administra la justicia administrativa o judicial. Dado que profundizar en este tema nos alejaría de los objetivos originales de este trabajo, no vamos a insistir en este tema, de modo que podamos dedicar las siguientes páginas a los otros valores mencionados.

II. EL TEMA DEL EQUILIBRIO DE LAS PARTES EN LA JUSTICIA LABORAL

En el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el equilibrio de intereses y, por tanto, de poderes y de facultades de las partes, dentro del sistema de justicia laboral, presenta caracteres propios, los cuales van más allá de una igualdad formal dentro del proceso y de la garantía del contradictorio. Existiendo, como se conoce, una parte que normalmente se presenta a los procesos administrativos y judiciales en inferioridad de condiciones materiales frente a su contraparte, el Derecho Laboral ha tutelado garantías de protección específica a favor de los trabajadores, con la intención de equilibrar en el mundo del derecho lo que resulta desigual en el mundo del mercado y de las relaciones sociales. Los instrumentos

6 CIUDAD REYNAUD, Adolfo. «Trabajo Decente y modernización de la justicia laboral. Las reformas procesales emprendidas en América Latina». *Derecho Laboral (Costa Rica)*, 2 (2011), pp. 20.

7 Sobre el particular, señala Ciudad Reynaud que «...la justicia laboral es un componente esencial del trabajo decente pues todos aquellos elementos que postula, que en términos de políticas públicas nacionales deben ser aplicados por el poder ejecutivo, en caso de conflictos jurídicos son resueltos en última instancia en sede judicial aunque en algunas ocasiones les corresponda un trámite previo en sede administrativa» (ibidem, p. 23).

que consagran derechos fundamentales a nivel internacional, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto se suscribió en San José, el 22 de noviembre de 1969⁸, suelen referirse a las garantías generales del habitante de un Estado frente a cualquier tipo de procedimiento judicial. Así, el artículo 8, III. 1, de la citada Convención establece el derecho de toda persona a ser oída,

con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador⁹, contiene una norma que, a nuestro juicio, permite ir más allá del garantismo tradicional en materia de derecho social, cuando en el artículo 32, inciso segundo, refiriéndose a la correlación entre deberes y derechos nos señala que: «Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática». El bien común, como concepto filosófico, y la seguridad del conglomerado social, como valor superior, constituyen en esta norma del Protocolo mencionado una excepción a lo que podría ser un principio de «neutralismo» absoluto entre los derechos de unos y otros, cuando de la relación laboral se trata. En efecto, encontramos razones de orden superior que exigen de cada ordenamiento legal una protección especial frente a los grupos más débiles, entre los cuales se encuentran los asalariados.

Varias opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han ratificado los criterios anteriores. Así, en la Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, el Alto Tribunal señaló:

En opinión de esta Corte, para que exista «debido proceso legal» es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia [...] Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas

8 La Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

9 Aprobado en Costa Rica por ley 7907 de 3 de setiembre de 1999.

de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas [...] ¹⁰

En el caso costarricense, estos principios superiores los vamos a encontrar claramente contenidos en el artículo 74 de la Constitución Política y en el artículo primero del Código de Trabajo. El referido artículo constitucional señala que los derechos y beneficios contenidos en el Capítulo de Garantías Sociales son irrenunciables, agregando que la enumeración de esos derechos, «no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional». Por su parte, el artículo primero del Código de Trabajo, señala que dicho Código «regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo y de acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social». Un interés especial por la protección de los derechos de los trabajadores la encontramos, por su parte, en el artículo 46 de la Carta de la Organización de Estados Americanos¹¹, reforzado por el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que específicamente compromete a los Estados parte a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). En complemento con lo anterior, y como bien lo ha señalado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todos estos instrumentos del Derecho Internacional deben relacionarse con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹².

Si bien no existe un convenio internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que de manera expresa señale la necesidad de un protección procesal específica a favor de los trabajadores,

¹⁰ Opinión consultativa disponible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm#_ftnref132

¹¹ El artículo indica que: «Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad».

¹² Ver al respecto, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 (*supra*, nota 11).

de cara al sistema de administración de justicia por los Estados partes, esa protección arranca de manera clara con la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944, donde ya en el artículo primero se señala que el trabajo no es una mercancía y se continúa en el artículo dos, inciso primero de la misma Declaración, el cual expresa que «todos los seres humanos, 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 libertad de oportunidades». Principios como el último han alentado convenios sobre la no discriminación en el empleo, como los convenios número cien y ciento once, que hoy se encuentran catalogados por la misma OIT como dos de los ocho convenios más importantes de la Organización.

El equilibrio sustantivo y procesal de los trabajadores, ha conocido, en el Derecho Laboral, diversos institutos como el principio protector, el principio de irrenunciabilidad, el principio de continuidad de la relación laboral y el principio de primacía de la realidad, todos recogidos de manera articulada en la doctrina latinoamericana de profesores de la talla de Americo Plá Rodríguez, Mario de la Cueva y Mario Pasco Cosmópolis. Vale decir que los principios propios del Derecho de Trabajo para equilibrar la relación laboral tampoco han sido ajenos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en el voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, que acompaña la Opinión Consultiva OC-18/03, se hace la siguiente observación de suyo importante:

La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que esta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan —para formar, por ejemplo, una relación de trabajo— el empleador, que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que solo dispone de sus brazos e intuye —o conoce perfectamente— que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones¹³.

13 En este sentido, el Juez García Ramírez hace la siguiente manifestación que no deja ninguna duda sobre el garantismo que se desprende de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en materia laboral: «La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las

En el mismo sentido, en su sentencia de fecha 2 de febrero de 2001, indicó la Corte Interamericana que:

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes¹⁴.

En cualquier caso, y como bien lo indican los autores del estudio previamente citado en este trabajo, titulado «Obstáculos a la justicia laboral en Centroamérica y el Caribe», el acceso a la justicia no se reduce al acceso formal a la instancia judicial, pues «entraña la existencia de instrumentos jurídicos no solamente judiciales, sino también administrativos y culturales que permitan el goce de los derechos»¹⁵.

Pues bien, dentro de los medios que los Estados ponen normalmente a disposición de los trabajadores para resolver factores de desigualdad real se encuentran los llamados principios de gratuidad y de patrocinio letrado. La gratuidad ha sido normalmente analizada en nuestros sistemas de derecho laboral, como la participación del trabajador en los procesos administrativos y judiciales sin necesidad de cubrir ninguna tasa judicial, sin la exigencia de afianzamiento de costas y con el pago a costa del Estado de los gastos normales del proceso. No obstante, y como bien lo señala el estudio arriba mencionado sobre la justicia laboral en Centroamérica y el Caribe, los problemas económicos a que se enfrenta el trabajador, normalmente, son mucho más serios y sutiles, pues el tiempo que dedica el trabajador a atender el juicio, el costo del transporte para desplazarse a los edificios judiciales o administrativos y el costo de trasladar testigos a una corte judicial, para poner ejemplos concretos, significan una desventaja de carácter económico evidente para una de las partes¹⁶.

El tema del patrocinio legal en nuestros países guarda de suyo una problemática muy especial, pues si bien lo normal es que los trabajadores no necesiten de abogado para acudir a los tribunales, pudiendo dirigir el asunto por su propia cuenta, lo cierto es que esta aparente ventaja termina convirtiéndose en una desventaja para el trabajador y en una

personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia» (Opinión Consultiva OC-18/03).

14 Ver sentencia de fecha 2 de febrero de 2001, disponible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/ AccesoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm#_ftnref132.

15 CHICAS, Francisco, Sonia RUBIO & Astrid VALENCIA. Ob. cit., p. 11.

16 *Ibidem*, pp. 38-39.

rémora para todo el sistema judicial, que de nuevo se vuelve contra la parte más débil de la relación jurídica procesal. Salvo el caso de Honduras, donde es requisito el patrocinio letrado, con excepción de los juicios de única instancia y en las audiencias de conciliación (artículos 703 y 711 del Código de Trabajo de Honduras); en Nicaragua (artículos 281, 284 y 308), El Salvador (artículos 374, 377, 379, 392 y 426), en Guatemala (artículos 321, 322 y 333), República Dominicana (artículo 510) y Costa Rica (artículos 445 y 447)¹⁷ la tónica es que los trabajadores pueden acceder a la jurisdicción laboral sin necesidad de patrocinio letrado. En la práctica, la ausencia de patrocinio letrado a favor del trabajador acarrea, según se dijo, dos problemas concretos de enorme trascendencia para el proceso. El primero es que los empleadores mayoritariamente suelen defenderse con la ayuda de un profesional en Derecho, lo cual crea una desventaja sensible dentro del proceso. El segundo es que el litigio sin ayuda profesional por parte del trabajador termina atascando el sistema judicial, por ejemplo a través de gestiones impertinentes de los trabajadores que, desconocedores del derecho, terminan atrasando y embrollando el curso normal de los procedimientos; o, por el contrario, por medio de omisiones en la gestión pronta de los expedientes judiciales, que sumada a la inexistencia real de la aplicación del principio de oficiosidad, se termina aletargando los procesos por mucho más tiempo del que naturalmente deberían durar¹⁸. Pero además, la ausencia de consejería profesional para el trabajador termina causando una disfunción seria en el sistema de administración de justicia, al requerir normalmente los trabajadores de las autoridades judiciales algunos tipos de ayuda, esto no debería ocurrir en un sistema normal de administración de justicia.

Ciertamente, la mayoría de los países del área centroamericana y del Caribe han tratado de paliar la desventaja que significa para los trabajadores el litigar sin patrocinio letrado mediante algunos sistemas de asistencia jurídica gratuita por parte de los Estados o de otras instituciones tales como universidades o Colegios de Abogados, etcétera. Así, se nos indica que en El Salvador existe un sistema de asistencia jurídica gratuita en la sede de la Procuraduría General de la República y que en República Dominicana existe también una oficina que asiste gratuitamente a personas de escasos recursos¹⁹. No obstante, tenemos entendido que en todos los países donde existen estos sistemas, los mismos resultan insuficientes para cubrir todas las necesidades de los trabajadores, aparte de que normalmente se trata de servicios que, por

17 En el caso de Costa Rica, el Proyecto de Código Procesal Laboral, actualmente en la Asamblea Legislativa, exige el patrocinio obligatorio para el trabajador.

18 En el caso de Costa Rica, se ha calculado que un 60% de los trabajadores, si no más, litigan sin patrocinio letrado, lo cual significa un lastre para el sistema judicial y una desventaja clara para los trabajadores.

19 CHICAS, Francisco, Sonia RUBIO & Astrid VALENCIA. Ob. cit., pp. 51-52.

su saturación y pocos recursos, no resultan funcionales ni adecuados para garantizar una prestación medianamente eficiente del servicio²⁰.

No puede obviarse aquí que el funcionamiento de un sistema jurisdiccional moderno y justo requiere de un sistema de asistencia jurídica gratuito para las personas de bajos recursos económicos. Así lo demuestra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹, que en su artículo 47.3 concede una asistencia gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia²². Ahora bien, mientras el sistema sea insuficiente o disfuncional, como en el caso de la mayoría de países que lo han incorporado a sus ordenamientos, o meramente subsidiario como sucede en Costa Rica con los servicios que prestan algunas universidades, la desventaja procesal apuntada líneas atrás subsiste y se consolida como un vicio del sistema.

Si se quiere resolver la desventaja que significa la pobreza como factor de desventaja por parte de un sector de quienes utilizan los servicios de justicia laboral, de cara a un verdadero equilibrio procesal, los países centroamericanos y del Caribe deberán resolver al menos tres grandes temas: 1) si la permisividad para actuar sin patrocinio letrado no debe ser superado, como forma de alcanzar una justicia laboral más eficiente y equilibrada; 2) si los servicios de asistencia letrada gratuita a los trabajadores que lo requieran deben ser reformados para garantizar, con fondos nacionales o externos, un sistema funcional y de calidad profesional de este tipo de servicios²³; 3) si los servicios de asistencia legal gratuita deben ser complementados con determinados subsidios para que el trabajador pueda subvenir a ciertos costos del proceso, tales como la preparación y formalización de las pruebas, pago de peritos, gastos de transporte, etcétera, sin perjuicio de que el Estado pueda recuperar luego esos costos cuando la parte contraria resulta condenada al reconocimiento de los costos del proceso.

III. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA PRONTA

La doctrina del Derecho Procesal Laboral ha incorporado a esta disciplina varios principios que se relacionan con el tema de justicia

20 *Ibidem*, p. 51.

21 Adoptada en Niza en el año 2000. El Tratado de Lisboa de diciembre del año 2007 le confirió a esta Carta plena juridicidad dentro de la Unión Europea.

22 VALDÉS DALRÉ, Fernando. «La asistencia jurídica gratuita en los derechos comunitarios y europeos». Ponencia presentada en Acto de Clausura Subregional sobre el tema de asistencia legal gratuita, como parte del Proyecto Fortalecimiento de Justicia Laboral en América Central y República Dominicana, auspiciado por la OIT, realizado en Guatemala, del 22 y 23 de mayo de 2008.

23 En España, se consideran «recursos insuficientes», para el objeto de acceder a servicios de asistencia legal gratuita en materia laboral, que los ingresos totales por unidad familiar no excedan del doble del salario mínimo fijado cada año por el Gobierno. En enero de 2008 esa cifra era de 600 euros al mes (*ibidem*).

pronta. Me refiero a los principios de celeridad y de concentración. Estos principios se manifiestan normalmente en los Códigos de Trabajo de Iberoamérica por medio de plazos cortos para presentación de pruebas, de plazos perentorios para la enunciación de alegatos de las partes para dictar el fallo y para resolver los recursos. El principio de concentración se manifiesta por medio de normas que propician la mayor cantidad de actividad procesal en la menor cantidad de audiencias. Como otra manifestación del principio de justicia pronta, aunque seguramente relacionada también con la naturaleza propia de los intereses que se mueven en el mundo del trabajo y la necesidad de que empresas y trabajadores cuenten con soluciones rápidas a los conflictos laborales, existe el instituto de la conciliación como etapa inicial e indispensable del proceso, aunque también como expresión de la importancia de los medios alternativos de solución de conflictos.

Desgraciadamente, ninguno de estos principios tiene una aplicación eficiente en Centroamérica y el Caribe, donde lo normal es encontrar una justicia laboral retardada e ineficiente. Es interesante establecer que si nos atenemos a los plazos contenidos en los respectivos Códigos de Trabajo del área, si bien no existe una norma que de manera expresa establezca la duración del proceso judicial ordinario, desde la interposición de la demandada hasta la sentencia definitiva, ese plazo bien podría ser de un mínimo de dos meses, que aun en el peor de los casos, pensando en naturales atrasos del procedimiento, no debería ser superior a ocho meses²⁴. Al respecto se nos dice que los juicios laborales en Guatemala duran un promedio de tres años, que en Nicaragua la situación es similar y que en Costa Rica, los juicios laborales de mayor cuantía tienen un promedio de duración de veintidós meses con tres semanas²⁵. Posiblemente, los promedios anteriores esconden el hecho más grave de que existen juicios que se extienden bastante más de los tres años, con duraciones superiores a los cinco años o extraordinarias de diez años. Ciudad Reynaud se refiere a esta realidad cuando realiza la siguiente descripción de nuestros sistemas jurídico procesales:

En la mayoría de los países tenemos procedimientos judiciales laborales fundamentalmente escritos y altamente formalistas, donde el juez sentencia prácticamente sin conocer a las partes, sin tener el debido contacto directo con ellas, sino en base a escritos reunidos en voluminosos expedientes, y donde los procesos son sustanciados fundamentalmente por auxiliares o asistentes. El procedimiento es tan complejo y tortuoso que dura de cuatro a ocho años, y a veces más, por lo que la solución llega tan a destiempo que deja de ser un remedio para las partes²⁶.

24 CHICAS, Francisco, Sonia RUBIO & Astrid VALENCIA. Ob. cit., p.35.

25 *Ibidem*, p. 53.

26 CIUDAD REYNAUD, Adolfo. Ob. cit., p.24.

Los Códigos de Trabajo de América Central y el Caribe prevén una etapa de conciliación, la cual se puede ubicar luego de que se ha trabado la *litis*, esto es, después de que se ha dado la contestación de la demanda o de la reconvencción y antes de la evacuación de prueba. Este es el caso de Nicaragua y Costa Rica. Se presenta también dentro de los ordenamientos legales el hecho jurídico de conciliaciones ubicadas inmediatamente después de formalizadas las demandas, donde la audiencia de conciliación sirve para que durante esa etapa se conteste la demanda (casos de El Salvador, Guatemala y Honduras). Finalmente tenemos el caso de República Dominicana en el que la conciliación es un acto previo al desarrollo del proceso judicial, por cuanto a tenor del artículo 487 del Código de Trabajo de ese país, «ninguna demanda relativa a conflictos de trabajo puede ser objeto de discusión y juicio sin previo intento de conciliación».

Varios aspectos afectan la conciliación en nuestros países. El primero es la falta de formación de los jueces que realizan la conciliación a la hora de dirigir esta etapa del proceso, lo cual impide que se dé a esta fase la importancia requerida. Expresamos lo anterior porque en los juicios individuales de trabajo es el mismo Juez del Despacho quien normalmente realiza la conciliación. La excepción a esta regla se da en los conflictos colectivos de trabajo en que pueden aparecer tribunales colegiados de conciliación y arbitraje (artículo 294 del Código de Guatemala, artículos 507 y siguientes del Código de Trabajo de Costa Rica). El segundo es el peligro de que bajo la forma de una conciliación se viole el principio de irrenunciabilidad, produciéndose el hecho de que ante la duración de los procesos tan marcadamente larga, los trabajadores y los jueces terminen aceptando condiciones de solución de los conflictos jurídicos que en otras condiciones no se admitirían. No contamos con cifras para referirnos a los esfuerzos fallidos de conciliación en nuestra área ni al poco uso que se le da a este importante instrumento de solución de conflictos²⁷. No obstante, la duración excesiva de los procesos da cuenta

27 En el caso costarricense, el Poder Judicial implementó un sistema de impulso a las conciliaciones judiciales dentro de las distintas jurisdicciones, a partir del año 2004, con fundamento en la llamada ley RAC (Ley de la Paz Social y de Resolución Alternativa de Conflictos). De acuerdo al informe presentado por el Magistrado Rolando Vega en la sesión de Corte Plena 014-05 del 23 de mayo de 2005, las experiencias más positivas han sido en el campo penal, mas no así en el campo laboral. Señaló el Magistrado Vega en su informe lo siguiente: «Se atendieron asuntos en todas las materias: laboral, civil, agrario, penal, tránsito, contravenciones, familia y el resultado durante el primer semestre del 2004 fue un total de mil cuarenta (1040) expedientes con conciliaciones positivas, o por llamarlo de otra manera con acuerdos conciliatorios. Se atendieron tres mil seiscientos cincuenta y cinco (3655) personas, se atendieron mil trescientos cincuenta y tres (1353) asuntos, se resolvieron mil noventa y ocho (1098) asuntos con mil cuarenta (1040) acuerdos conciliatorios y cincuenta y ocho (58) asuntos archivados, esto solamente durante el primer semestre del 2004. Durante el segundo semestre del año pasado, se siguieron realizando estas audiencias en todos los circuitos judiciales, intentamos nuevamente realizar experiencias en todas las materias para tratar de valorar aspectos positivos y negativos, comportamientos por zonas geográficas y comportamientos también por circuitos judiciales y por materias y en total se lograron novecientos sesenta y cinco (965) acuerdos conciliatorios. De conformidad con las materias que están ahí indicadas, la cantidad de acuerdos conciliatorios por materia ascendió a un total de setecientos cuarenta y un (741) asuntos. En materia penal y contravencional, es donde hemos logrado obtener mayores resultados satisfactorios.

de que los medios de solución de conflictos por la vía de la conciliación no están cumpliendo su objetivo: detener la excesiva litigiosidad que se da en esta materia.

En el continente americano, varios países han venido impulsando importantes reformas procesales para lograr una mayor eficacia judicial, de paso acortando la duración de los procesos. Se trata de sistemas que buscan concentrar la mayor actividad procesal en una o a lo sumo dos audiencias, reforzando la oralidad como principio norte del proceso. Esta reforma ya se ha llevado a cabo en países como Venezuela, Chile, Uruguay Colombia, Perú y Ecuador, existen en este momento dos proyectos muy importantes en nuestra área, uno en Costa Rica y otro en Nicaragua, que apuntan a tal tipo de estructura procesal²⁸. Todos estos intentos de reforma procesal en materia de trabajo confieren además una mayor relevancia a la fase de conciliación con la incorporación de jueces expertos en resolución alternativa de conflictos, jueces distintos de los jueces ordinarios que fallan con arreglo a derecho. Aunque en varios de los códigos del área se hagan declaraciones importantes sobre oralidad y la existencia de procedimientos verbales, lo cierto es que el sistema con los años ha devenido en un sistema más bien mixto, de modo que existen ciertas actuaciones orales, como la presentación de la demanda o la audiencia de conciliación o recepción de prueba testimonial, mientras que otras actuaciones son escritas, como el dictado de la sentencia, debiendo contarse siempre con un expediente material²⁹.

Pareciera entonces que el objetivo de una justicia pronta en nuestros países pasa por varias reformas de interés como la de sumarnos a la corriente de países en el continente que han modernizado sus legislaciones procesales en materia de trabajo para introducir los juicios por audiencias, el aumento de la oralidad y la mayor gravitación de la conciliación dentro del proceso. A ello debe sumarse una determinación más o menos precisa de la duración máxima de los procesos, a fin de que los jueces y los litigantes conozcan mejor las reglas del juego, estableciéndose de paso sanciones procesales a los litigantes inescrupulosos cuya actividad litigiosa tenga como único fin aletargar los procesos.

En algunas otras materias como en pensiones alimentarias, en familia y en laboral, los resultados han sido medianamente satisfactorios y hay materias en donde efectivamente la conciliación aparece como una etapa de difícil éxito en cuanto a los resultados, por la naturaleza probablemente de los conflictos o de esos procesos».

28 Sobre este movimiento de reformas procesales laborales en el subcontinente, refiere el autor y experto de la OIT, Adolfo Ciudad Reynaud lo siguiente: «En América Latina todas las reformas procesales que se han emprendido en los últimos años han tenido como objetivo fundamental la reducción de la duración media de los procesos. Nos referimos a los casos de Ecuador, Chile, Colombia, Uruguay, Venezuela y recientemente Perú; en donde en todos los casos el objetivo fundamental ha sido el cambio de sistema judicial laboral escrito por el sistema judicial oral» (ob. cit., p. 20).

29 En el caso de Costa Rica, se experimenta en este momento en varios Despachos Judiciales, como el Juzgado de Trabajo de Mayor Cuantía del Primer Circuito Judicial de Cartago, o el Juzgado del Segundo Circuito Judicial de San José, con el llamado expediente electrónico. Aún es muy pronto para señalar, a partir de sus resultados, si acortará o no la duración de los juicios laborales.

IV. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Así como la igualdad procesal es el fin de todo proceso garante de un equilibrado acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva es el norte de la justicia cumplida. En palabras de Thomas Gui Mori,

la tutela judicial efectiva no es sino el principio según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la justicia para que esas pretensiones le sean satisfechas. Lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente, con arreglo a Derecho y en un plazo de tiempo también razonable, a lo largo de un proceso en el que todas las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones³⁰.

Con la enunciación de este principio volvemos al tema del inicio de este trabajo, porque la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental ordenador de todo el sistema político y social. En palabras del Tribunal Constitucional español, «la finalidad última de la función judicial es resolver definitiva y eficazmente los conflictos que se le someten»³¹. No puede existir una tutela judicial efectiva, si no se garantiza la indemnidad de todas las personas que acuden en defensa de sus derechos a la vía jurisdiccional, ni cuando las decisiones administrativas o judiciales se incumplen por falta de mecanismos idóneos por parte de los Estados nacionales para hacer cumplir esas decisiones. Tampoco habrá una efectiva tutela judicial en materia laboral, en tanto nuestras leyes procesales no cuenten con procedimientos sumarios y de pronta resolución para la tutela de derechos fundamentales, tales como la libertad sindical, el despido de la mujer embarazada o la discriminación en el empleo. La investigación realizada hace unos años por un grupo de investigadores centroamericanos sobre el tema de los obstáculos de la justicia laboral en Centroamérica y el Caribe no arroja precisamente buenas noticias en torno a estos temas. Así, señala el estudio que:

un hecho que se repite en cada uno de los países estudiados es que, en ocasiones, la población trabajadora no presenta denuncia alguna a las autoridades competentes porque teme que al hacerlo puede perder su trabajo, y con él su fuente de ingreso familiar. En ese orden, si esta abstracción teórica de lo jurídico de la población centroamericana y dominicana se conjuga con el desánimo del mal funcionamiento de la institucionalidad estatal o el temor a represalias en caso de recurrir a las autoridades competentes, resulta ostensible que las personas busquen otros medios o mecanismos para resolver sus conflictos laborales, desde

30 GUI MORI, Thomas. *Jurisprudencia Constitucional Íntegra 1821-2001*. Barcelona: Bosch, 2002, p. 419.

31 Sentencia del Tribunal Constitucional 11/ 88, de fecha 2 de febrero (ibidem, p. 420).

la indiferencia y la apatía hasta la ejecución de soluciones violentas, como ha sucedido en Guatemala ante los cierres de maquila³².

La efectividad de los fallos judiciales también está en duda en nuestra área, donde se presentan situaciones que van desde los largos plazos para ejecutar una sentencia, que a veces se prolongan por tanto tiempo como el que fue necesario para recibir una sentencia declarativa, hasta los casos más difíciles de absoluto incumplimiento de las resoluciones que ordenan la reinstalación de trabajadores o el pago de determinadas sumas de dinero, casos igualmente ejemplificados en el estudio impulsado por la «Iniciativa Regional para la Responsabilidad Social y el Trabajo Digno».

Es importante conocer, en relación con este tema, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho responsables a los Estados nacionales del incumplimiento de sentencias judiciales a partir de una interpretación amplia del artículo 25 de la Convención Interamericana. Esta doctrina la encontramos en votos como la sentencia de 5 de julio de 2011, en la cual se realizan reflexiones como las siguientes:

[...] la Corte ha señalado que «[e]n los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento». Por tanto, «la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende tiene como uno de sus efectos obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado»³³.

Resulta interesante además la extensión que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los conceptos de propiedad y patrimonio para proteger a las personas frente al incumplimiento

32 CHICAS, Francisco, Sonia RUBIO & Astrid VALENCIA. Ob. cit., pp. 41-42.

33 Sentencia de fecha 5 de julio de 2011, disponible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm#_ftnref132.

de fallos judiciales. Así en la sentencia de 1 de julio de 2009 el Alto Tribunal señaló que:

Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en este sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando estas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con dicho artículo 21. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación al derecho de propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión —derecho que había sido adquirido por las víctimas de aquel caso de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. [...] Consecuentemente en aquel caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales con las acciones de garantía interpuestas por estos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la convención³⁴.

Lastimosamente, son pocos los casos de inejecución de fallos judiciales internos los que llegan a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues una jurisprudencia como la citada en estas páginas obliga definitivamente a los Estados suscriptores de la Convención a tener un mayor empeño en el cumplimiento de los fallos que dictan las cortes de cada país en materia laboral.

Finalmente, con relación a la necesidad de procedimientos sumarios para la tutela de derechos fundamentales, tal y como ya existe en algunos países europeos, verbigracia en el caso español y en recientes códigos americanos, como en el caso chileno, resulta una verdad de fácil comprobación que las reglas del juicio ordinario son insuficientes para resolver con la debida celeridad situaciones que amenazan con causar daños irremediables en los derechos constitucionales de los trabajadores y de sus organizaciones. Situaciones de antisindicalidad,

34 Sentencia de fecha 1 de julio de 2009, disponible en: http://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesciv.sp.htm#_ftnref132.

de despidos discriminatorios, como los de la mujer embarazada o del menor de edad, y prácticas abiertamente discriminatorias, como son el acoso sexual y el acoso laboral, requieren de soluciones inmediatas, provenientes del ordenamiento jurídico, como es la suspensión de la conducta discriminatoria o violatoria de derechos fundamentales. A la incorporación de esta normativa especial deben tender también nuestras futuras reformas procesales en aras de una efectiva tutela judicial.

Concluyamos este apartado señalando que en tanto se presenten situaciones de excesivo formalismo judicial, negligencia en el manejo de los asuntos sometidos a la jurisdicción laboral, ausencia de la garantía de indemnidad para el que denuncia o para el que acusa, falta de mecanismos para que se ejecuten los fallos judiciales, omisión de procedimientos expeditos para la tutela de derechos fundamentales, y situaciones de desconfianza de la población, nacidas muchas veces de la misma corrupción del sistema, no se cumple el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Más grave aún, sin tutela judicial efectiva no existirá una institucionalidad que presentar al mundo, y sin institucionalidad no hay desarrollo ni crecimiento.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 9/03/2012

283

ACCESO A
JUSTICIA
LABORAL
EN CENTRO-
AMÉRICAACCESS TO
LABOR JUSTICE
IN CENTRAL
AMERICA

El redimensionamiento del derecho internacional del trabajo

The resizing of International Labor Law

MIGUEL CANESSA*

Resumen: Las transformaciones que viene provocando la globalización en el mundo del trabajo hacen insuficientes los esfuerzos desde los ordenamientos nacionales para abordar un fenómeno que trasciende sus fronteras. De igual modo, los esfuerzos desde la Organización Internacional del Trabajo son meritorios pero todavía incompletos porque sus Miembros son renuentes a adquirir nuevos compromisos internacionales. Frente a este panorama, son los derechos humanos laborales los que están en mejores condiciones para enfrentar los retos de la globalización.

Palabras claves Derecho Internacional del Trabajo – Derechos Humanos Laborales – globalización – comercio internacional – *ius cogens*

Summary: The transformations brought about by the globalization of the labour world render insufficient the national efforts to face a cross-boundaries phenomenon. Similarly, the International Labour Organization efforts are praiseworthy but incomplete because its Members are reluctant to new international commitments. In this situation, labour human rights are in the best position to face the challenges of globalization.

Keywords: International Labour Law – Labour Human Rights – globalization – international trade – *ius cogens*

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. LA REVALORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO.- II. LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.- III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES.- IV. REFLEXIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

Desde fines del siglo pasado se viene transitando en el mundo del trabajo por un período de grandes transformaciones que han modificado sustancialmente los pilares sobre los que se constituyó el Derecho Laboral. El impacto de las nuevas formas de organización del trabajo ha supuesto un reto para la normativa laboral, acostumbrada a regular el trabajo subordinado y por cuenta ajena, ahora enfrenta el desafío de ampliar su campo de regulación hacia el trabajo autónomo y la subcontratación.

* Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de las Maestrías de Derecho Laboral y de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor Internacional.

A su vez, la revolución tecnológica ha facilitado la producción a nivel global, donde la empresa-red se convierte en el paradigma de la unidad productiva. Inclusive, la independización de las fases de producción ya no solo se materializa al interior de la empresa, sino también puede materializarse externamente a ella. Así, el nuevo escenario productivo nos muestra dos tendencias que conviven simultáneamente. Por un lado, empresas que optan por subdividirse en conglomerado de organizaciones empresariales, siempre dirigidas desde una central. Por otro lado, empresas que trasladan a otras empresas fases de su producción contratándolas como subcontratistas o proveedores. Ambas modalidades dan forma al proceso de descentralización productiva, donde apoyándose en las nuevas tecnologías y el abaratamiento de los costes de transporte, las empresas rediseñan sus organizaciones en busca de obtener mejores niveles de eficiencia productiva en términos internacionales.

Simultáneamente, hay un debilitamiento del Estado-Nación provocado por la globalización de la economía. Los espacios nacionales se ven desbordados por unidades económicas que trascienden las fronteras, con lo que se pierde control sobre ellas y, en muchos casos, estas resultan siendo más fuertes que un significativo número de Estados. La empresa multinacional (EMN) se convierte en el actor preponderante de la globalización, a tal grado que logra marcar el derrotero de la acción estatal y de los organismos internacionales.

Enfrentamos un escenario en que los paradigmas del mundo del trabajo se han transformado sustancialmente, y a pesar de los esfuerzos normativos de las legislaciones nacionales, estos no pueden desde sus ámbitos de aplicación cubrir los cambios producidos en el mundo laboral. La nueva dinámica económica es especialmente transnacional y los esfuerzos de los Estados se ven limitados por sus fronteras.

Este nuevo escenario plantea como exigencia una regulación que gobierne la dimensión laboral de la globalización económica, regulación que no puede provenir de los ordenamientos nacionales sino que más bien coloca al Derecho Internacional del Trabajo como el espacio jurídico natural donde implementarla. Esto nos conduce a preguntarnos: ¿el Derecho Internacional del Trabajo está en condiciones de enfrentar este reto? ¿Existen el marco regulador y los procedimientos de control que aseguren su cumplimiento?

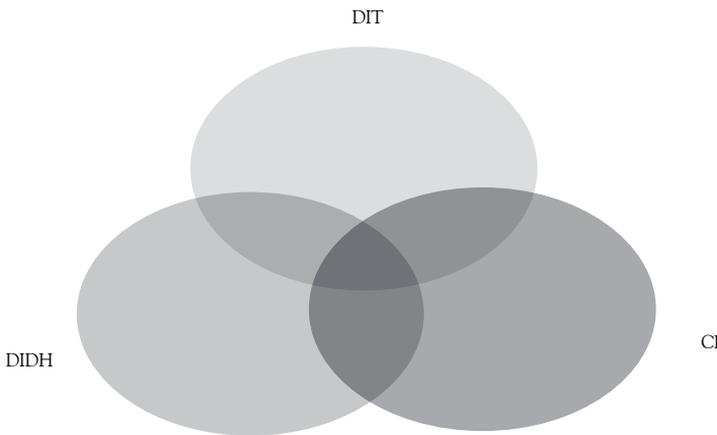
El presente artículo tiene la pretensión de esbozar respuestas a estas dos interrogantes. Para ello ha sido dividido en tres secciones. En primer lugar, aborda la revaloración del ámbito normativo del Derecho Internacional del Trabajo con su expansión en otras ramas jurídicas. En segundo lugar, resalta la importancia de los Derechos Humanos Laborales en el nuevo contexto de la globalización económica. En tercer lugar, plantea un somero análisis sobre la protección internacional de los derechos humanos laborales.

I. LA REVALORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La visión clásica del Derecho Internacional del Trabajo (DIT) suele tener como referente principal a las normas internacionales del trabajo —convenios y recomendaciones— de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, es una visión parcial porque deja de lado a otros espacios del DIT que son tan importantes como las propias normas del organismo internacional.

Para mostrar las verdaderas fronteras jurídicas del DIT se presenta el gráfico 1 que retrata su ámbito normativo en relación con otras dos ramas jurídicas del Derecho Internacional general: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Comercio Internacional (CI), donde también se recogen derechos laborales. Así el gráfico representa tres círculos: el primero, en la parte superior, muestra el DIT, el segundo círculo, de la parte inferior izquierda, muestra el DIDH y el tercero, parte inferior derecha, muestra el CI.

Gráfico 1: Los derechos laborales en el Derecho Internacional general



Como se ha señalado, desde la visión clásica se plantea como la regulación principal del DIT a las normas internacionales de la OIT, dejando de lado otros instrumentos internacionales que también recogen derechos laborales. La explicación de esta visión proviene de la centralidad que siempre ha ocupado la OIT desde su conformación en 1919. Partamos por reconocer que una de las principales funciones del organismo internacional ha sido la elaboración en su seno de dos clases de normas internacionales —los convenios y las recomendaciones— con el objetivo de regular desde una perspectiva internacional las relaciones laborales de sus Estados Miembros. Esa centralidad de la normativa de la OIT ha ensombrecido a las otras regulaciones internacionales en materia laboral.

Las normas internacionales de la OIT han venido ampliando sucesivamente en el tiempo su ámbito normativo, contando con el respaldo de las ratificaciones de los Estados Miembros y, en un momento, el de las sentencias de la fenecida Corte Permanente de Justicia Internacional. Solo en los últimos años se ha producido un reflujo dentro del organismo internacional, pero en general las normas internacionales del trabajo cubren las más variadas materias del mundo laboral.

El segundo círculo representa el DIDH, al que, a mi juicio, los laboristas no hemos sabido otorgar la verdadera importancia que le corresponde en la regulación del mundo laboral. Cuando revisamos los paradigmáticos estudios sobre el DIT de Wilfred Jenks o Nicolás Valticos, parecería que los instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen derechos laborales no fueran relevantes, dada su pobre mención¹.

Lo controversial de esta situación es que el DIT ha tenido una fuerte influencia sobre el DIDH desde sus inicios. No fue una sorpresa que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y, posteriormente, ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966) incluyesen derechos laborales. Se entendió que el mundo del trabajo en el que se desenvuelven los seres humanos tenía que ser protegido por un conjunto de derechos laborales básicos que asegurase el respeto a la dignidad humana. Esta visión se ha mantenido constante con los posteriores instrumentos internacionales de derechos humanos —tanto universales como regionales— donde los derechos laborales siguen ocupando dicha centralidad.

La intersección entre ambos círculos —DIT y DIDH— representa a los «derechos humanos laborales» que pueden ser definidos formalmente como aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona humana. Esta definición formal nos permite señalar, en primer lugar, que si un derecho laboral se encuentra consagrado en un instrumento internacional de derechos humanos se ubica dentro de esta categoría; y, en segundo lugar, que su titularidad corresponde a todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad.

El tercer círculo representa al CI en sus dos marcos normativos: universal y regional. El primer caso se refiere a la regulación desde la Organización Mundial del Comercio (OMC). El segundo caso se refiere

¹ Se plantea en el estudio de Valticos como una categoría doctrinal a los *derechos humanos fundamentales*, un específico grupo de derechos laborales —la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, y la prohibición de la discriminación— que son presentados como los más importantes dentro del listado de materias laborales adoptadas por la OIT. Sin embargo, no se justifica su importancia por su reconocimiento en instrumentos internacionales de derechos humanos dado que sería una afirmación incorrecta en tanto el listado de derechos laborales es más extenso como posteriormente veremos.

a sus dos dimensiones: los tratados de integración (por ejemplo: la Unión Europea, MERCOSUR, Comunidad Andina, etcétera) y los Tratados de Libre Comercio (TLC).

Lo significativo es que existe una intersección entre estas tres ramas del Derecho Internacional, a pesar de que desde el ámbito universal del CI —me refiero al marco regulador de la OMC— se ha puesto reparos a que exista una conexión entre los derechos laborales y el comercio internacional. La intersección común se ubica en el plano de los derechos humanos laborales, aunque también resulta importante resaltar que no todos estos forman parte del CI.

En la actualidad nos encontramos en un proceso de definición sobre el listado de los derechos humanos laborales que tienen un carácter vinculante en el CI. Así, en el plano de los acuerdos multilaterales o bilaterales entre los Estados, existe un proceso más consolidado en el reconocimiento de derechos laborales. Basta repasar los procesos de integración europeo y americano, así como los diferentes TLC en la región para evidenciarlo.

Sin embargo, esto no es similar en el plano universal de la OMC, donde el rechazo al vínculo se ha mantenido y salvo los casos expresos de la protección a las personas por razones de salud y la prohibición del trabajo penitenciario —artículo XX literales b) y e) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) respectivamente²—, no se considera que la violación grave de los derechos laborales en un Estado justifiquen la restricción o prohibición del intercambio comercial. No obstante esto, el sistema de solución de diferencias de la OMC se ha visto abocado a analizar temas laborales, muestra de ello son los casos *Amianto* (Canadá vs. Francia) y *Sistema General de Preferencias* (India vs. Unión Europea). Esto conduce a pensar que paulatinamente la OMC se va a ver obligada a ventilar indirectamente casos laborales en su sistema de solución de diferencias, aunque rechace formalmente el vínculo entre el respeto de los derechos laborales y el CI.

Por ello, el DIT no se reduce solo a la normativa desarrollada desde la OIT, sino también implica a aquella implementada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el CI cuando recoge derechos laborales. Esas intersecciones con las otras ramas jurídicas

2 El artículo XX, literal b) del GATT permite a los Estados establecer restricciones para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Por ello, bajo el amparo de este literal se puede restringir el intercambio comercial internacional de las mercancías que pongan en peligro la salud de los trabajadores nacionales. De igual modo, el literal e) del artículo XX del GATT permite a los Estados establecer restricciones sobre las mercancías fabricadas en prisiones. Ambas restricciones se corresponden parcialmente con prohibiciones del Derecho del Trabajo. En el primer caso existe un vínculo entre la restricción comercial para proteger la salud de las personas y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. En el segundo caso la restricción comercial por el trabajo penitenciario se ubica en una de las modalidades de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.

fortalecen el contenido de estos derechos, así como los protegen internacionalmente con sus procedimientos de control. Esto último significa también que los derechos laborales son protegidos por el sistema de derechos humanos —universal y regional— y los sistemas de solución de diferencias del CI.

Se debe destacar también que dentro de esta triple intersección se ubica el *ius cogens laboral*, aunque no cubra por completo ese espacio. Como sabemos, las normas imperativas o de *ius cogens* del Derecho Internacional general son aquellas regulaciones aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen la nulidad de las normas internacionales o las acciones unilaterales de los Estados que están en contradicción con ellas³.

Bajo la actual etapa del Derecho Internacional general no todos los derechos humanos laborales están recogidos por normas imperativas, en razón que tanto la jurisprudencia internacional como la práctica de los Estados han precisado que solo un segmento de ellos puede ser ubicado en este ámbito. Siguiendo este criterio, solo la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, así como la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituyen los dos derechos humanos laborales del *ius cogens laboral*⁴. No por esto debe interpretarse que otros derechos laborales estén impedidos posteriormente a integrarse bajo esta figura normativa por medio de la práctica internacional⁵.

Hay que estar pendiente y de no confundir las normas imperativas del Derecho Internacional general con las normas imperativas de los ordenamientos nacionales, aunque ambas tengan como raíz común el Derecho Romano y compartan la indisponibilidad de su regulación.

En efecto, el *ius cogens* del Derecho Internacional se constituye sobre la aceptación y el reconocimiento de la práctica de la comunidad internacional, mientras las normas imperativas nacionales vienen establecidas por su propio ordenamiento. Esto explica el porqué determinados derechos puedan ubicarse dentro de las normas imperativas de los ordenamientos nacionales y, sin embargo, la práctica de la comunidad internacional no los haya considerado dentro del *ius cogens* del Derecho Internacional general. Con mayor razón, no podemos implementar una lectura que traslade mecánicamente el listado de derechos laborales establecidos en normas imperativas de los ordenamientos nacionales hacia el *ius cogens* del Derecho Internacional general porque lo desnaturalizaría.

3 Las normas imperativas del Derecho Internacional general se encuentran recogidas en los artículos 53 y 64 de la Convenciones de Viena (1969 y 1986).

4 Para un análisis más detallado ver CANESSA MONTEJO, Miguel F. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 517 y ss.

5 Actualmente se vienen produciendo pronunciamientos de órganos de control internacional que ubican a la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio dentro del *ius cogens*.

La importancia jurídica del *ius cogens laboral* consiste en que su respeto es obligatorio para los Estados tanto en el plano internacional como en su ordenamiento interno. Esto significa que cualquier norma convencional o consuetudinaria internacional y cualquier acto unilateral del Estado (una ley, una sentencia, una norma administrativa, etcétera) que esté en oposición al *ius cogens laboral* es nulo y carente de valor jurídico, configurándose la violación de una obligación internacional y la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

En conclusión, los derechos laborales en el plano internacional no se reducen a las normas internacionales del trabajo de la OIT, sino que también son recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y en los tratados del CI. Esto redimensiona el DIT que queda retratado a partir de las intersecciones con las otras dos ramas jurídicas.

291

EL REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

THE RESIZING OF INTERNATIONAL LABOR LAW

II. LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Resulta apropiado retomar el concepto formal de los derechos humanos laborales y agregarle argumentos que justifiquen su reconocimiento normativo para superar los cuestionamientos formulados desde posiciones que rechazan los derechos laborales como componente de los derechos humanos. Estas justificaciones debidamente argumentadas permiten transitar de la formalidad conceptual hacia un contenido material de los derechos humanos laborales.

Así, los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo. Ambas justificaciones se apoyan en las fundamentaciones axiológica y antropológica respectivamente, permitiendo que el trabajador actúe de forma autónoma y sin sufrir un daño o perjuicio grave por trabajar.

La consagración de los derechos laborales en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las constituciones nacionales ha sido un proceso permanente durante el pasado siglo XX. En el plano internacional se produce en dos ámbitos: el universal y el regional. El primero se remonta a la constitución de la OIT en 1919 y la normativa internacional del trabajo producida en su seno, consolidándose con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de 1966; y, el segundo, en los tratados regionales de derechos humanos que han incluido el tema laboral dentro de sus regulaciones. En el plano nacional, la Constitución mexicana (1917) y la Constitución de Weimar (1919) son los primeros textos constitucionales que elevan los

derechos laborales a la pirámide normativa nacional, propuesta que es recogida luego por la mayoría de las constituciones del siglo XX. Con ello se consolida la ubicación de los derechos laborales dentro del listado de los derechos humanos o de los derechos fundamentales.

La interrogante por dilucidar consiste en establecer cuáles son los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para dar respuesta a esta interrogante partamos por reconocer que la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos se divide entre los ámbitos universal y regional. Así, los instrumentos internacionales del sistema universal son la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de 1966. El ámbito regional se divide en tres áreas geográficas que han regulado los derechos humanos: interamericano, europeo y africano. En el ámbito regional americano tenemos la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional de San Salvador (1988)⁶. En el ámbito regional europeo tenemos el Estatuto del Consejo de Europa (1949), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) y sus diversos Protocolos, la Carta Social Europea (1961) y sus Protocolos, además de la Carta Social Europea revisada (1996). En el ámbito regional africano tenemos la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

De esta manera, estos instrumentos internacionales nos permiten elaborar el listado de derechos laborales consagrados como derechos humanos, sin dejar de mencionar que también los derechos laborales son recogidos en otros tratados internacionales de derechos humanos, como los tratados de protección de personas y grupos vulnerables, algunos de los cuales son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

El listado de los derechos humanos laborales es el siguiente:

- La *libertad de trabajo* se encuentra recogida en el artículo 23,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

⁶ También se debe incluir en esta lista a la Carta Internacional Americana de las Garantías Sociales (1947), a pesar que se elaboró con anterioridad a la constitución del sistema interamericano de derechos humanos.

- Culturales; el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 6.1 del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 1.2 de la Carta Social Europea; el artículo 5,e,i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 11.1.c) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; los artículos 52 y 53 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- La *prohibición de la esclavitud y de la servidumbre* se encuentra recogida en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 8.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 4.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y en el artículo 11.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
 - La *prohibición del trabajo forzoso u obligatorio* se encuentra recogida en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4.2 y 3 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; el artículo 1.2 de la Carta Social Europea; los artículos 6.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en los artículos 11.2, 3 y 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
 - El *derecho al trabajo* se encuentra recogido en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; el artículo 6 del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 1 de la Carta Social Europea; el artículo 15 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 5,e,i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y en el artículo 11.1.a) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
 - La *protección contra el desempleo* se encuentra recogida en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales; el artículo 6.2 del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 1.1 de la Carta Social Europea; y en el artículo 5,e,i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

- La *protección contra el despido* se encuentra recogida en el artículo 7.d) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada; el artículo 11.1.c) y 2.a) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y en el artículo 54.1.a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- La *prohibición de todo tipo de discriminación* se encuentra recogida en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 2.2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 3 del Protocolo Adicional de San Salvador; los artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; el artículo 1.2 de la Carta Social Europea y el artículo 1 del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea de 1988; los artículos 20 y E de la Carta Social Europea revisada; los artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 11.1.b) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y en el artículo 25 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho a la *igualdad de remuneración* se encuentra recogido en el artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7,a,i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.a) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 4.3 de la Carta Social Europea; el artículo 15 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 5,e,i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y en el artículo 11.1.d) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

- La *prohibición a la discriminación de las personas con responsabilidades familiares* se encuentra recogida en el artículo 27 de la Carta Social Europea revisada.
- El derecho a la *seguridad e higiene en el trabajo* se encuentra recogido en el artículo 7.b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.e) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 3 de la Carta Social Europea; el artículo 11.1.f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y en el artículo 25.1.a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho a *condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo* se encuentra recogido en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7 del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 2 de la Carta Social Europea; el artículo 15 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 5.e.i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 32.2.b) de la Convención de los Derechos del Niño; y en el artículo 25 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho a la *limitación de la jornada máxima de trabajo* se encuentra recogido en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.g) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 2.1 de la Carta Social Europea; y en el artículo 25.1.a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho al *descanso semanal remunerado* se encuentra recogido en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo XV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; el artículo 7.h) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 2.5 de la Carta Social Europea; y en el artículo 25.1.a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho al *descanso remunerado en feriados* se encuentra recogido en el artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos

295

EL REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

THE RESIZING OF INTERNATIONAL LABOR LAW

Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.h) del Protocolo Adicional de San Salvador; y en el artículo 2.2 de la Carta Social Europea.

- El derecho a *vacaciones pagadas* se encuentra recogido en el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.h) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 2.3 de la Carta Social Europea; el artículo 11.1.e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y en el artículo 25.1.a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho a una *remuneración mínima* se encuentra recogido en el artículo 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 7.a.ii) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.a) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 4.1 de la Carta Social Europea; y en el artículo 5.e.i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- El derecho a la *promoción en el empleo* se encuentra recogido en el artículo 7.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 7.c) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 1.d) del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea de 1988; y en el artículo 11.1.c) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- El derecho a la *formación profesional* se encuentra recogido en el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 6.2 del Protocolo Adicional de San Salvador; los artículos 1.4, 10 y 15 de la Carta Social Europea; y en el artículo 1.b) del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea de 1988.
- El derecho a *la información y a la consulta en el seno de la empresa* se encuentra recogido en el artículo 2 del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea de 1988 y en el artículo 21 de la Carta Social Europea revisada.
- El derecho a *la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo* se encuentra recogido en el artículo 29 de la Carta Social Europea revisada.
- El derecho a *la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores* se encuentra recogido en el artículo 25 de la Carta Social Europea revisada.

- La *libertad sindical* se encuentra recogida en el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; el artículo 16.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el artículo 8.1.a) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 11.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; el artículo 5 de la Carta Social Europea; el artículo 10 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el artículo 5.e.i) de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 15 de la Convención de los Derechos del Niño; y en los artículos 26 y 40 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- El derecho a la *protección de los representantes de los trabajadores contra actos que puedan causarles un perjuicio y de contar con las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones* se encuentra recogido en el artículo 28 de la Carta Social Europea revisada.
- El derecho a la *negociación colectiva* se encuentra recogido en el artículo 6 de la Carta Social Europea y ampliado en el artículo 22 de la Carta Social Europea revisada.
- El derecho a la *huelga* se encuentra recogido en el artículo 8.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8.1.b) del Protocolo Adicional de San Salvador; y en el artículo 6.4 de la Carta Social Europea.
- El derecho a la *seguridad social* se encuentra recogido en los artículos 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; los artículos 9 y 10.2.d) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 12 de la Carta Social Europea; el artículo 11.1.e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 26 de la Convención de los Derechos del Niño; y en los artículos 27 y 54.1.b) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Los derechos de *protección al menor de edad* se encuentran recogidos en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos

297

EL REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

THE RESIZING OF INTERNATIONAL LABOR LAW

Civiles y Políticos; los artículos 7.f) y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; el artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el artículo 16 del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 7 de la Carta Social Europea; y en los artículos 19, 32, 34, 35 y 36 de la Convención de los Derechos del Niño.

- Los derechos a la *protección de la mujer trabajadora* se encuentran recogidos en el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; el artículo 9.2 del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 8 de la Carta Social Europea; y en el artículo 11 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Los derechos de *protección a los trabajadores migrantes* se encuentran recogidos en el artículo 19 de la Carta Social Europea y en los artículos 7 al 63 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- Los derechos de *protección a los trabajadores minusválidos* se encuentran recogidos en el artículo 18.a) del Protocolo Adicional de San Salvador; el artículo 15 de la Carta Social Europea.

Este largo listado de treinta derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos muestra un amplio marco regulador de ese espacio común entre el DIT y el DIDH. La elevación de los derechos laborales a la categoría de derechos humanos conduce a una serie de consecuencias jurídicas importantes. En primer lugar, los ubica en la cúspide de la normativa internacional en materia de derechos. En segundo lugar, la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos genera una serie de obligaciones internacionales para los Estados. En tercer lugar, estos derechos se encuentran protegidos por los procedimientos de control internacional de los derechos humanos.

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES

Sería excesivamente extenso para el presente estudio revisar cada uno de los procedimientos de control internacional de los derechos humanos. Resulta más pertinente mencionar algunos pronunciamientos que muestren el valor agregado adquirido por los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para ello se presenta una breve selección de pronunciamientos internacionales sobre casos resaltantes agrupados temáticamente en cinco materias laborales: la libertad sindical, la prohibición de la discriminación, la prohibición de la esclavitud, el derecho al trabajo y la seguridad e higiene en el trabajo. Estos pronunciamientos pueden marcar una pauta de la dimensión protectora de los derechos humanos laborales.

- a. Libertad sindical: el caso «Delia Saldías de López vs. Uruguay» (Comité de Derechos Humanos) subraya que donde un trabajador y un líder sindical fueran objeto de diversas formas de hostigamiento por las autoridades desde el inicio de su implicación en el sindicato, incluyendo el arresto y la detención sin juicio, y sujeto a tortura y tratamiento cruel, inhumano o degradante, el derecho a la libertad sindical fue violado. El caso «Baena y Otros vs. Panamá» (Corte Interamericana de Derechos Humanos) señala que la libertad sindical consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, este derecho supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna, si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.
- b. Prohibición de la discriminación: El caso «Gaygusuz vs. Austria» (Corte Europea de Derechos Humanos) establece que un trato es discriminatorio si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un «objetivo legítimo» o si no hay una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo intentado para ser observado». El Informe 2002 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) concluye que el Estado no puede discriminar en la protección y garantía de los derechos laborales fundamentales entre los trabajadores, con independencia de su estatus migratorio.
- c. Prohibición de la esclavitud: el caso «Kunarac» (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia) subraya que las formas contemporáneas de esclavitud forman parte de enlavement como un crimen contra la humanidad bajo el derecho consuetudinario internacional. El caso Barcelona «Traction» (Corte Internacional de Justicia) identifica la prohibición de la esclavitud como una obligación internacional *erga omnes*.

299

EL REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

THE RESIZING OF INTERNATIONAL LABOR LAW

- d. El derecho al trabajo: la Observación General N.º 18 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) sostiene que el derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y a la vez un derecho colectivo. Engloba todo tipo de trabajos, ya sean autónomos o trabajos dependientes sujetos a un salario. El derecho al trabajo no debe entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener un empleo. La «Reclamación N.º 6 Sindicato de Trabajadores de Turismo vs. Francia» (Comité Europeo de Derechos Sociales) resalta que es obligación del Estado proteger efectivamente el derecho de los trabajadores a ganarse la vida mediante un empleo libremente elegido. Esta obligación requiere *inter alia* la eliminación de todas las formas de discriminación en el empleo cualquiera que sea la naturaleza legal de la relación profesional.
- e. Seguridad e higiene en el trabajo: el caso «Amianto —Canadá vs. Francia—» (Órgano de Apelación del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC) señala que no cabe discutir que los Estados Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiada para una situación dada. Por lo que parece legítimo que un Miembro trate de defender la difusión de un producto que entrañe altos riesgos entre su población, incluyendo los trabajadores. Este breve recorrido de pronunciamientos nos muestra la dimensión de la protección internacional de los derechos humanos laborales, dejando a un lado la errónea idea de que el DIT se reduce al ámbito protector de la OIT. En realidad, los derechos laborales son protegidos en los diversos sistemas normativos del Derecho Internacional donde se encuentran recogidos.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Podemos concluir que los derechos humanos laborales son un ordenamiento internacional existente —no por crear— que se encuentran protegidos por un conjunto de procedimientos de control y con pronunciamientos internacionales que tienen niveles de obligatoriedad para los Estados donde se ampara su protección.

En mi opinión, asistimos a un cambio de paradigma normativo que se traslada desde el Derecho del Trabajo hacia el DIT, donde ahora son los derechos humanos laborales los nuevos pilares de protección de la libertad en el mundo del trabajo.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

Reforma laboral en el Perú: gran intensidad y ausencia de resultados

Labor reform in Peru: great intensity and absence of results

Entrevista al doctor Javier Neves*

ALFREDO VILLAVICENCIO,
LUIS MENDOZA & LUCIANA GUERRA

Alfredo Villavicencio: *En los años ochenta, una de tus principales preocupaciones y aportes fue pensar el Derecho del Trabajo desde la Constitución. ¿Qué implicancias traía ese enfoque nuevo en nuestra disciplina?*

Javier Neves: Yo creo que hubo una influencia importante de la experiencia española que había salido de una dictadura y afrontado un proceso constituyente para revisar su ordenamiento pre constitucional a la luz de la nueva Constitución. Durante el régimen de Velasco, hubo una revisión integral de la legislación laboral, algunos de cuyos hitos se habían revisado en perspectiva de retroceso en el régimen de Morales Bermúdez. Era necesario contrastar todo ese bloque normativo laboral infra y pre constitucional con la Constitución de 1979, que además tenía un sello marcadamente protector que delimitaba una presencia del Estado equilibradora de los pesos disímiles que hay en el marco de la relación laboral.

AV: *¿Y qué sucedió luego? Ya que, en los años ochenta, podemos encontrar el embrión de la flexibilización que vendría después, por ejemplo el Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM) de Alan García y su teoría de la aristocracia obrera van por un carril distinto del que tú planteas respecto de la necesaria constitucionalización del Derecho del Trabajo.*

JN: En el caso de la Constitución de 1979, debió revisarse toda la legislación anterior a la luz de ella y, en el caso de la Constitución de 1993, al revés, ocurre que la legislación se produjo antes de la Constitución y esta más bien convalidó todo lo que se había reformado. El fenómeno sería: Constitución de 1979, con todo un bloque normativo —que es el de Velasco Alvarado, revisado en algunos puntos por Morales Bermúdez— que debe ser revisado porque tiene una orientación distinta, muy intervencionista de parte del Estado, lo que en lo individual está relativamente bien porque hay que compensar una desigualdad; pero en lo colectivo es nefasto porque no permite a la autonomía desarrollar

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derecho Constitucional por la misma universidad. Es profesor principal del Departamento Académico de Derecho y de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios y ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

todas sus potencialidades. Con la Constitución de 1993, más bien, la reforma se produjo primero. Claramente lo que la Constitución buscaba era validarla. Lo que hay en común entre estos dos períodos, los períodos post-constitucionales, es que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo no elaboraron una verdadera reforma integral. Los Gobiernos que se sucedieron luego de la Constitución de 1979 (Belaunde y García) se rigieron básicamente por la legislación velasquista, modificada en algunos puntos clave por Morales Bermúdez, y los Gobiernos que vinieron después de la Constitución de 1993 (Fujimori, Paniagua, Toledo, García y Humala) se rigieron por la legislación fujimorista.

AV: Pero en este siglo también hay un proceso de constitucionalización de la legislación laboral producto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien la legislación fujimorista no cambia, tal vez en la jurisprudencia constitucional podemos ver cambios en algunos temas como el despido, marcadamente, y la protección de la libertad sindical también. ¿Hay una corriente jurisprudencial que de alguna manera busca constitucionalizar el tema?

JN: Hay que reconocer, para no ser injustos, que algunos tipos normativos sí cambiaron. Por ejemplo, durante el gobierno de Toledo se revisaron las observaciones que había formulado diez años antes el Comité de Libertad Sindical a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Eso no puede dejar de mencionarse.

AV: La propia Constitución fujimorista, en el caso de lo colectivo, manda a garantizar libertad sindical y fomentar la negociación colectiva. ¿Consideras que la construcción del bloque de constitucionalidad podría llevar a una necesidad imperiosa de cambiar esa ley preconstitucional?

JN: Incluso en la propia Constitución fujimorista encontramos que los derechos de los trabajadores están concebidos como marcos abiertos, que tienen contenidos de garantía y promoción a partir de los cuales debería generarse una revisión del ordenamiento fujimorista.

AV: Con las leyes 18471 y 22126, comienza un signo de reforma peyorativa que ha continuado en toda esta reforma laboral acompañada de un discurso que justifica estos cambios en la creación de más puestos de trabajo. ¿En estos últimos treinta años se han conseguido estos objetivos?

JN: Bueno, el propósito declarado de todas las revisiones de desmejora que se han producido ha sido el de fomentar el empleo, naturalmente se entiende que era un empleo de calidad. Pero, desgraciadamente, las leyes no han servido para eso, lo que demuestra que el peso de lo legal en el conjunto de reformas que tienen que llevarse a cabo para fomentar la formalidad es relativo. Las leyes han fomentado el empleo precario, es decir, ya no es el empleador real el mismo que el formal, hay contratos

temporales masivos, trabajadores que no se pueden afiliar. También es cierto que hay jornadas de sesenta horas, pérdida de capacidad adquisitiva en el caso del empleo público. De los años ochenta a la fecha, ganan el 18%, por lo que entre los propósitos declarados y lo que se ve en la realidad hay un contraste evidente.

AV: *Ahora parece que entramos en un proceso de revisión legislativa de signo contrario, se viene propugnando desde el 2002 una legislación sistemática, una propuesta de Ley General del Trabajo (LGT) que se acaba de actualizar. ¿Qué destacarías de esta propuesta, cuáles crees tú que son sus principales virtudes?*

JN: Yo creo que hay dos puntos que distinguirían esta reforma de las de Velasco y Fujimori. El primero sería que, por única vez, tendríamos una reforma surgida sustancialmente del diálogo social. Las reformas de Velasco y Fujimori no fueron concertadas, fueron impuestas por el Poder Ejecutivo. El segundo sería que estaríamos ante la primera reforma aprobada por el Congreso, con todo lo que supone eso de debate público y plural. Además, sería también la primera reforma integral en el sentido exacto de la palabra. Un nuevo ordenamiento consolidado, la primera reforma que conduciría prácticamente a una codificación de la legislación del trabajo.

AV: *¿Y en temas de fondo, hay también, en la LGT, un signo diferente del que hasta ahora ha existido?*

JN: Sí, también, creo que ese sería otro punto de diferencia. Hay una búsqueda de equilibrio y un intento de modernizar la legislación, por un lado, recogiendo las figuras que se han introducido y difundido en las últimas décadas, y por otro lado, haciendo una revisión con ánimo de compensar la desventaja del trabajador.

AV: *¿Y consideras que podría ser una reforma infértil si es que, por ejemplo, no se afectan los regímenes especiales? ¿Qué se tendría que hacer para que el planteamiento que tú señalas pueda cumplir el objetivo de reequilibrar las relaciones laborales?*

JN: Yo creo que tiene que haber una revisión de ciertos regímenes especiales, y me parece que el proyecto de la LGT, de alguna manera, anuncia esa revisión cuando impone algunos límites, como por ejemplo límites de diez años de extensión para el régimen de microempresa y la necesaria temporalidad para los regímenes especiales.

AV: *El sector empresarial en el Consejo Nacional del Trabajo (CNT) pidió que se recogiera y analizara el proyecto de LGT, pero luego, en los medios, han mostrado una actitud muy hostil ante la propuesta de LGT. ¿Cómo podría entenderse esta situación dual?*

JN: Yo creo que los empresarios no quieren una revisión de mejora de la legislación laboral. Parece que quisieran más bien una nueva revisión de desmejora. Si esto es así, lo que no entiendo es por qué se logró tan alto índice de consenso en el CNT. Quizá las organizaciones empresariales no estuvieron adecuadamente representadas, o estuvieron representadas por personas que no comprometían su verdadera opinión. No tengo una explicación.

AV: *Pero en este contexto de crecimiento, de expansión, de utilidades más o menos notorias, esta posición parecería no condecirse con el discurso del gobierno sobre inclusión social y con el discurso de los mismos empresarios sobre empresas socialmente responsables.*

JN: Claro, pero es que, cuando el escenario nacional es favorable, entonces ellos acuden al escenario internacional, que es otro, que es adverso, y dicen que el Perú no está exento de todo riesgo, de que se transforme su escenario favorable en un escenario adverso como el internacional, «miren lo que está haciendo España, miren lo que está haciendo Italia». Desde el escenario nacional, no se justifica. Hace mucho tiempo que no se justifica, desde la última crisis que fue la del final del gobierno de Fujimori, esa fue la verdadera última gran crisis que tuvimos. De allí en adelante ha habido crecimiento.

AV: *El Derecho del Trabajo fue puesto en el banquillo de los acusados como responsable de la escasa productividad de las empresas y de la baja competitividad de los productos. Ahora, con ese mismo Derecho del Trabajo, los resultados económicos son totalmente diferentes. Más allá de la declaración de la poca relevancia que tiene lo legal-laboral en el mercado de trabajo para generar empleo sí se podría reclamar la relevancia que tiene como instrumento de redistribución.*

JN: Bueno, si operaran de manera más extendida los mecanismos de negociación colectiva, podrían cumplir cabalmente su papel de redistribución, de todas maneras; con la escasa negociación colectiva que existe, en algunos sectores sí se produce ese efecto, pero sin marcar la tendencia, puesto que el gran volumen está afuera.

AV: *Teniendo un mandato constitucional de fomento de la negociación colectiva, tal vez un Gobierno, que dice que la inclusión social es su eje principal, podría pensar en esta importante institución del derecho laboral.*

JN: Sí, yo creo que, de hecho, si se aprobara la LGT con los mecanismos que tiene para fomentar la negociación colectiva, yo creo que ahí tendríamos, por lo menos desde el nivel legislativo, un importante sostén que hoy día no existe.

Luis Mendoza: *En estos últimos años, ¿cómo ha operado la reforma en el sector público?*

JN: En el sector público, se fue yendo en dirección a una privatización de las relaciones laborales y luego se ha estancado esa perspectiva y se ha ido en dirección contraria. Desde el primer gobierno de Belaunde, hubo una marcada tendencia a que cada vez más los trabajadores públicos se rigieran por normas de la actividad privada; una tendencia que todavía es minoritaria en el campo público pero que es creciente. Sin embargo, en el gobierno de Toledo eso se detuvo con la Ley Marco del Empleo Público que propone una unificación de regímenes, pero en un nuevo régimen público y me parece que este Gobierno está retomando ese criterio. Están pensando en una nueva Ley General del Empleo Público que tenga orientación pública.

LM: *¿Y en ese contexto de unificación, como se explica la aparición del régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS)?*

JN: Bueno, esa aparición no es imputable a este Gobierno, más bien, este Gobierno está en búsqueda de una solución que repare el tema. Hay consenso en que el CAS oculta una verdadera relación laboral permanente.

AV: *¿Tal vez fue la culminación de esa tendencia a la privatización que tú mencionas?*

JN: Claro, pero pasar del decreto legislativo 276 al decreto legislativo 728 es pasar de trabajador público a trabajador privado, pero pasar al régimen de Servicios no Personales (SNP) o al régimen CAS es pasar a nada, ¿no? Al menos hasta antes de la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que dijo que son trabajadores. Yo creo que ese tercer régimen ha nacido para evadir y para eso ha sido utilizado eficazmente. Solo quedaría cerrar ese régimen de una manera progresiva, incorporando a los trabajadores al régimen laboral predominante en la institución en la que laboran.

AV: *Uno de los signos distintivos del nuevo paradigma productivo es el de la descentralización productiva que ha significado, para las relaciones laborales, un proceso de externalización de etapas de la cadena productiva y que ha impactado en el derecho laboral individual y en el colectivo. ¿Cuál es tu balance del tratamiento que ha tenido en el Perú este fenómeno de subcontratación? ¿Cómo crees tú que habría que afrontarlo a futuro?*

JN: Tanto la Ley de Intermediación como la Ley de Tercerización señalan que no puede utilizarse ninguna de estas figuras como medio para afectar las relaciones colectivas de trabajo, pero yo me pregunto: ¿es posible no afectar las relaciones colectivas de trabajo con la intermediación y la tercerización? Yo creo que no. Una cuestión es que el móvil que lleva al empresario a tercerizar o intermediar sea el de afectar las relaciones colectivas, y otra es que tenga ese efecto. Yo creo que siempre va a tener ese efecto, no siempre va a ser el móvil.

Creo que frecuentemente va a ser uno de los móviles más importantes, no necesariamente el principal ni el único. Me parece que son fenómenos que deben ser estrictamente controlados, no pueden ser negados por el sistema porque son una forma de enlazamiento empresarial ya propia de la economía capitalista, pero creo que sí tienen que ser mirados con restricción.

Luciana Guerra: *¿La LGT establece alguna medida para controlar estos procesos productivos?*

JN: Sí, yo creo que la LGT ha hecho una relectura de la intermediación y la tercerización, situando cada uno de esos fenómenos en sus marcos reales como corresponde, y me parece que es una ley más garantista que la actual. Esto debido a que la ley actual estableció más garantías que la anterior, pero luego, en vía de reformas, fue recortando estas garantías. La solidaridad, por ejemplo, se plantea como regla general en el nuevo régimen y es un mecanismo que tiene un impacto muy grande porque hace que la empresa principal se preocupe de que la contratista o subcontratista esté al día en sus obligaciones laborales, ya que de otro modo las tiene que asumir y es una solidaridad mucho más amplia que la que actualmente se plantea.

LM: *Si bien los Estados pueden cambiar su legislación interna, también es cierto que tienen suscritos convenios internacionales que deben respetar, en materia laboral, por ejemplo, los suscritos con la Organización Internacional del Trabajo (OIT). ¿Cuál es su opinión respecto del rol de la OIT en estos últimos años en este contexto de reformas?*

JN: Yo creo que eso tiene que ver con los límites del Derecho Internacional Público, con la eficacia de las resoluciones de los organismos de control; sus pronunciamientos no se imponen coactivamente, no son como sentencias de la Corte Interamericana, que actúan como si fueran sentencias de la Corte Suprema. Yo creo que la OIT tiene una importancia moral y técnica enorme que debería llevar a los Estados democráticos a cumplir con sus normas y recomendaciones, pero no se pueden imponer. Lo eficaz en el marco del nuevo comercio internacional serían las sanciones económicas impuestas por un Estado poderoso a un Estado débil e infractor, eso sí sería eficaz. Curiosamente eso se puede hacer en la Organización Mundial del Comercio; eso querían los países poderosos y los que no quisieron fueron los países pobres que llevaron este tema a la OIT para que no haya sanciones económicas, porque el *dumping* social viene más bien de aquí hacia allá. Y la OIT también se ha puesto conservadora desde la caída del muro de Berlín porque ya no hay el contrapeso de los Estados socialistas. Hoy el bloque de Estados están más bien tirados hacia lo liberal y los empleadores se han visto fortalecidos en el contexto de globalización. Por ello, se produce todo

este fenómeno de flexibilización de los convenios y ocurren cosas como que, por ejemplo, no se pueda aprobar el convenio de subcontratación.

LG: *En este contexto de reformas legales, ¿cree que también se ha producido una reforma sindical o es que más bien ha habido un problema de inercia sindical?*

JN: Yo veo una ebullición relativa, pero una ebullición importante en los sindicatos. Hay cada vez más sindicatos nuevos, sindicatos compuestos por gente joven, sindicatos que ya no luchan puramente por lo económico, entonces yo miro con cierto optimismo el fenómeno sindical, me parece que no son los sindicatos de hace diez años y creo que hay que apostar por apoyar ese fenómeno.

307

ENTREVISTA
AL DOCTOR
JAVIER NEVES

La flexibilidad laboral en España y Perú: análisis de ciertos aspectos diferenciadores

Labor flexibility in Spain and Peru: Analysis of some
differential aspects

SERGIO ARTURO QUIÑONES*

Resumen: En el presente artículo se efectúa un análisis comparado de los procesos de flexibilidad laboral llevados a cabo en las últimas décadas tanto en España como en Perú, buscando identificar los principales aspectos diferenciadores entre ambos a partir de tres factores: (i) la existencia o no de un marco político de referencia; (ii) las características del mercado de trabajo que inciden en la regulación de la contratación individual; y (iii) la potencialidad de la negociación colectiva.

Palabras clave: flexibilidad laboral – política de empleo – mercado de trabajo – negociación colectiva

Summary: This paper contains a comparative analysis of the labor flexibility processes held in the past decades both in Spain and Peru, trying to identify the most relevant differential aspects between them based on the following three factors: (i) the existence —or not— of a political framework; (ii) the labor markets particularities that influence the regulation of the individual labor contracts; and (iii) the potential of unions and collective bargaining.

Keywords: labor flexibility – employment policies – labor market – collective bargaining

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I. ANTECEDENTES.– II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.– II.1. ENFOQUES SOBRE LA FLEXIBILIDAD LABORAL.– II.1.1. FLEXIBILIDAD COMO NECESIDAD IMPUESTA POR EL MERCADO.– II.1.2. FLEXIBILIDAD COMO ESTRATEGIA EMPRESARIAL.– II.2. ALGUNOS APUNTES DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA.– II.3. POSIBLES EFECTOS.– III. EL CASO ESPAÑOL.– III.1. MARCO POLÍTICO DE REFERENCIA.– III.2. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN INDIVIDUAL.– III.3. POTENCIALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.– IV. EL CASO PERUANO.– IV.1. MARCO POLÍTICO DE REFERENCIA.– IV.2. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN INDIVIDUAL.– IV.3. POTENCIALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.– V. CONCLUSIONES.

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogado por la PUCP y magister en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: sergio.quinones@hotmail.com

La flexibilidad laboral es el discurso dominante en materia de empleo en la actualidad; de hecho, lo ha sido durante las últimas tres décadas y no parece que vaya a dejar de serlo en los próximos años.

El discurso en cuestión ha sido extendido y asumido generalizadamente, aunque ha adoptado ciertos matices en cada Estado donde se ha implementado. Ello ha dependido de un conjunto de características propias, como son su cultura y tradición política, la estructura de su sistema productivo o la correlación de fuerzas entre sus actores sociales.

Precisamente, el objetivo del presente artículo es efectuar un análisis comparado de los procesos de flexibilidad laboral llevados a cabo en España y Perú, poniendo especial énfasis en identificar los aspectos diferenciadores entre ambos.

A manera de hipótesis, creemos que las principales diferencias se presentan básicamente debido a tres factores: (i) la existencia —en el caso español— de la Estrategia Europea de Empleo como marco político de referencia dentro del cual se inserta la flexibilidad, en tanto mecanismo para conseguir una serie de objetivos comunitarios; marco político que es inexistente en el caso peruano; (ii) aun cuando la marcada temporalidad de la contratación individual sea un elemento compartido, el mayor problema en el caso peruano sigue siendo la informalidad antes que la «dualidad» del mercado de trabajo, como es en el caso español; y (iii) la mayor potencialidad de la negociación colectiva en España frente al disminuido alcance que tiene en la actualidad en el Perú.

A tal efecto, iniciaremos nuestro análisis con unos breves apuntes —a manera de antecedentes— sobre el Estado de Bienestar para luego explorar los principales enfoques teóricos que abordan el concepto de flexibilidad laboral y sus posibles efectos. Así, sobre la base de un marco conceptual compartido, formularemos las principales diferencias que podamos identificar entre los procesos de flexibilización laboral de España y Perú, planteando, a su vez, una posible explicación para ello.

I. ANTECEDENTES

En el caso de Europa occidental, la flexibilidad laboral y el Estado de Bienestar son conceptos que se encuentran íntimamente vinculados. De hecho, como nos recuerda Recio¹, el concepto de flexibilidad laboral fue puesto en circulación a inicios de la década de 1980 como un elemento clave para superar la crisis empresarial y de empleo imperante en la época, introduciendo así una noción que criticaba el modelo laboral productivo del Estado de Bienestar —fundamentado en el pensamiento

1 RECIO, Albert. «Aspectos económicos de la flexibilidad temporal». *Trabajo*, XIII (2004).

keynesiano—, para proponer vías de solución a la crisis asociadas a la escuela neoclásica-liberal.

Efectivamente, las sociedades industriales de la posguerra se constituyeron tradicionalmente sobre la base del principio de estabilidad; vale decir, sobre la necesidad de eliminar la incertidumbre y el riesgo (de desempleo) a través de fuertes pactos sociales y regulaciones laborales que generaron empleo estable a los ciudadanos. Por su parte, en términos organizativos, este modelo se basó en el sistema de producción fordista-taylorista: división del trabajo, organización jerárquica, producción en serie y mercado de masas.

En suma, como señalan Crespo y Serrano², la estabilidad y el bienestar social se institucionalizaron mediante el establecimiento del Estado de Bienestar y la norma social del empleo estable. En este marco, el individuo era considerado miembro de una colectividad, en la que el empleo era la base de un sistema contributivo de seguridad social cuyos beneficios incluían, entre otros, la protección contra el desempleo, y esta protección era un derecho intrínseco a la condición de ciudadano.

En la misma línea, Miguélez³ apunta que el modelo de empleo en Europa occidental, luego de la Segunda Guerra Mundial, era el empleo estable, y precisa que, aunque no fue la situación de todos los ciudadanos —sobre todo de las mujeres—, sí fue la norma a la que razonablemente se aspiraba como sociedad. De allí que las reformas estructurales que se introducen en la década de 1980 —como consecuencia de la crisis económica de la década anterior— empiezan a quebrar o, en ciertos países, a romper la norma social del Estado de Bienestar.

Ciertamente, con el cambio de modelo productivo, al de la «sociedad global del conocimiento», el riesgo es considerado algo inevitable, por lo que la flexibilidad —como idea de adaptación al cambio— resulta necesaria para afrontar dicha incertidumbre. Así, en vez de proteger a los individuos contra el riesgo, el Estado debería brindar las herramientas para que los individuos puedan manejar dicho riesgo. En definitiva, es el individuo el responsable directo de manejar el riesgo de desempleo, pues ya no se trata de un derecho adquirido, sino de una «ciudadanía» que hay que ganarse⁴.

Ahora bien, la secuencia de acción descrita en las líneas previas no necesariamente resulta aplicable al caso de América Latina, e incluso menos al de un Estado en concreto como el Perú. De hecho, tal como

311

LA FLEXIBILIDAD
LABORAL EN
ESPAÑA Y PERÚ:
ANÁLISIS DE
CIERTOS ASPECTOS
DIFERENCIADORESLABOR FLEXIBILITY
IN SPAIN AND
PERU: ANALYSIS
OF SOME
DIFFERENTIAL
ASPECTS

2 CRESPO, Eduardo & Amparo SERRANO. *Are activation models converging in Europe?* Bruselas: ETUI, 2004.

3 MIGUÉLEZ, Fausto. «La flexibilidad laboral». *Trabajo*, XIII (2004).

4 CRESPO, Eduardo & Amparo SERRANO. Ob. cit.

está definido, podemos afirmar que el Estado de Bienestar nunca se estableció en el Perú como modelo social.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un documento de análisis sobre las reformas laborales aplicadas en los países latinoamericanos, señala que luego de la crisis de la década de 1930 el modelo de desarrollo económico prevaleciente en América Latina fue el de la economía «cerrada» y el de la aplicación de una política de crecimiento «hacia adentro», cerrando su mercado a la competencia internacional, modelo que también fue denominado de «sustitución de importaciones».

En la mayoría de países este modelo mantuvo su vigencia por lo menos hasta la década de los ochenta, época en la que la crisis económica acentuó el cuestionamiento del «Estado Protector» y del modelo de desarrollo económico «cerrado», que se presumía agotado en la medida que daba muestras de incapacidad para mantener el crecimiento económico, generar empleos productivos, controlar la inflación y mejorar o, cuando menos, mantener el nivel de los ingresos⁵.

En este contexto, Brasil y Chile ensayaron modelos de inserción en una economía mundial o globalizada aplicando recetas más ortodoxas, basadas en la revalorización del papel del mercado en la asignación de recursos. El éxito particular del modelo chileno animó a que muchos países pusieran en ejecución programas de «ajuste estructural», entre los que podemos encontrar a Bolivia, Costa Rica y México, a partir de 1985, Colombia en 1990, Argentina en 1991 y Perú en 1992.

Parte de estos denominados «ajustes estructurales» supusieron, naturalmente, la flexibilidad del mercado laboral. En ese sentido, el propio documento de la OIT deja en evidencia que —junto con Argentina— en el Perú «las reformas han sido más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador»⁶.

En definitiva, sea como una crítica al Estado de Bienestar de Europa occidental —que supone un modelo no solo productivo, sino fundamentalmente social— o como un «efecto contagio» generado por la necesidad de modificar el modelo productivo de sustitución de importaciones en América Latina, la flexibilidad laboral se ha impuesto en España y Perú como el esquema indiscutible a seguir —hasta ahora— en materia de mercado de trabajo.

5 OIT. «Reformas laborales y procesos de integración en los países de la OEA: 1980-2000». Lima: Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo 147, 2002.

6 *Ibidem*, p. 3.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

II.1. Enfoques sobre la flexibilidad laboral

Aunque se trata de un concepto que lleva ya tres décadas inmerso en el vocabulario académico y político, la flexibilidad no deja ser una noción ambigua. Como bien apunta Óscar Ermida, el uso del término en cuestión está teñido de intencionalidad, de una clara toma de posición ideológica. De este modo, se suele oponer la expresión «flexibilidad» como algo positivo frente a las condiciones negativas que supone su contraria, la «rigidez», que «evocaría calificativos de tosco, burdo, torpe, inadaptable»⁷.

En la misma línea de razonamiento, Recio nos recuerda que la rigidez suele ser considerada una de las causas básicas del desempleo, utilizándose esta línea argumental para explicar los mayores niveles de desempleo que padecía la Unión Europea frente a otros países capitalistas desarrollados como Japón o Estados Unidos⁸.

En todo caso, lo cierto es que, en el ámbito internacional, la definición invocada con mayor frecuencia ha sido la consignada en el llamado «Informe Dahrendorf», preparado por un grupo de expertos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y que la concibe como la capacidad de los individuos en la economía y en particular en el mercado de trabajo de renunciar a sus costumbres y de adaptarse a nuevas circunstancias.

Pues bien, en las siguientes líneas analizaremos dos enfoques que buscan explicar las razones que han impulsado esta necesidad global de que los individuos y, en concreto, los mercados de trabajo sean flexibles, vale decir, tengan «capacidad de adaptación».

II.1.1. Flexibilidad como necesidad impuesta por el mercado

Cabría empezar señalando que este es el enfoque mayoritario y generalizado, tanto en la literatura especializada como en el discurso político. A partir de esta visión, la flexibilidad fue introducida, extendida y consolidada en los mercados de trabajo durante las últimas décadas.

La idea central, como explica Miguélez, es considerar a la «rigidez» del modelo de producción fordista-taylorista como la causa principal de la crisis de los años setenta y ochenta, en tanto le impedía adecuarse a las «nuevas demandas» del mercado. Se señalaba que la producción en grandes series se había estancado porque no había suficiente demanda en los países centrales —saturados ya de ese tipo de bienes— y no se habían

LA FLEXIBILIDAD
LABORAL EN
ESPAÑA Y PERÚ:
ANÁLISIS DE
CIERTOS ASPECTOS
DIFERENCIADORES

LABOR FLEXIBILITY
IN SPAIN AND
PERU: ANALYSIS
OF SOME
DIFFERENTIAL
ASPECTS

7 OIT. «Estudios sobre la flexibilidad en el Perú». Lima: Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo 124, 2000, p. 9.

8 RECIO, Albert. «Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 5 (1994).

abierto nuevos mercados en otros países. En esa línea de pensamiento, se postulaba que se mantendría la demanda de quienes buscan «diferencia y distinción» y que siguen teniendo un gran poder adquisitivo. Por ello, la rígida organización del trabajo fordista-taylorista debía ser modificada hacia modos de producción más «a la carta», cambiantes y flexibles.

En suma, como señala el autor citado, «se dice que el mercado de bienes y servicios se ha flexibilizado en el sentido de que es menos estándar y se ha tenido que especializar según demandas más particulares, lo que ha llevado a la flexibilización —es decir, una utilización más diversificada— de la tecnología y del trabajo y estas, necesariamente, a la del mercado de trabajo y del empleo»⁹.

En igual sentido, Recio señala que —bajo el enfoque que venimos analizando— la flexibilidad laboral supondría adaptación de las empresas al «nuevo» mercado y concesión de derechos y beneficios por parte de los trabajadores, pues se consideraba que el mayor obstáculo para la adaptación de las primeras era el exceso de protección de estos últimos. Ahora bien, este «nuevo» mercado se caracterizaría por la inestabilidad económica propia de la época de los ochenta (recurrentes *shocks*), la importancia del nuevo marco competitivo internacional y la existencia de nuevas y más variadas demandas de bienes y servicios.

Sin embargo, nos parece interesante reseñar algunos de los cuestionamientos que el mencionado autor formula a esta idea de un «nuevo» mercado: (i) la «volatilidad» de los mercados se asume como inherente al sistema, cuando no como resultado de una mala política económica; (ii) la competitividad internacional parece haberse reducido a la exigencia de menores derechos laborales y salarios a fin de abaratar precios; y (iii) la existencia de nuevas y variadas demandas puede ponerse en duda porque parecen más bien inducidas por una propaganda consumista, antes que generadas autónomamente, y porque no toman en cuenta la creciente desigualdad distributiva entre la población¹⁰.

Efectivamente, consideramos que el enfoque que hemos reseñado solo se puede sustentar en tanto la «idea-base» de un mercado global con una demanda de bienes y servicios cambiante y diversa que impone la flexibilización se mantenga «incólume»; lo que parece altamente discutible o, al menos, que así lo sea de manera generalizada, sin admitir particularidades por países, sistemas productivos y sectores económicos.

9 MIGUÉLEZ, Fausto. Ob. cit., p. 18.

10 RECIO, Albert. «Aspectos económicos de la flexibilidad temporal».

II.1.2. Flexibilidad como estrategia empresarial

Desde este enfoque, la flexibilidad es, en realidad, una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo.

Efectivamente, en línea con las críticas anotadas al final del acápite anterior, Miguélez señala que no siempre estamos ante la presencia de un mercado de bienes y servicios más flexible, en realidad, más que productos o servicios «a la carta», se trata de los mismos productos y servicios con «variaciones a la carta». En tal sentido, la flexibilización sería la respuesta a la construcción artificial de una realidad con el fin de justificar prácticas empresariales sobre el factor trabajo. Así, «el origen del proceso podría estar directamente en una estrategia de flexibilización del mercado de trabajo y del empleo con el ánimo de reducir los costes del trabajo o de introducir criterios más ágiles y más fáciles de control del mismo»¹¹.

Con mayor razón, el citado autor recuerda que las empresas han tenido que conjugar siempre cuatro factores con el objetivo de generar ganancias: la tecnología, el mercado, el trabajo y el entorno político. Durante la época previa a la crisis de los ochenta, existía certeza para los empresarios sobre los cuatro factores: la tecnología era constante y duradera, el mercado estaba protegido, y el factor trabajo y el entorno político eran estables debido a la norma social del empleo en el Estado de Bienestar.

Sin embargo, con el fenómeno de la globalización económica se incrementan las incertidumbres respecto al factor tecnología y al factor mercado: los mercados se hacen inestables y la tecnología se hace obsoleta a gran velocidad. Dichas incertidumbres ya no pueden ser despejadas a nivel interno de cada país, ni siquiera con apoyo del Estado; por tanto, se rompen las reglas de equilibrio hasta entonces vigentes en muchos países, y los empresarios van variando su estrategia con el fin de controlar cada vez más en exclusiva el tercer factor, el trabajo. De allí que en opinión de Miguélez y Prieto, «ese es el significado profundo de la llamada flexibilización del trabajo [...] la utilización, según conveniencia, en extensión y en intensidad, del trabajo (jornada) y de la fuerza de trabajo (empleo) permite desplazar las incertidumbres del proceso hacia los trabajadores mismos»¹².

Como puede apreciarse, desde este enfoque, la atención central no recae en un «nuevo mercado» que «impone» la flexibilidad, sino en unas «empresas» que «deciden» cambiar sus estrategias hacia la flexibilización.

11 MIGUÉLEZ, Fausto. Ob. cit., pp. 18-19.

12 MIGUÉLEZ, Fausto & Carlos PRIETO. «Crisis del empleo y cohesión social». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, XIX (2001), p. 233.

En definitiva, para las empresas, flexibilidad supone tener certidumbre sobre el factor trabajo y más y mejor disponibilidad de su fuerza de trabajo; por el contrario, para los trabajadores significa incertidumbre de cara al futuro y cada vez menor disponibilidad sobre su vida cotidiana.

II.2. Algunos apuntes desde la perspectiva jurídica

Sea como necesidad impuesta por el mercado o como estrategia empresarial, la flexibilidad se ha traducido jurídicamente en un cambio de las normas que regulan el contrato de trabajo.

Estas nuevas reglas han incrementado la libertad del empleador, que originariamente había sido recortada por el Estado y los sindicatos —debido a la disparidad del poder de negociación de las partes—, permitiéndole tener ahora mayor control sobre el factor trabajo en un mundo en que el mercado y la tecnología son inciertos.

De este modo, desde la perspectiva jurídica, la flexibilidad laboral ha sido sinónimo de «desregulación»; vale decir, no de eliminación de la norma laboral, sino de una nueva manera de regular el contrato de trabajo, que se aleja de la protección laboral clásica, con la finalidad —real o presunta— de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa.

Ciertamente, como señala Romagnoli, el concepto de «desregulación» resume las orientaciones legislativas que convergen hacia un desenlace común: «ayudar a las empresas a salir, más competitivas que antes, del túnel de la crisis económica de los años setenta, restituyendo a las mismas los márgenes para una gestión flexible de la mano de obra suprimidos por el preexistente derecho sindical y del trabajo, ya fuese de origen legislativo o convencional»¹³.

Ahora bien, en este acápite nos interesa llamar la atención sobre el hecho de que esta «desregulación» laboral conduce, como lo hemos adelantado, a que el empresario traslade el «riesgo» (o incertidumbre) económico —inherente a la actividad productiva— hacia el trabajador, lo que, en nuestra opinión, desnaturaliza el fundamento de la relación laboral.

En efecto, debemos recordar que el contrato de trabajo es el vínculo jurídico entre un trabajador que pone su fuerza de trabajo a disposición de un empleador, quien le retribuye con un salario. En dicha puesta a disposición (subordinación) el trabajador le confiere al empleador el poder de dirigir su actividad. Es decir, el contenido de la promesa en el contrato de trabajo es uno de actividad subordinada, y no de resultado

¹³ ROMAGNOLI, Umberto. «La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, I (1992), p. 15.

(condicionado a la ganancia o pérdida), de allí que resulte esencial que el trabajador sea ajeno a los riesgos de la actividad empresarial.

Consideramos, pues, que la flexibilidad o «desregulación» conduce —entre otros efectos perniciosos que veremos más adelante— a la desnaturalización del contrato de trabajo, toda vez que permite al empleador trasladar hacia el trabajador los riesgos (incertidumbres) de su actividad empresarial. Ello, desde la perspectiva jurídica, al menos, debería ser un factor ineludible de análisis al implementar medidas de flexibilización laboral.

II.3. Posibles efectos

Distintos autores coinciden en señalar que la flexibilidad laboral puede conducir a la precarización del empleo¹⁴. Ciertamente, aunque no son sinónimos, la aplicación de diversos tipos de flexibilidad —sobre todo la numérica externa e interna¹⁵— puede conducir a la precarización del mercado laboral. De hecho, como se explicará más adelante, este ha sido uno de los efectos más perjudiciales generados por los procesos de flexibilización laboral implementados en España y Perú.

Y es que la precariedad no es solo temporalidad del empleo, se trata en realidad de llevar poco a poco a los trabajadores a una situación tal de inseguridad y vulnerabilidad que les impida incluso tomar el control de sus propios proyectos de vida. Comporta, pues, temporalidad, pero también falta de formación, bajos salarios, malas condiciones, jornadas discontinuas, incertidumbre, entre otros elementos.

En síntesis, la precariedad, como fenómeno laboral y social, «reduce la capacidad y autonomía de los trabajadores para planificar y controlar su vida profesional y social, a la vez que comporta una acusada asimetría de las relaciones de poder entre capital y trabajo que definen la relación laboral»¹⁶.

Ahora bien, a lo anterior debe agregarse como uno de los principales efectos de la flexibilidad el de la «descolectivización» de la clase trabajadora.

Efectivamente, como señala Castel, con la crisis que se inició a mediados de la década de 1970, y que continua hasta la fecha, se produce la desagregación de la sociedad salarial, es decir, «la trayectoria ascendente de la consolidación del asalariado se rompió, lo que puso en cuestión la

14 Sobre el particular, revisar: CANO, Ernest. «La lógica de la precariedad laboral: el caso de la industria valenciana del mueble». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, XIII (1998); MIGUÉLEZ, Fausto. Ob. cit.; y ALOS, Ramón. «Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales. El sindicalismo ante la acción colectiva». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, XXVI, 1 (2008).

15 Ajuste a las fluctuaciones de la demanda del volumen de empleo y del volumen de horas de trabajo, respectivamente.

16 CANO, Ernest. Ob. cit., p. 208.

asociación creciente del trabajo y de las protecciones que el progreso social parecía promover»¹⁷.

Surgen, pues, con esta etapa dos grandes riesgos para los asalariados: el del paro y el de la precariedad; ambos riesgos quiebran las «homogeneidades intracategoriales» y rompen las «solidaridades intracategoriales que reposaban en la organización colectiva del trabajo y en la homogeneidad de situaciones compartidas por amplios colectivos de trabajadores»¹⁸.

En definitiva, en un mercado laboral flexible, mientras más precarias se vuelvan las condiciones del empleo, más obligados se verán los trabajadores a competir entre sí a fin de proteger su empleo e irse «ganando la vida». Se genera así la «descolectivización» de los trabajadores y se pierde la noción de clase y la posibilidad de reivindicación colectiva de sus intereses.

Precarización del empleo y «descolectivización» de los trabajadores son, pues, en buena cuenta, los principales y más perjudiciales efectos que, en mayor o menor medida, pueden y se han generado como consecuencia de la flexibilidad laboral.

III. EL CASO ESPAÑOL

Como fue señalado en el apartado introductorio, en las páginas que siguen nos dedicaremos a analizar tres aspectos puntuales de los procesos de flexibilización llevados a cabo en España y Perú, empezando por España: (i) la existencia o no de un marco político de referencia; (ii) la regulación de la contratación individual; y (iii) la potencialidad de la negociación colectiva.

En el caso español, como se detallará a continuación, observamos que no se ha producido un único proceso de flexibilización laboral que marque un antes y un después en su mercado de trabajo. Por el contrario, entendemos que la flexibilidad ha sido introducida en España a través de una serie de reformas laborales sucedidas en las últimas décadas, y no todas necesariamente en el mismo sentido.

De hecho, en el mes de septiembre de 2010 entró en vigencia la ley 35/2010 que estableció medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ello con el objetivo esencial de contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española.

Más aun, estas primeras semanas del año 2012 vienen siendo escenario de un intenso diálogo social entre el flamante gobierno del Partido

17 CASTEL, Robert. «¿Por qué la clase obrera ha perdido la partida?» En DÍAZ-SALAZAR, Rafael (dir.). *Trabajadores precarios. Los proletarios del siglo XXI*. Madrid: HOAC, 2003, p. 174.

18 *Ibidem*, p. 176.

Popular, las organizaciones sindicales y las empresariales en torno a la implementación de una nueva y profunda reforma laboral que enfrente el agudo problema del desempleo derivado de la crisis financiera europea. El proceso de flexibilización laboral en España, pues, parece estar lejos de haber concluido.

En tal sentido, corresponde en este punto advertir que el análisis que se presenta en los apartados siguientes se basa en un marco institucional y normativo que podría ser objeto de importantes modificaciones en las próximas semanas o meses del año en curso¹⁹.

III.1. Marco político de referencia

Desde la entrada en vigencia del Tratado de Roma, a fines de la década de 1950, el pleno empleo siempre ha sido uno de los objetivos constantes de la Unión Europea (UE). La explicación la encontramos en la íntima vinculación que se le atribuye a la cohesión social y al pleno empleo.

Ciertamente, como señalan Miguélez y Prieto, «al menos desde el Tratado de Maastricht, en 1987, la cohesión económica y social se ha convertido para las autoridades de la UE en uno de los objetivos políticos más relevantes»²⁰, y aunque la causalidad entre ambos conceptos es bastante compleja, se entiende que en la mayoría de los países que hoy componen la UE, la cohesión social pudo ser lograda como resultado de una base sólida de bienestar individual y de políticas sociales que tuvieron como eje la existencia de pleno empleo. Así, se puede afirmar que para la UE el fortalecimiento de la cohesión económica y social pasa por facilitar el acceso al empleo.

Ahora bien, esta preocupación por el empleo a la que hemos aludido, que se remonta a los orígenes mismos de la UE, se consolida en 1997 con la aprobación de la Estrategia Europea de Empleo (EEE)²¹.

En efecto, a raíz de la introducción del nuevo título VIII sobre el Empleo en el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Consejo Europeo adoptó la EEE en la cumbre extraordinaria sobre el empleo celebrada en Luxemburgo en noviembre de 1997, a fin de coordinar las políticas nacionales en dicha materia.

La EEE crea un marco de vigilancia multilateral y se dirige, en particular, a que los Estados miembros se comprometan sobre un

19 Efectivamente, durante la semana en que culminó la redacción del presente artículo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. Los efectos que esta nueva reforma laboral producirá en el mercado de trabajo español y, de modo particular, en la dinámica de sus relaciones individuales y colectivas de trabajo, es un tema que amerita un próximo estudio complementario.

20 MIGUÉLEZ, Fausto & Carlos PRIETO. Ob. cit., p. 225.

21 Las referencias en torno a la EEE tienen como fuente la web oficial de la UE (http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/index_es.htm).

conjunto de objetivos y metas comunes en torno a cuatro pilares: (i) la «empleabilidad», como mecanismo de lucha contra el desempleo de larga duración y el desempleo de los jóvenes; (ii) el fomento del espíritu empresarial, a través de normas claras, estables y fiables para la creación y la gestión de empresas y la simplificación de las obligaciones administrativas para las pequeñas y medianas empresas; (iii) la adaptabilidad de las empresas a través de la modernización de la organización y la flexibilidad del trabajo; y (iv) la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

Como puede apreciarse, la flexibilidad laboral (pilar III) se inserta como un mecanismo más para conseguir una serie de objetivos comunitarios mayores. En ese sentido, Martínez señala que

todo indica que la inserción por lo económico y el empleo serían la piedra angular del actual modelo de política social europea. Siendo esto así, la EEE sería el eje central sobre el que gira la política social europea, y las medidas sociales que se diseñan y proponen para la integración socio laboral de los individuos²².

Siguiendo a Hyman²³, podemos afirmar que, pese a que la integración europea ha sido primordialmente un proyecto de construcción de un mercado común que ha eludido la creación de una política social y de empleo con carácter vinculante, la EEE termina constituyendo un marco político de referencia que establece pilares y objetivos alineados con el modelo social europeo al que se aspira.

A ello debe agregarse el que el Método Abierto de Coordinación —metodología de trabajo introducida por la EEE— facilite el debate político a distintos niveles y mediante un enfoque integrado: las acciones adoptadas en el ámbito del empleo han de ser coherentes con los ámbitos cercanos al empleo, como las políticas sociales, la educación, el régimen fiscal, la política empresarial y el desarrollo regional.

En definitiva, creemos que la existencia de la EEE significa un elemento diferenciador del proceso de flexibilidad español, pues tiene la potencialidad de permitir a los actores sociales, políticos, comunidades académicas y ciudadanía en general, analizar, debatir, evaluar y criticar la flexibilidad laboral dentro de un marco político mayor de referencia; y no como medidas en sí mismas, aisladas y desconectadas de un proyecto nacional macro, como consideramos sucede en el Perú.

22 MARTÍNEZ, Antonio. «El discurso de la Unión Europea en materia de políticas de empleo y exclusión social. Análisis sociológico de la Estrategia Europea de Empleo». *Papers*, XCVI, 1 (2011), p. 47.

23 HYMAN, Richard. «La rigidez flexible: ¿un modelo para una Europa social?». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, XIX (2001).

III.2. Regulación de la contratación individual

En línea con diversos autores que hemos consultado²⁴, tenemos que la regulación de la contratación individual en España ha pasado por una interesante evolución histórica que se inicia con cierta jurisprudencia y ordenanzas laborales —previas a 1976— que elaboran el principio de causalidad: las empresas deben contratar a trabajadores indefinidos para sus actividades permanentes y constantes, la contratación a plazo definido debe justificarse en causas temporales.

Este principio es consagrado legalmente en la Ley de Relaciones Laborales (LRL) de 1976, regulando tres contratos de duración determinada: obra o servicio, eventual e interinidad. El resto de contrataciones laborales debían ser indefinidas, con excepción de un conjunto de decretos dictados entre 1976 y 1979 que permitió utilizar el contrato temporal como política de lucha contra el desempleo.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 apuesta por un modelo dual de contratación temporal: una estructural (manteniendo los contratos de la LRL de 1976) y una coyuntural (a través de la autorización al Gobierno para implantar contratos temporales de fomento del empleo).

Un hito importante lo constituye la reforma laboral de 1984, pues con ella se flexibilizan los contratos temporales estructurales, al crear un cuarto tipo (lanzamiento de nueva actividad) y, sobre todo, al consolidar legalmente la contratación temporal de fomento del empleo. De este modo, en la década 1984-1994 se margina la modalidad contractual indefinida y se inicia un imparable proceso de precarización del mercado laboral español.

Ciertamente, como señala Recio, en esta época el mercado laboral español se convirtió en el más flexible de los países de la UE en materia de contratación laboral, con un crecimiento espectacular de empleo temporal: la tasa de temporalidad se incrementó del 15,8% en 1987 al 32,6% en 1993²⁵.

Ahora bien, con la reforma laboral de 1994 comienza la restauración del principio de causalidad en los contratos temporales, pese a que el Gobierno sigue haciendo uso de la contratación temporal como medida de fomento del empleo y se legalizan las empresas de trabajo temporal.

La reforma laboral de 1997 refuerza el principio de causalidad al derogar el contrato de lanzamiento de nueva actividad y eliminar las políticas

24 AGUILERA, Raquel. «El principio de «causalidad» en la contratación laboral». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, XXXIII (2001); LAHERA, Jesús & Juan Carlos GARCÍA. «La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, XXV, 2 (2007); y RECIO, Albert. «Flexibilidad laboral y desempleo en España (reflexiones al filo de la reforma laboral)».

25 *Ibidem*, p. 62.

de incentivo general del empleo temporal. Por el contrario, se crea un contrato de fomento de la contratación indefinida con un menor coste de despido improcedente y al que se confieren bonificaciones en el pago de las cuotas de Seguridad Social, destinado a algunos colectivos. Pese a ello, la alta tasa de temporalidad en España nunca llega a bajar del 31%.

Entre el año 2001 y 2005 se consolida el contrato de fomento de la contratación indefinida para amplios colectivos, pero se crea el contrato temporal de inserción, destinado al sector público y a las entidades sin ánimo de lucro, contrato que es finalmente derogado en la reforma laboral de 2006, la que, a su vez, introduce un novedoso límite en el encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador en la misma empresa. A pesar de esta medida, y de las renovadas subvenciones al empleo fijo, la tasa de temporalidad hacia el 2007 se mantenía en un 34%.

Finalmente, como fue señalado en párrafos anteriores, a fines de 2010 la ley 35/2010 introdujo medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo destinadas a reducir la dualidad del mercado de trabajo español, dentro de las que se incluye el establecimiento de un límite temporal máximo para los contratos de obra y servicio, se mejora la regla para evitar el encadenamiento de contratos temporales y se incrementa el monto de la indemnización por finalización de los contratos temporales.

Habiendo efectuado esta breve síntesis de la evolución histórica de la regulación del contrato individual de trabajo, podemos concluir que, aun cuando el marco normativo vigente no contiene un contrato normalizado de fomento del empleo temporal (por el contrario, hay una lista cerrada y tasada de contratos temporales), sí crea un escenario propicio para la generación de este tipo de empleo, lo que explicaría la continuidad a lo largo de los años de la alta tasa de temporalidad en España, que, según datos de la Encuesta de Población Activa, se ubicó en el 25,4% en el año 2009.

En opinión de Lahera y García²⁶, este «escenario propicio» para la contratación temporal se genera por las siguientes razones: (i) el amplio ámbito de los contratos temporales permite la contratación de trabajadores temporales en numerosos supuestos; (ii) la regulación flexible de la contratación temporal —en materia de protecciones y formalidades al contrato mismo—; (iii) la indemnización no es un factor disuasivo por su bajo coste; y (iv) la inexistencia de costes al encadenamiento de contratos temporales —hasta la reforma laboral de 2006—.

26 LAHERA, Jesús & Juan Carlos GARCÍA. Ob. cit.

Antes de concluir con el presente acápite, consideramos relevante llamar la atención sobre un aspecto en particular: la informalidad laboral. Como bien apunta Vogel²⁷, no existe ningún dato preciso que permita hacer comparaciones en el área europea, pero la realidad es que el «trabajo clandestino» afecta a categorías muy diversas de trabajadores, siendo los más vulnerables los trabajadores inmigrantes que no poseen permiso de residencia o de trabajo; en otros casos afecta a trabajadores en situación de desempleo, independientes, mujeres que no tienen acceso al mercado regulado de trabajo ni al paro, entre otros.

Sobre la base de la literatura e información estadística revisada, entendemos que la informalidad laboral y el impacto que ella genera en la composición del mercado de trabajo no ha sido considerada en los estudios sobre la flexibilidad laboral en España, lo que constituye un segundo aspecto diferenciador con el caso peruano.

III.3. Potencialidad de la negociación colectiva

Una primera característica del modelo sindical español es la elevada concentración de la afiliación, tanto sindical como empresarial, en un número reducido de organizaciones de representación colectiva que actúan a nivel nacional. En el seno de estas asociaciones se concentran las decisiones de actividad sindical, siendo sus cúspides de dirección quienes marcan las líneas más relevantes en materia de estrategia de negociación de los convenios²⁸.

Una segunda característica que menciona Cruz Villalón es la amplia experiencia desarrollada en la celebración de diversos Acuerdos Marco (Acuerdo Básico de Empleo, Acuerdo Marco Interconfederal, Acuerdo Nacional de Empleo, Acuerdo Interconfederal, Acuerdo Económico y Social), a través de los cuales se concertaba entre las partes las innovaciones principales a introducir en los contenidos de los convenios colectivos en todo el territorio nacional.

Ello se debe a que el Estatuto de los Trabajadores, desde su primitiva redacción de 1980, admite la celebración de Convenios Marco, de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma, para regular determinados aspectos estructurales de la negociación colectiva, con el fin de articular en cierta medida las negociaciones entre diferentes unidades de contratación en sus respectivos ámbitos de vigencia o establecer las reglas de solución de los conflictos entre convenios. Instaura, pues, una vía de centralización y articulación negocial²⁹.

27 VOGEL, Laurent. «Derecho del trabajo y precarización de derechos en los Estados de la Unión Europea». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, IX (1996).

28 CRUZ VILLALÓN, Jesús. «Estructura y concurrencia entre convenios colectivos». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, LXVIII (2007).

29 GALIANA, JESÚS. «NEGOCIACIÓN COLECTIVA». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, LVIII (2005).

Como resultado de ello, tenemos que desde el año 1997 se han suscrito distintos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva de nivel estatal, los cuales, con mayor o menor éxito, establecieron criterios generales, orientaciones y recomendaciones para la negociación de los convenios colectivos, tanto en materia salarial, como en diferentes aspectos de las relaciones laborales.

Finalmente, cabe destacar como una característica adicional del modelo sindical español el que, aunque el grado de densidad sindical (porcentaje de trabajadores asalariados afiliados a los sindicatos) es bastante reducido, el nivel de cobertura de la negociación colectiva (porcentaje de trabajadores potencialmente sujetos a la negociación colectiva cubiertos por la misma) es relativamente elevado en comparación con otros países de la UE.

Así, a manera de ejemplo, se señala que aunque la tasa de afiliación en España subió solo de 9% en 1980 a 15% en 2000 —de las más bajas en la UE—, el nivel de cobertura de la negociación colectiva es de casi 80-85%, ello debido a la eficacia general automática de los convenios colectivos prevista por ley, independientemente de que los trabajadores estén o no afiliados a los sindicatos firmantes³⁰.

Sobre el particular, la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo 2009 establece que el porcentaje de ocupados afiliados a algún sindicato en dicho año se ha elevado al 17,2%; asimismo, según el Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el año 2009 se celebraron un total de 5.002 convenios colectivos —entre nuevos y revisados— comprendiendo en sus alcances a 10.160.170 trabajadores.

En suma, se trata, pues, de un modelo de relaciones colectivas fuertemente centralizado, con vasta experiencia en el diálogo social y, aunque tiene una baja tasa de afiliación sindical —en comparación con la UE—, cuenta con un amplio nivel de cobertura de la negociación colectiva.

IV. EL CASO PERUANO

Siguiendo a Javier Neves³¹, podemos afirmar que el ordenamiento laboral peruano moderno ha tenido solo dos sistemas de relaciones laborales: (i) el de la primera fase del régimen militar a inicios de la década de 1970; y (ii) el instaurado como consecuencia de la reforma laboral llevada a cabo a inicios de la década de 1990.

30 PÉREZ, José Ignacio. «La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, XLVI (2003).

31 NEVES, JAVIER. *Balance de la Reforma Laboral*. DESCO, Documento de Trabajo, 1999.

Como señala el citado autor, pese a que dichos sistemas tuvieron orientaciones opuestas, se puede constatar en ambos dos características comunes: la metodología autoritaria de su puesta en práctica y la desconfianza por las organizaciones sindicales autónomas. Ello supuso que ambos sistemas fueran impuestos desde el Estado sin diálogo ni concertación con el interlocutor sindical (pese a que sí lo hubo con el empresarial).

Ahora bien, tanto Neves³² como Villavicencio³³ coinciden en apuntar que la necesidad de sustituir el sistema laboral del régimen militar se planteó desde dos perspectivas distintas: la jurídica y la económica. La primera se fundamentaba en la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, que adoptaba un modelo de estado democrático y social, opuesto a los rasgos controlistas y represivos de la regulación militar. En el plano económico, América Latina sufría también los efectos de la crisis económica de la década de 1980, lo que impulsaba la necesidad de flexibilizar los mercados laborales, a lo que se sumaba la introducción de innovaciones tecnológicas a las que era necesario adecuarse.

Se trataba, pues, «de disminuir el exceso de regulación estatal de detalle, dejando márgenes mayores de decisión a la autonomía privada, especialmente en el plano colectivo, pero también en el individual [...] De este modo se daría una adecuación apropiada a las nuevas circunstancias»³⁴.

Ahora bien, es importante resaltar que en el caso peruano la reforma laboral de los noventa generó, primero, una desregulación de las relaciones individuales de trabajo, haciendo retroceder al Estado en su función compensadora, para luego regular intensamente las relaciones colectivas, manteniendo el esquema intervencionista y restrictivo histórico. Así, la desregulación en lo individual (reforma) y la «sobreregulación» en lo colectivo (continuismo) resultaron caminos complementarios e intensamente vinculados a un objetivo común: fortalecer la posición del empresario en el establecimiento de las condiciones de trabajo³⁵.

En definitiva, y como se detalla en las siguientes páginas, el ajuste estructural de los noventa en el Perú buscó favorecer al máximo la posición empresarial, en tanto política a través de la cual se generarían más y mejores empleos, lo que —ahora queda en evidencia— nunca

32 *Ibidem*.

33 VILLAVICENCIO, Alfredo. «El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical». En SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SPDTSS). *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Lima: La Sociedad, 2001.

34 NEVES, Javier. *Ob. cit.*, p. 3.

35 VILLAVICENCIO, Alfredo. *Ob. cit.*

sucedió. Todo lo contrario, la rebaja de los niveles de protección de los trabajadores y la casi desaparición de los sujetos colectivos fueron las consecuencias directas de la reforma laboral de los noventa.

IV.1. Marco político de referencia

Desde nuestro punto de vista, en este aspecto se pueden identificar de plano dos diferencias básicas con el caso español: (i) no existe en el Perú un marco político de referencia similar a la EEE; y (ii) al inicio de la década de 1990 el Perú sufrió una ruptura democrática³⁶ que condujo a la aprobación de una nueva Constitución Política.

Efectivamente, con relación a lo primero, más allá de planes coyunturales a favor del empleo, usualmente cambiantes con cada gobierno de turno, no existe en el Perú un marco político de referencia que establezca pilares y objetivos marco que se alineen hacia la consecución de un modelo social nacional.

En nuestra opinión, dicha ausencia impide que la flexibilidad laboral sea objeto de un debate político y social serio y que se inserte como una medida coherente con otras políticas de índole social, educativa, fiscal y empresarial. Por el contrario, nuestra percepción es que las medidas de flexibilidad laboral implementadas en el Perú han sido concebidas como fines en sí mismas, aisladas y desconectadas de un proyecto nacional marco.

Como acertadamente anota Villavicencio, «parte de nuestro drama es que no somos capaces aún de generar un consenso social que se exprese en la Constitución, de manera que luego todos nos preocupemos, en mayor o menor medida, de exigir su cumplimiento. Y ese proceso, desgraciadamente, todavía continua inconcluso en el Perú»³⁷.

Ahora bien, con relación a la segunda diferencia mencionada, es importante señalar que a inicios de la década de los noventa la Constitución Política de 1979 —adoptada luego del gobierno militar de los setenta— fue sistemáticamente «acusada» desde la tribuna oficialista y empresarial de ser extremadamente rígida en muchas de sus postulaciones. Desde allí se impulsó la necesidad de superar dichas rigideces y reglamentaciones excesivas que supuestamente venían retrasando el normal desarrollo evolutivo de la legislación laboral de nuestro país (hacia la flexibilidad, se entiende).

En este contexto, como señala Carrillo, la Constitución Política de 1993 se adopta —desde la perspectiva del empleo— con el objetivo de

36 El «autogolpe» de Estado perpetrado por el entonces presidente, Alberto Fujimori, el 5 de abril de 1992.

37 VILLAVICENCIO, Alfredo. Ob. cit., p. 275.

permitir que se legisle a favor de la flexibilización del derecho laboral, incentivando con ello las inversiones privadas, facilitando el crecimiento económico y, supuestamente, la creación de más y mejores empleos. La tendencia marcadamente flexibilizadora que se adoptó no hace más que poner en evidencia que lo que buscó la «desconstitucionalización» de los derechos laborales fue «que el legislador ordinario o acaso el gobernante —con medidas extraordinarias— sea el libre y no condicionado configurador del nuevo derecho laboral»³⁸.

Con este nuevo marco constitucional, el proceso de flexibilización laboral llevado a cabo en el Perú en la década de los noventa no fue concertado ni negociado. En realidad, «se llevó a efecto fundamentalmente bajo la orientación de los empleadores, sin que los sindicatos puedan insertarse dentro del proceso, y se efectuó a través de decretos inconsultos por parte del Gobierno»³⁹.

Efectivamente, como recuerda Ciudad, la política laboral del Gobierno en la década de 1990 se caracterizó por la ausencia total de mecanismos de diálogo social y concertación con los actores sociales. De hecho, las relaciones laborales, impregnadas de un clima de mutua desconfianza, no eran más que el reflejo de la ruptura democrática que se vivió desde 1992. En suma «durante la década del noventa no se valoró debidamente que el marco normativo de una sociedad pluralista debe suponer un compromiso, un pacto normativo de convivencia política entre los distintos sectores sociales»⁴⁰.

IV.2. Regulación de la contratación individual

Al igual que en el caso español, queremos empezar este acápite con una breve referencia a la evolución de la normativa que ha regulado la contratación individual en el Perú.

Sobre el particular, Neves⁴¹ nos recuerda que el primer sistema (el del gobierno militar de los setenta) giró en torno a dos instituciones fundamentales en materia de relaciones individuales de trabajo: (i) la estabilidad laboral, tanto en la contratación —dando preferencia casi exclusiva a la contratación indefinida sobre la temporal—, como en la extinción —prohibiendo el despido injustificado—; y (ii) la participación de los trabajadores en la propiedad, la gestión y las utilidades de las empresas.

38 CARRILLO, Martín. «La flexibilización del contenido laboral de la Constitución». En SPDTSS. Ob. cit., p. 56.

39 CIUDAD, Adolfo. «Efectos de la flexibilización del derecho individual del trabajo sobre las relaciones colectivas en el Perú». En SPDTSS. Ob. cit., p. 249.

40 *Ibidem*, p. 251.

41 NEVES, Javier. Ob. cit.

Ambas instituciones constituyeron la columna vertebral del régimen laboral durante la etapa militar, en tanto le proporcionaban «al trabajador la seguridad del mantenimiento de una relación duradera y pretendían comprometerlo con los resultados de la gestión empresarial, buscando sustituir la lógica del conflicto por la de la conciliación»⁴².

A diferencia del anterior, el sistema laboral instaurado con la reforma de los noventa sí abordó la integridad de las instituciones que conforman las relaciones individuales de trabajo, y en todos los casos —como apunta el citado autor— resulta evidente la rebaja de beneficios para los trabajadores y el incremento de los márgenes de decisión empresarial (tal vez con la sola excepción de la compensación por tiempo de servicios).

En efecto, la reforma de los noventa atravesó por tres etapas (1991, 1995 y 1997), y cada una de ellas fue menos protectora que la anterior. El resultado de esta reforma es que «hoy una empresa tiene, en el Perú, muchas posibilidades de contratar personal que no esté a su cargo, o que estándolo no tenga garantías de permanencia en el empleo, ni perciba siquiera algunos beneficios indispensables»⁴³.

De este modo, el Estado ha cedido en su función compensadora de la desigualdad material entre trabajadores y empleadores, dejando un amplio margen de negociación que, lamentablemente, no ha sido llenado por la autonomía colectiva, sino por la individual, esto es, por la imposición unilateral de la voluntad empresarial.

En suma, se puede concluir que el principal efecto generado por la reforma laboral de los noventa ha sido la precarización del empleo,

hay una marcada disminución de la protección del trabajador, tanto en perspectiva horizontal (la población abarcada es menor, por el crecimiento de la informalidad, pero también por la admisión de modalidades no laborales de contratación de personal), como vertical (los derechos de esa población están severamente disminuidos, en calidad y cantidad)⁴⁴.

Ciertamente, otros autores⁴⁵ también coinciden en señalar como el principal efecto generado por el proceso de flexibilización implementado en el Perú a la precarización del empleo; vale decir, que el ajuste del mercado de trabajo durante los noventa se centró en el incremento cuantitativo del empleo (precario), antes que en la mejora de la calidad del empleo.

42 *Ibidem*, p. 5.

43 *Ibidem*, p. 6.

44 *Ibidem*, p. 7.

45 PASCO, MARIO. «CONTRATO DE TRABAJO TÍPICO Y CONTRATOS ATÍPICOS». En SPDTSS. Ob. cit.; SAAVEDRA, Jaime. *La dinámica del mercado de trabajo en el Perú antes y después de las reformas estructurales*. Santiago de Chile: CEPAL, 1999.

En la misma línea, Campana y Prella concluyen que los resultados en materia de flexibilidad de la contratación laboral distan de ser satisfactorios. No solo tuvieron limitados efectos sobre la generación de empleo de calidad, sino que tuvieron negativas consecuencias sobre el funcionamiento del mercado de trabajo. Así, «el resultado práctico de las reformas en materia de contratación tiene que ver directamente con la precarización de las relaciones laborales, como con la sustitución de trabajadores estables por temporales (en aplicación combinada de la flexibilidad de entrada y de salida) e incluso clandestinos»⁴⁶.

Lo anterior se puede corroborar con información estadística⁴⁷, de la que se desprende que a nivel nacional la tasa de asalariados privados contratados temporalmente se incrementó del 15,3% en 1998 al 25,2% en 2009. En cambio, la tasa de contratados a plazo indefinido se redujo del 17,6% en 1998 al 11,2% en 2009.

Esta dualidad del mercado laboral formal conlleva, además de que solo haya aumentado el empleo temporal en desmedro del permanente, un conjunto de efectos negativos adicionales que ha sido acertadamente puesto en evidencia por Cuadros y Sánchez⁴⁸: (i) se observa una importante brecha de ingresos entre trabajadores que pertenecen a un mismo grupo ocupacional pero que han sido contratados bajo distintas modalidades —la diferencia es de casi el triple, en promedio—; (ii) se podría deducir que las empresas usan intensivamente la contratación temporal como un elemento disuasorio contra la afiliación sindical, toda vez que la prerrogativa de renovación de contratos recae en los empleadores; y (iii) el uso intensivo de la contratación temporal incrementa la tasa de rotación laboral, lo cual ha redundado, por un lado, en una menor duración media del empleo —entre 1986 y 2006 se redujo de ocho a cuatro años en Lima Metropolitana— y, del otro, en un nivel pobre de capacitación laboral.

Pues bien, hasta este punto, los efectos de la flexibilidad laboral sobre la regulación de la contratación individual parecen ser similares en España y Perú: una marcada dualidad del mercado laboral que conduce a la precarización del empleo.

Sin embargo, como se advierte ya en la propia información estadística mostrada, en el caso peruano ha jugado un papel gravitante la elevadísima tasa de informalidad laboral y el impacto que ella genera

46 OIT. Ob. cit., p. 67.

47 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI). «Encuesta Nacional de Hogares, III Trimestre, 1998-2000»; «Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua, 2004-2008». Elaboración: MTPE-Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL). Encuestas disponibles en el sitio web oficial del INEI (<http://www.inei.gov.pe/>).

48 CUADROS, Fernando & SÁNCHEZ Christian. «La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida». *Asesoría Laboral*, diciembre (2007).

en la composición del mercado de trabajo: 64% de informalidad en promedio durante el período revisado⁴⁹.

En efecto,

el peso específico del empleo formal en la economía peruana sigue siendo muy pequeño. De acuerdo a estimaciones mediante las últimas encuestas nacionales de hogares, solo uno de cada cuatro empleos en la economía peruana sería considerado mínimamente formal (es decir, que cuenta efectivamente con por lo menos uno de los beneficios estipulados por la legislación laboral, tales como seguro de salud, vacaciones, CTS, gratificaciones, sistema de pensión, sindicalización o contrato permanente)⁵⁰.

En la misma línea, se ha verificado que los índices de informalidad y sub empleo son alarmantes —entre los más altos de la región— y, pese a los esfuerzos que se realizan, no se aprecia una mejora en el mediano plazo. De hecho, el régimen común para los trabajadores peruanos es la informalidad («sin contrato»), es decir, la mayoría de personas son contratadas en forma verbal, bajo mecanismos informales o formales simulados⁵¹.

Precisamente, en atención a esta lucha contra la informalidad laboral, se aprobó en el año 2008 un régimen laboral especial para la micro empresa (hasta 10 trabajadores y un cierto tope en su nivel de ventas) y la pequeña empresa (hasta 100 trabajadores y un cierto tope en su nivel de ventas). Este régimen creó un estatuto diferenciado para los trabajadores empleados en dichas empresas, que supone —a grandes rasgos— la reducción generalizada de los derechos y beneficios laborales que tiene un trabajador sujeto al estatuto común.

Lo alarmante de ello es que, lejos de reducir los niveles de informalidad laboral, dada la estructura empresarial del mercado peruano, se ha sujetado aproximadamente al 76% del total de los asalariados privados a nivel nacional⁵² a un régimen profundamente desregulador y reductor de derechos.

En conclusión, consideramos que en el caso peruano la «lucha» contra la informalidad supone la segmentación de derechos laborales por tamaño

49 INEI. «Encuesta Nacional de Hogares, III Trimestre, 1998-2000» y «Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua, 2004-2008». Elaboración: MTPE - Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL). Encuestas disponibles en el sitio web oficial del INEI (<http://www.inei.gob.pe/>).

50 YAMADA, Gustavo. «Hacia una mayor flexibilidad y seguridad en el mercado laboral peruano». *Economía y Sociedad*, 70 (2008), p. 48.

51 TOYAMA, Jorge & otros. «Retos pendientes para implementar la flexiguridad en el Perú». Documento de trabajo no publicado, preparado por encargo de la CEPAL, 2008.

52 INEI. «Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua, 2009». Elaboración: MTPE - Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL). Encuesta disponible en el sitio web oficial del INEI (<http://www.inei.gob.pe/>).

de empresa (diferentes estatutos de trabajador según seas de una micro, pequeña o mediana/gran empresa), lo que, en nuestra opinión, equivale a legalizar la precarización del empleo de la abrumadora mayoría de asalariados peruanos.

IV.3. Potencialidad de la negociación colectiva

En materia de relaciones colectivas de trabajo, el sistema del régimen militar tuvo un marcado sesgo de control sobre las organizaciones sindicales, tanto en su constitución como en su accionar. Afirma Neves que

solo podía existir un único sindicato por ámbito (unicidad sindical) lo que favorecía el poder sindical, pero contrariaba el Convenio 87 de la OIT. La autonomía estaba amenazada constantemente por diversos organismos del Estado que pretendían dotar al régimen de una presencia sindical. No olvidemos que había una central creada y fomentada por el régimen (la Central de Trabajadores de la Revolución Peruana)⁵³.

En líneas generales, nos recuerda el citado autor, la negociación colectiva durante esta etapa estuvo marcada por un fuerte intervencionismo del Estado, quien participaba en cada una de las etapas por las que el procedimiento de negociación debía transcurrir.

Pese a esta injerencia en la autonomía sindical, los beneficios de los convenios colectivos eran de duración permanente por lo que la negociación colectiva tenía una tendencia progresiva que siempre incrementaba beneficios. Asimismo, aun cuando el nivel de negociación favorecido por el Estado era el de la empresa, no se llegó a impedir negociaciones a nivel de rama de actividad o gremio —en los que el poder sindical era mayor—.

La reforma de los noventa introdujo una nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que, en opinión de Neves, constituyó una mejora en tres aspectos centrales: (i) disminuyó la injerencia del Estado sobre las negociaciones colectivas; (ii) permitió la pluralidad sindical; y (iii) abrió diversas vías para la solución de los conflictos colectivos, como son la conciliación, la mediación y el arbitraje.

No obstante ello, estas mejoras no se extendieron a aspectos centrales de la materia, por lo que resultaron insuficientes para consolidar a los sindicatos frente al empresariado, cuyo poder se había reforzado enormemente en el campo de las relaciones individuales de trabajo.

En efecto, hay cuatro aspectos clave por los que la reforma de los noventa debilita la potencialidad de la negociación colectiva:

331

LA FLEXIBILIDAD
LABORAL EN
ESPAÑA Y PERÚ:
ANÁLISIS DE
CIERTOS ASPECTOS
DIFERENCIADORES

LABOR FLEXIBILITY
IN SPAIN AND
PERU: ANALYSIS
OF SOME
DIFFERENTIAL
ASPECTS

53 NEVES, Javier. Ob. cit. p. 8.

(i) adopta un modelo primitivo de fuero sindical —solo protege a ciertos dirigentes y solo frente al despido—; (ii) orienta compulsivamente la negociación colectiva al nivel de empresa, eliminando prácticamente los otros niveles de negociación⁵⁴; (iii) establece una vigencia temporal de los beneficios pactados en los convenios colectivos; y (iv) asume un modelo estático de huelga —solo para fines profesionales y supone el cese total de labores con abandono del centro de trabajo—⁵⁵.

Si a los aspectos legales antes mencionados se suma el hecho de que la reforma laboral en el aspecto individual condujo a la precarización del empleo, y esta generó una situación de extrema debilidad en la base misma de la vida sindical, tendremos la explicación de la grave crisis sindical presente al día de hoy en el Perú.

Ciertamente, como señalan Cuadros y Sánchez, luego de la reforma laboral de inicios de la década de 1990, las tasas de sindicación y la cantidad de convenios colectivos registrados sufrieron una drástica caída: en Lima Metropolitana, por ejemplo, el porcentaje de trabajadores sindicalizados se redujo del 21,9% en 1990 al 4,2% en 2007; mientras que el número de convenios colectivos registrados a nivel nacional disminuyó de, aproximadamente, 2000 en 1990 a poco más de 500 en 2009⁵⁶.

Entre las principales razones que explicarían esta disminución en la tasa de sindicación se encuentran el límite mínimo de trabajadores impuesto para constituir un sindicato (20 trabajadores para sindicato de empresa y 50 trabajadores para sindicatos de otra naturaleza), el uso intensivo de la contratación temporal por parte de la mediana y gran empresa, el crecimiento de la participación en el empleo de los trabajadores ocupados en el segmento de la microempresa, el incremento de la informalidad laboral, así como el debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad Administrativa del Trabajo, entre otras⁵⁷.

Para finalizar, queremos llamar la atención sobre una vital diferencia frente al caso español. Debido al diseño legal de nuestro modelo sindical, las bajas tasas de afiliación se traducen en bajas tasas de cobertura de la negociación colectiva⁵⁸, lo que claramente disminuye la potencialidad de la negociación colectiva en el Perú.

54 De hecho, ha tenido que ser a través de sendas sentencias del Tribunal Constitucional que se recuperó el nivel de negociación colectiva a nivel de rama de actividad en la construcción y en los puertos.

55 NEVES, Javier. Ob. cit.

56 CUADROS, Fernando & Christian SÁNCHEZ. «El rol estatal de fomento de la negociación colectiva». En *Libro del III Congreso Nacional de la SPDTSS*, 2008.

57 *Ibidem*.

58 Al 2007 solo el 8,9% de asalariados privados se encontraba sujeto a negociación colectiva (Fuente: Hoja de Resumen de Planillas. Elaboración: Fernando Cuadros Luque).

V. CONCLUSIONES

1. La «idea-base» de un mercado global con una demanda de bienes y servicios cambiante y diversa que impone la flexibilización resulta altamente discutible, en la medida que se ha generalizado sin admitir particularidades por países, sistemas productivos o sectores económicos. En atención a ello, consideramos más plausible entender la flexibilidad como una estrategia empresarial diseñada para enfrentar la incertidumbre del mercado y de la tecnología a través de un mayor control del factor trabajo.
2. La flexibilidad se ha materializado en una «desregulación» de la norma laboral. Ello, desde la perspectiva jurídica, conduce a la desnaturalización del contrato de trabajo, toda vez que permite al empleador trasladar hacia el trabajador los riesgos (incertidumbres) de su actividad empresarial, pese a que resulta esencial a dicho tipo de contrato la ajenidad en los riesgos para el trabajador.
3. Una primera diferencia que hemos identificado entre los procesos de flexibilización laboral llevados a cabo en España y Perú es que mientras el primero cuenta con la EEE como marco político de referencia, dicho marco político es inexistente en el caso peruano. En nuestra opinión, esta ausencia impide que la flexibilidad laboral sea objeto de un debate político y social serio y que se inserte como una medida coherente con otras políticas de índole social, educativa, fiscal y empresarial.
4. Un segundo aspecto diferenciador tiene que ver con la regulación de la contratación individual. Y es que aun cuando España y Perú comparten un mercado dual y precarizado —como efecto de la flexibilización—, el mayor problema en el caso peruano sigue siendo la informalidad laboral. Ello debido a que, con miras a combatirla, se ha creado un régimen diferenciado para los trabajadores de las micro y pequeñas empresas que supone —a grandes rasgos— la reducción generalizada de los derechos y beneficios laborales de aproximadamente el 76% de los asalariados privados.
5. Finalmente, las diferencias entre los modelos sindicales de España —centralizado, con vasta tradición en el diálogo social y amplia cobertura de la negociación— y de Perú —atomizado, con diálogo social incipiente y estrecha cobertura de la negociación— generan que la potencialidad de la negociación colectiva en el primero sea sustancialmente mayor que en el segundo.
6. En suma, pese a tratarse de un discurso generalizado, la implementación y los efectos de la flexibilidad laboral varían

333

LA FLEXIBILIDAD
LABORAL EN
ESPAÑA Y PERÚ:
ANÁLISIS DE
CIERTOS ASPECTOS
DIFERENCIADORESLABOR FLEXIBILITY
IN SPAIN AND
PERU: ANALYSIS
OF SOME
DIFFERENTIAL
ASPECTS

en cada Estado, dependiendo de un conjunto de características propias como son su cultura y tradición política, la estructura de su sistema productivo y la correlación de fuerzas entre sus actores sociales, tal como ha quedado en evidencia al comparar los casos de España y Perú.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur

The regulation of the labor effects of subcontracting:
Peru in South America

WILFREDO SANGUINETI*

Resumen: El presente artículo pretende situar los cambios operados en el tratamiento jurídico de los efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas en el Perú dentro del contexto de una tendencia más general a regular este fenómeno, tendencia operada en varios países de América del Sur de manera coincidente, con el fin de detectar sus puntos de coincidencia y sus singularidades. Asimismo, se interroga sobre la aptitud de las soluciones normativas introducidas para hacer frente a los problemas generados por el nuevo modelo productivo que expresan estas prácticas y ensaya propuestas para superar en el futuro sus debilidades.

Palabras clave: subcontratación – tercerización – descentralización productiva – outsourcing – derechos laborales

Summary: This article aims to place the operated changes in legal treatment of labor effects of the outsourcing of productive activities in Peru within the context of a more general trend to regulate this phenomenon operated in several countries in South America in a coincident way, in order to identify their points of coincidences and their singularities. It also questions the aptitude of regulatory solutions introduced to face up to problems generated by the new productive model which express these practices and it tests proposals to overcome in the future their weaknesses.

Keywords: subcontracting – decentralization of production – outsourcing – labor rights

CONTENIDO: I. UN TESTIMONIO SOBRE LOS ORÍGENES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS EN EL PERÚ.- II. UNA LLAMATIVA COINCIDENCIA: EL INTERÉS POR REGULAR EL MISMO FENÓMENO EN DIVERSOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL SUR.- III. DOS ENFOQUES DISTINTOS SOBRE LA MANERA DE ENCARAR LA SUBCONTRATACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO.- IV. EL ENFOQUE PATOLÓGICO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO ACTIVIDAD PROHIBIDA.- V. EL ENFOQUE FISIOLÓGICO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO ACTIVIDAD REGULADA.- VI. UNA CUESTIÓN, A PESAR DE TODO, PENDIENTE: LA REGULACIÓN DE LAS POSIBLES CONSECUENCIAS LABORALES NEGATIVAS DEL RECURSO LÍCITO A LA SUBCONTRATACIÓN.- VII. ALGUNAS ALTERNATIVAS VIABLES PARA EMPEZAR A AFRONTAR EL PROBLEMA DESDE LA AUTONOMÍA COLECTIVA.

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

I. UN TESTIMONIO SOBRE LOS ORÍGENES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS EN EL PERÚ

Una ocasión como esta, en la que luego de décadas de vinculación con la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi universidad de origen, tengo por primera vez la oportunidad de escribir en su revista, constituye un momento propicio para combinar la reflexión académica con el testimonio y la confidencia personales. Una licencia que de ordinario no nos permitimos quienes nos dedicamos a la docencia universitaria. Voy a empezar por ello este estudio, integrado en el número monográfico de Derecho dedicado a hacer balance de las reformas y transformaciones experimentadas por el Derecho del Trabajo en el Perú a partir de la primera oleada reformadora iniciada en los años noventa, compartiendo con sus lectores una experiencia personal que, con toda seguridad, ilustra más que cualquier referencia extraída de los repertorios legislativos y jurisprudenciales la naturaleza y los alcances del trascendental fenómeno que me propongo presentar.

Entre marzo y julio de 2004 tuve ocasión de desempeñarme como Jefe del Gabinete de Asesores del Ministro de Trabajo de nuestro país, atendiendo a la invitación que me formuló mi maestro de mis primeros años de universidad, el profesor Javier Neves Mujica. Los desafíos que enfrentaba el nuevo equipo de dirección del Ministerio eran inmensos. El Derecho del Trabajo había sido objeto en el Perú, a lo largo de los noventa, como todos sabemos, de un proceso de aguda flexibilización de signo autoritario, liberalizador en lo individual e intervencionista en lo colectivo, cuyos efectos sociales desestabilizadores era preciso tratar de equilibrar de algún modo. Esta era, sin embargo, una tarea que había venido siendo postergada por los Gobiernos que se sucedieron desde el retorno a la democracia en 2001. Nuestros primeros esfuerzos estuvieron dirigidos, por ello, a valorar la posibilidad de introducir al menos los cambios imprescindibles en la legislación vigente, particularmente en materia de relaciones colectivas de trabajo, mientras avanzaba la tramitación de un proyecto de Ley General de Trabajo que afrontaría integralmente la situación. Pronto tomaríamos conciencia, no obstante, de que tan importante como lo anterior era ofrecer alguna respuesta a un fenómeno cuyos efectos empezaban a hacerse patentes por entonces en el país. Me estoy refiriendo al recurso sistemático a la subcontratación de actividades productivas, en particular en los sectores extractivos y de servicios. Una práctica sobre cuyas negativas consecuencias, tanto sobre la calidad del empleo y las condiciones laborales de los trabajadores afectados, como respecto de la efectividad de los derechos colectivos, empezaban a acumularse las evidencias.

337

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

El panorama que entonces comenzaba a apuntarse ante nosotros era, matices aparte, en el fondo coincidente con las advertencias procedentes de la literatura especializada. Dentro de esta, constituye un lugar común afirmar que la subcontratación de actividades productivas es una herramienta de reconocida utilidad para mejorar la eficiencia y la capacidad adaptativa de las empresas, al permitirles concentrarse en el desarrollo de sus competencias nucleares, confiando la ejecución de las demás a colaboradores externos especializados. Sin embargo, bien que con menos intensidad, los estudiosos del fenómeno coinciden en destacar cómo, a la cada vez mayor difusión de estas prácticas, no es ajena la posibilidad que abren de obtener importantes reducciones en los costos asociados al factor trabajo.

El mecanismo que permite conseguir ese resultado es bastante simple. Se basa en la evitación, mediante el recurso a empresas auxiliares dotadas de personalidad diferenciada, de la configuración de una relación jurídica directa entre las sociedades que recurren a este mecanismo y los trabajadores que se encargan de atender sus necesidades. Este hecho, en apariencia puramente formal, hace posible una importante reducción de la calidad del empleo y las condiciones de trabajo de dicho personal. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, tanto la duración de los contratos de trabajo como las retribuciones y demás beneficios de quienes desarrollan las labores exteriorizadas dejan de depender de la empresa titular del encargo para hacerlo del contratista.

Lo anterior supone, antes que nada, que la vigencia de las relaciones de trabajo de dicho personal no está sujeta ya a las vicisitudes del desarrollo de la actividad productiva de la empresa principal, para vincularse a las de la contrata. El fin de esta se constituye, así, en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de los contratos de trabajo, así la actividad siga siendo necesaria para la principal; en tanto que la dificultad de garantizar el empleo más allá de la duración del encargo se convierte en una causa susceptible de ser utilizada para fundamentar la celebración de contratos de duración determinada, incluso cuando satisfagan necesidades permanentes. De allí que se suela identificar la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la externalización de actividades productivas.

A este efecto se añaden las consecuencias reductoras que este mecanismo puede desplegar sobre los salarios de los trabajadores de contrata. Debe tenerse presente que, al no poseer vínculo con el titular del encargo, las condiciones de trabajo de esos trabajadores no tienen ya por qué ser similares a las que esta aplica a su personal. Antes bien, estas dependen solo del contratista. Un contratista que debe ofrecer el servicio en condiciones que hagan más provechoso recurrir a él que

contratar personal directamente. El resultado de esta tensión es por lo general una devaluación de las condiciones del personal de contrata. Una operación que viene facilitada por la no aplicación al mismo del convenio colectivo al que están sujetos los trabajadores de la principal, bien por ser uno de empresa, o bien por situarse el contratista, debido a su especialización, fuera de su ámbito funcional, cuando se trata de un convenio sectorial.

Naturalmente, frente a ello existiría la posibilidad de recurrir a la acción sindical y a la negociación colectiva con el fin de reducir la brecha generada. Las propias características de los procesos de externalización contribuyen, no obstante, a reducir también la efectividad de estos derechos, al acentuar dificultades de sindicación de estos trabajadores, en especial debido a la precariedad de su condición, a la vez que obstaculiza la articulación de la defensa de sus intereses con los demás colectivos afectados, disgregados en una multitud de empresas de pequeña dimensión, convirtiendo en inviable o ineficaz la negociación a nivel colectivo de sus condiciones laborales.

Como he dicho, las evidencias de que todo lo anterior se venía produciendo en nuestro país hacia el año 2004 eran abundantes. Estas no se reflejaban tanto en las estadísticas laborales, por lo general poco atentas a la medición de estos efectos, como en los conflictos laborales y sociales que, a partir de la extensión de estas prácticas, se venían produciendo. Unos conflictos a los cuales subyacía de forma constante la misma denuncia de la situación de precariedad laboral de los trabajadores de contrata, las diferencias existentes entre los beneficios laborales de estos respecto de los pertenecientes a las empresas titulares de la actividad productiva principal, en algunos casos francamente escandalosa, y la constatación de la ineficacia de los mecanismos de representación sindical y contratación colectiva para hacerles frente.

En tales condiciones, nos pareció de la máxima importancia, a quienes por entonces asumíamos la labor de diseño de las políticas de intervención de la Administración del Trabajo, la adopción de medidas que, sin impedir las externalizaciones basadas en razones empresariales atendibles, impusiesen al menos algún tipo de cautela a aquellas que puedan perseguir exclusivamente una degradación de las condiciones de trabajo.

Empezó así un laborioso proceso de preparación de un proyecto de norma reglamentaria, diseñada a partir de los espacios abiertos por la legislación vigente en materia de intermediación laboral, con el fin de ofrecer al menos una primera respuesta al fenómeno que sentase las bases para intervenciones más incisivas en el futuro. Las líneas maestras de ese proyecto fueron perfilándose de manera laboriosa a lo largo del

tiempo consumido en su discusión, hasta asentarse sobre tres criterios básicos: a) la necesidad de definir de manera precisa los elementos que distinguen los supuestos lícitos de subcontratación de actividades productivas de los de mera cesión de personal, con los que algunos de los supuestos de subcontratación más frecuentemente utilizados parecían mantener una llamativa proximidad; b) la conveniencia de imponer a la empresa principal un deber de vigilancia sobre el cumplimiento de las normas laborales, preventivas y de Seguridad Social por los contratistas y subcontratistas, derechos de carácter colectivo incluidos, con posibilidad de que los trabajadores de contrata puedan dirigirse a ella con el fin de denunciar los incumplimientos que puedan afectarlos; y c) la consideración de dicha empresa como responsable solidaria por las obligaciones laborales y de Seguridad Social contraídas por los mismos, cuando sus labores se desarrollen en el centro de trabajo de la primera y siempre que no hubiese cumplido con efectuar la antes citada labor de vigilancia.

La iniciativa fue avanzando no sin dificultades a lo largo de sucesivas etapas en las que se recabó la opinión de las más diversas instancias, hasta llegar a dos memorables reuniones en julio de 2004, en las cuales conseguimos el compromiso de los responsables de las asociaciones representativas, tanto de las empresas prestadoras de servicios públicos como de las empresas mineras. Un gremio, este último, considerado el más poderoso del país y, además, especialmente preocupado por el proyecto. El proyecto terminaría por estancarse, por paradójico que pueda parecer, al interior del propio Gobierno, al ser observado por el Ministerio de Economía. Por cierto, no por objeciones singulares a su contenido, sino debido a su oposición de principio a cualquier norma que pretenda regular el desenvolvimiento de la actividad económica.

Pero si la acción de las autoridades económicas terminó por frenar el proyecto, no consiguió poner entre paréntesis los conflictos que el recurso masivo a la subcontratación venía generando, en especial en las zonas más deprimidas del país, en medio de las cuales se asentaban prósperos proyectos de explotación minera. El resultado de estas tensiones fue la aprobación, ya en el marco de las negociaciones dirigidas a la celebración de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América, dentro del cual se hizo presente la presión de las organizaciones sindicales norteamericanas en respaldo de las peruanas, de la ley 29245, de 2 de junio de 2008, a través de la cual se reguló por vez primera la prestación de los denominados «servicios de tercerización», recuperando algunas de las ideas esbozadas por el proyecto mencionado e incluyendo otras nuevas.

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SUR

THE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

II. UNA LLAMATIVA COINCIDENCIA: EL INTERÉS POR REGULAR EL MISMO FENÓMENO EN DIVERSOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL SUR

El caso peruano, en el que la dinámica social terminó por imponer una respuesta legislativa al fenómeno, no era un caso aislado. En realidad, procesos similares venían gestándose paralelamente en varios países de la región, donde el recurso masivo a las prácticas descritas y sus peyorativas consecuencias venían siendo fuente de creciente descontento e importantes tensiones. Ello terminaría por dar lugar, con una muy llamativa proximidad en el tiempo y un claro paralelismo en los objetivos, a la aprobación de normas reguladoras de sus efectos laborales en varios países de la región.

La secuencia de intervenciones normativas se inicia en Chile, donde en 2006 fue aprobada la ley 20.123, reguladora del «trabajo en régimen de subcontratación», continúa en 2007 en Uruguay, con la aprobación de la ley 18.099, que establece normas para la «protección» de los trabajadores «ante los procesos de descentralización empresarial», reformada al año siguiente por la ley 18.251; y se consolida en 2008 mediante la aprobación en nuestro país de la aludida ley 29.245, cuyos alcances serían luego precisados por el decreto legislativo 1.038, y la adopción en Ecuador del mandato constituyente número 8 y la aprobación de la Constitución de ese país, instrumentos a través de los cuales se opta por prohibir «la intermediación laboral y la tercerización». Estos países se suman a Venezuela y Argentina, que en 1997 y 1998 respectivamente habían optado por regular los aspectos laborales de estas prácticas mediante sendas reformas de sus leyes Orgánica del Trabajo y de Contrato de Trabajo, aunque en el primero de los países se produciría alguna intervención normativa posterior. Y también a Colombia, que nada menos que en 1965 se inclinó ya por introducir una regulación de signo tutelar de la subcontratación a través del decreto 2.351, modificadorio del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

La aprobación de estas normas, de evidente vocación tutelar, es expresión de una tendencia de más amplio alcance que se ha venido registrando en los últimos años en la región, cuyo rasgo más destacado viene dado por la recuperación de la preocupación por el cumplimiento de los fines equilibradores que tradicionalmente han sido asignados a las normas laborales, luego de una década de cuestionamiento de los mismos y de retrocesos a nivel legislativo.

Esta tendencia se ha manifestado desde finales de los años noventa de muy distintas maneras. Por ejemplo, a través de reformas constitucionales que han incrementado el catálogo de derechos laborales fundamentales o han concedido aplicabilidad directa a los sancionados por normas internacionales, en los casos de Brasil, Argentina, Colombia o Venezuela;

mediante la labor de los tribunales superiores o constitucionales, que se han servido de las normas del máximo nivel para poner en entredicho algunos de los aspectos más cuestionables de la legislación de la década precedente, especialmente tratándose de Argentina, Colombia y el Perú; por medio de la adopción de reformas de signo re-regulador antes que desregulador, como ha ocurrido al menos en Chile, Venezuela, Argentina y Uruguay; o, en fin, a través del impulso de reformas procesales dirigidas a garantizar una tutela judicial más eficaz de los derechos laborales, como ha ocurrido también en Venezuela, Chile, Colombia o, nuevamente, nuestro país.

El tratamiento tutelar de los derechos de los trabajadores en los supuestos de subcontratación de actividades productivas introducido por varios países de la región a través de las normas que han sido citadas constituye, una manifestación más, sin duda estelar, de este cambio de orientación. No debe perderse de vista que, como habrá ocasión de destacar más adelante situando nuestra norma sobre la materia, en el contexto del conjunto de las aprobadas en la región, los cambios introducidos no son aquí de mero ajuste o adaptación, sino que afectan sustancialmente al tratamiento de una institución que hasta entonces no había sido objeto en la mayor parte de los casos —desde luego, en el nuestro— de la atención del legislador, cuya importancia resulta, por lo demás, a la luz de los problemas a los que había venido dando origen y la demanda de regulación que se generó a partir de ellos, muy superior a la que en principio pudiera atribuírsele.

Lo anterior supone que los legisladores de los países concernidos han optado, en los últimos años, no solo por replantearse algunos de los contenidos más relevantes de las normas laborales aprobadas durante la década precedente, sino también por imponer garantías frente al uso cada vez más extendido de un mecanismo que permite, como se ha indicado, obtener importantes reducciones en los costos laborales sin «tocar» la legislación vigente, sobre la base de debilitar la efectividad de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores mediante la interposición del «diafragma» de la personalidad jurídica entre la empresa principal y los trabajadores que atienden las actividades integradas en sus procesos productivos.

El resultado ha sido la puesta en marcha, de manera coincidente en un importante grupo de países del área sudamericana, de un nuevo tipo de reforma laboral, que se añade a las introducidas en la regulación sustantiva de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo y en sus mecanismos de tutela procesal. Este hecho, sin duda llamativo aunque no del todo excepcional dentro de la experiencia comparada reciente, justifica que dediquemos los apartados siguientes a la presentación de sus rasgos más relevantes y al análisis de su potencial efectividad. Todo ello

341

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

con el deliberado propósito de situar los cambios que se han producido en nuestro país en el contexto de los que han operado en la región de la que formamos parte.

III. DOS ENFOQUES DISTINTOS SOBRE LA MANERA DE ENCARAR LA SUBCONTRATACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

Aunque la conciencia en torno a los potenciales efectos negativos de las prácticas externalizadoras parece encontrarse muy extendida en la región, las respuestas adoptadas por los legisladores de los países a los que se ha hecho referencia no son coincidentes.

Una primera y más radical aproximación es la ofrecida por Ecuador, que a través de decisiones al máximo nivel ha optado por prohibir estas prácticas tratándose de las «actividades propias y habituales» de las empresas. La subcontratación o «tercerización», como la denominan dichas normas siguiendo una corriente muy extendida en el subcontinente, queda así relegada a supuestos excepcionales en los que no se configuren los presupuestos de inherencia y habitualidad antes aludidos.

Frente a este enfoque prohibitivo, el resto de países que se han inclinado por regular estas prácticas, incluido el nuestro, parte de admitir su licitud con la sola excepción de los supuestos en que encubran una simple cesión de personal. La intervención del legislador se dirige, por ello, a la previsión de un conjunto de garantías que permitan eliminar o aminorar algunos de los riesgos que las mismas suponen para los trabajadores.

Como se verá, ese sistema de garantías gira en torno al establecimiento de un régimen de solidaridad entre la empresa principal y sus contratistas por las obligaciones laborales y previsionales contraídas durante el encargo que está prevista en todos los casos. Existe, sin embargo, un importante matiz entre un primer grupo, compuesto por Colombia, Venezuela y el Perú, en los que la solidaridad es sancionada de manera directa, y otro, en el que se integran Argentina, Chile y Uruguay, donde la misma está condicionada al incumplimiento por la empresa principal de un conjunto de deberes de vigilancia o control del acatamiento de sus obligaciones por parte de los contratistas, previéndose además la posibilidad de que la primera retenga de las obligaciones pendientes de pago que mantiene frente a estos últimos las cantidades que se adeuden a los trabajadores o las instituciones previsionales con el fin de abonarlas directamente a ambos, pudiendo también proceder a efectuar dichos pagos por subrogación.

Es evidente que estas dos grandes líneas de intervención son consecuencia de dos puntos de vista distintos sobre la funcionalidad de la figura. Así, no parece difícil deducir que a la decisión del constituyente ecuatoriano de ilegalizar su empleo subyace una contemplación de la «tercerización» como un mecanismo dirigido principalmente a afectar de manera ilegítima los derechos laborales. En cambio, los demás ordenamientos que optan por regular estas prácticas antes que por prohibirlas parecen instalarse en una visión más benigna, de acuerdo con la cual los riesgos que supone para los trabajadores su utilización no le son inherentes sino que se derivan de un uso torticero de las mismas frente al cual es preciso articular garantías.

Es más, el tipo de garantías previsto permite poner de manifiesto cuáles son, a juicio del legislador, tales riesgos. En esta dirección, el hecho de que todos los sistemas se articulen en torno a la responsabilidad solidaria de la principal por las obligaciones de sus contratistas conlleva la admisión implícita de que el problema más relevante o, en todo caso, acucioso que plantea la externalización de actividades productivas es uno de garantía de cumplimiento de dichas obligaciones por tales sujetos. Esta orientación se proyecta con especial transparencia tratándose de los tres ordenamientos que condicionan la emergencia de la solidaridad, de manera novedosa, a la no comprobación de ese cumplimiento por parte de los contratistas, convirtiéndola en subsidiaria en caso contrario.

IV. EL ENFOQUE PATOLÓGICO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO ACTIVIDAD PROHIBIDA

La subcontratación de actividades productivas se encuentra prohibida, como se ha anticipado, únicamente en el caso de Ecuador. Esta decisión fue adoptada inicialmente por el mandato constituyente número 8, cuyo contenido sería ratificado más tarde con algún matiz por el artículo 327 de la Constitución de este país. La razón de esta drástica decisión aparece expresada con toda claridad y transparencia en la parte considerativa de la primera de dichas normas, en la que se indica que la «tercerización» constituye una forma «extraña» y «precaria» de trabajo que «es imperativo suprimir y prohibir» en la medida en que a través de ella se «vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva». La minoración de los salarios y condiciones de trabajo, así como la reducción de la virtualidad de los derechos colectivos, no son contemplados, de este modo, como potenciales consecuencias del recurso a este mecanismo, como ocurre con frecuencia, sino como efectos ineludiblemente unidos a él. Y desprovistos, además, de cualquier fundamento. La subcontratación se convierte, así, en un

343

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

puro instrumento para afectar injustificadamente los derechos de los trabajadores que ha de ser suprimido en aras de su efectivo respeto.

Con todo, como se ha anticipado, la prohibición no alcanza a todo tipo de externalizaciones sino solo a las que afecten a «las actividades propias y habituales de la empresa», de acuerdo con el artículo 327 de la Constitución ecuatoriana. Quedan de tal modo excluidas todas aquellas que tengan por objeto tareas que no reúnan los dos atributos referidos. En particular, de acuerdo con el mandato constituyente número 8, la prestación de las «actividades complementarias» de «vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza» (artículo 4), el empleo de «servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros» (segunda disposición general), y la contratación de «empresas de servicios técnicos especializados» por «empresas del sector estratégico público» (primera disposición general). Ahora bien, solo para las «tercerizaciones» lícitas que afecten a «actividades complementarias», el artículo 4 de la referida norma introduce la garantía de la «responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se presta el servicio», añadiendo que los trabajadores que desarrollen estas actividades «participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias».

No puede dudarse que, con un sistema como este, se suprime *ab radice* la posibilidad de que este mecanismo pueda ser utilizado en clave degradatoria de los derechos individuales y colectivos. Este resultado es conseguido, sin embargo, a costa de introducir una muy importante limitación en la libertad de organización empresarial. Y además renunciando al potencial efecto benéfico que las operaciones de este tipo están en condiciones de reportar cuando responden a razones organizativas, técnicas o productivas y no a propósitos como los denunciados por el legislador constituyente. Que esto es así parecen reconocerlo los propios autores de la norma cuando, pensando seguramente en el sector de hidrocarburos, autorizan a las empresas públicas de carácter estratégico a contratar «los servicios técnicos especializados que requieran», sin añadir aquí que estos han de ser «ajenos» a sus «actividades propias y habituales».

V. EL ENFOQUE FISIOLÓGICO: LA SUBCONTRATACIÓN COMO ACTIVIDAD REGULADA

Las normas de los seis países que parten de admitir la licitud del encargo a terceros de actividades integradas en procesos productivos de mayor dimensión parten de definir los negocios incluidos en su ámbito de aplicación, tanto con el fin de distinguirlos de aquellos que implican

una pura provisión de personal, que son penalizados en todos los casos con la inclusión de los trabajadores afectados dentro de la plantilla de la empresa cesionaria, como de fijar cuáles son aquellos, de todos los del género, a los que se aplican las garantías por ellas previstas.

Respecto de lo primero, lo habitual es que la noción de «tercerización» aparezca vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por este con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, así como de personal a él subordinado. Emblemática resulta aquí la definición aportada en caso de nuestro país por el artículo 2 de la ley 29245, según la cual «se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación».

Menos coincidencia existe en cuanto a la determinación de los supuestos de subcontratación comprendidos en el ámbito de las normas en cuestión. Un primer sistema relaciona su aplicación a la realización de tareas que formen parte de la actividad normal de la principal, sin importar si son principales, accesorias o conexas y si se desarrollan dentro o fuera de sus instalaciones. Este sistema, caracterizado por la amplitud de su espacio de cobertura, es el imperante en el caso de Uruguay (artículo 1 de la ley 18251). Una segunda opción se basa en la aplicación selectiva del sistema de garantías a cierto tipo de actividades, caracterizadas por su especial vinculación con la actividad de la empresa que realiza el encargo. Así ocurre en el caso de Venezuela, donde la regulación vigente afecta solamente a aquellos contratistas que realicen actividades que puedan ser consideradas, bien «inherentes» al proceso productivo de quien las encarga (constituyen «de manera permanente una fase indispensable» del mismo), o bien «conexas» al mismo (están «íntimamente vinculadas» o «su ejecución o prestación se produzca como una consecuencia» de él). Finalmente, una tercera opción, de aun menor amplitud en cuanto a su ámbito de cobertura, es aquella por la que se inclinan Chile (artículo 183-A del Código del Trabajo) y nuestro país (artículos 4 y 9 de la ley 29245), que concuerdan en recurrir a un criterio de coincidencia espacial, declarando afectadas por estas normas solo a aquellas actividades que se desarrollen continuamente en los centros de trabajo de la empresa principal.

Naturalmente, se trata de opciones de política legislativa de consecuencias muy diversas, detrás de las cuales se sitúan seguramente valoraciones no coincidentes en cuanto a qué tipo de externalizaciones son aquellas

345

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

que, bien por su mayor peligrosidad o bien por estar en condiciones de justificar más claramente la atribución de responsabilidad al empresario que realiza el encargo, deben ser incluidas dentro del ámbito del sistema de protección diseñado por las normas correspondientes.

En cualquier caso, a pesar de estas notables diferencias de partida, en los tres casos, como se ha anticipado, los sistemas de garantías pivotan en torno a la regulación de la responsabilidad de la principal por las obligaciones laborales y de Seguridad Social de los contratistas. Solo dos países prevén deberes adicionales, vinculados con el suministro de información. Así, en Uruguay, el artículo 4 de la ley 18099 sanciona el derecho de los trabajadores de las contratistas a ser informados por escrito de sus condiciones laborales y salarios, así como de la identidad de la principal. Más completas son las previsiones de la legislación peruana, al haber introducido en la ley 29245, a través de sus artículos 4 y 6, una triple exigencia: a) de especificación de «la actividad empresarial a ejecutar» y las «unidades productivas o ámbitos de la empresa principal» en las que tendrán lugar dentro de los contratos de trabajo, necesariamente escritos, del personal de las contratistas; b) de información por parte de la «empresa tercerizadora», igualmente por escrito, «a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal», sobre «la identidad» de esta última, sobre «las actividades que son objeto del contrato» que tendrán lugar «en el centro de trabajo o de operaciones de la misma», y sobre el «lugar donde se ejecutarán» aquellas; y c) la creación de un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, que acompañe a los deberes mencionados, en el que deben inscribirse todas las que pretendan desarrollar estas actividades según el artículo 8 de la citada ley. El parentesco con la fórmula del Estatuto de los Trabajadores español, luego de su reforma de 2006, es evidente y constituye una contribución importante a la transparencia de este tipo de operaciones y al control colectivo de su desenvolvimiento.

La solidaridad de la principal por las obligaciones de los contratistas está prevista, según se ha anticipado, por las legislaciones de los seis países que regulan la materia. E incluso, tratándose del Ecuador, en relación con las «tercerizaciones» admitidas en vía de excepción. Esta responsabilidad afecta, de manera coincidente, a las obligaciones laborales y previsionales contraídas por tales sujetos durante el encargo. Solo en el caso del Perú, lastimosamente el decreto legislativo 1038 optó por limitar a través de su artículo 3 esa responsabilidad a las obligaciones «establecidas por norma legal», con exclusión de «las de origen convencional o unilateral». Una decisión poco coherente con el respaldo que han de tener las manifestaciones del derecho a la negociación colectiva dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho como el proclamado por la

Constitución de nuestro país. Y, además, poco sensible a la utilidad que pueden tener los productos de la autonomía colectiva para reequilibrar los efectos degradatorios de los salarios y las condiciones de trabajo que el recurso a estas técnicas está en condiciones de facilitar, como en su momento se dejó dicho.

En contra de lo que su naturaleza pudiera inducir a pensar, los efectos beneficiosos de la imposición de la solidaridad entre principal y contratista no se agotan en la garantía de pago de los créditos laborales y previsionales en los casos de insolvencia de este último. En realidad, este mecanismo despliega su verdadera utilidad en un momento previo, como es el del cumplimiento adecuado y oportuno de las obligaciones contraídas por el contratista, ya que su imposición constituye un claro incentivo para que las sociedades que recurren a estas prácticas no solo entren en contacto con entidades solventes, sino que ejerzan un control constante de ese acatamiento a lo largo de la vigencia del encargo.

Este es, por lo demás, un efecto que aparece potenciado en los tres ordenamientos que exoneran de responsabilidad solidaria a la empresa principal, convirtiéndola en responsable subsidiaria, si ejerce una labor de control de ese cumplimiento sobre sus contratistas.

El origen de este singular mecanismo lo encontramos en la reforma de 1998 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, que estableció a través de sus artículos 17 y 18 la «responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas» respecto de sus trabajadores, precisando los documentos a través de los cuales debería llevarse a cabo ese control y señalando que «el incumplimiento de alguno de los requisitos» exigidos por la norma «hará responsable solidario» al primero. Posteriormente, se trasladó a las legislaciones chilena y uruguaya a través de las leyes 20.123 y 18.251, respectivamente, legislaciones que optaron por configurarlo, matices aparte, como un derecho de la empresa principal «a ser informada» por sus contratistas y subcontratistas «sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a estos correspondan respecto a sus trabajadores» mediante la presentación de los certificados o documentos previstos por las normas correspondientes, con la indicación de que, cuando el obligado «no acredite oportunamente el cumplimiento» de tales obligaciones el «empresario principal podrá retener» de las que tenga a favor del mismo «el monto correspondiente», estando «obligado a pagar con ella» a los trabajadores o la entidad acreedora. Las normas añaden que ese pago podrá hacerse también «por subrogación» y que, cuando el empresario principal «hiciera efectivo el derecho a ser informado» —y, en Chile, el «derecho de retención»—, «responderá subsidiariamente» a las obligaciones referidas.

347

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

Es importante observar, de otro lado, que el cumplimiento del deber de información que, como consecuencia de las previsiones citadas, asumen los contratistas respecto de la principal, no es uno de carácter meramente documental, que pueda entenderse satisfecho con la presentación de determinados documentos al margen del contenido que puedan tener. Por el contrario, del tenor de las normas introducidas por las legislaciones argentina, chilena y uruguaya se desprende que su atención requiere de la acreditación del cumplimiento adecuado e íntegro de todas las obligaciones a las que se encuentra referido; es decir, de la demostración del pago en tiempo y forma. Esto supone que la conversión de la responsabilidad solidaria en subsidiaria solo puede tener lugar cuando se ha obtenido constancia del cumplimiento. O cuando, no siendo así, se ha procedido a retener las cantidades adeudadas con el fin de pagarlas a los acreedores o se ha realizado el pago por subrogación. Casos en los que, en realidad, el deudor está liberado de toda responsabilidad al no haber deuda alguna pendiente. Por el contrario, la solidaridad opera siempre que existan créditos por satisfacer, por no estar acreditado su pago oportuno e íntegro ni haberse efectuado este por la principal, previa retención o por la vía subrogatoria.

La conversión de la responsabilidad solidaria en subsidiaria funciona, de tal modo, esencialmente como un instrumento dirigido a comprometer al principal en el control de los contratistas. Del mismo modo que el derecho de retención constituye un mecanismo encaminado a hacer posible el pago de las obligaciones pendientes por el principal con cargo a los recursos del propio obligado reticente sin necesidad de recurrir a la mediación judicial o hacer efectiva ningún tipo de responsabilidad.

La anterior es, qué duda cabe, una contribución de capital importancia para la efectividad de los derechos de los trabajadores afectados por estos procesos. De allí precisamente que en su momento optásemos, al elaborar el primer borrador de norma que intentó regular la materia en el Perú, por postular el establecimiento de un sistema de este tipo, menos radical en apariencia respecto del que sanciona de manera directa e ineludible la responsabilidad solidaria de la empresa principal, pero potencialmente más efectivo.

VI. UNA CUESTIÓN A PESAR DE TODO PENDIENTE: LA REGULACIÓN DE LAS POSIBLES CONSECUENCIAS LABORALES NEGATIVAS DEL RECURSO LÍCITO A LA SUBCONTRATACIÓN

Como se ha podido comprobar, solo el sistema ecuatoriano intenta afrontar, bien que por la vía de la prohibición, las consecuencias adversas que es capaz de tener la descentralización de actividades empresariales sobre la calidad del empleo, los salarios y el ejercicio de los derechos

colectivos. Los demás sistemas, que sitúan su intervención en el plano del reparto de responsabilidades, se caracterizan, en cambio, por no contener previsión alguna dirigida a regular los efectos no deseables que el recurso lícito a este tipo de operaciones puede ocasionar.

Si acaso, únicamente la legislación de nuestro país contiene algunas previsiones a las que subyace esta preocupación. Es el caso del artículo 7, apartados 3 y 4, de la ley 29245, a través del cual se dispone que la «tercerización de servicios [...] no puede ser utilizada con la intención o efecto 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», añadiendo que, de ser así, los afectados podrán «impugnar las prácticas antisindicales» realizadas.

La introducción de este mandato no es, ciertamente, ociosa. Antes bien, sirve para alertar sobre el potencial uso torticero de este mecanismo con el fin de vulnerar los derechos colectivos, poniendo de manifiesto además la posibilidad de utilizar contra él los medios de reacción previstos por el ordenamiento jurídico. No obstante, es obvio que no permite por sí misma hacer frente al efecto debilitador —en muchos casos deliberadamente perseguido— que las estrategias de segmentación pueden tener sobre la efectividad de los derechos mencionados, sobre todo cuando el sindicato opera en el ámbito empresarial y la negociación colectiva se desenvuelve a ese nivel. Un efecto que puede ser conseguido sin necesidad de vulnerar precepto legal alguno, mediante el empleo sin más, en principio lícito, de esta técnica.

Algo parecido puede decirse de lo indicado por los apartados 1 y 2 del citado precepto. Mientras el primero garantiza a los trabajadores implicados en estos procesos, que laboren con contratos de duración determinada, «iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado», el segundo declara que los «que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización» disponen de «todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos por la normativa vigente». Estas son previsiones que serían de extrema trascendencia si tuviesen como punto de referencia a la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se integra en última instancia la actividad de estos trabajadores. No es este el caso, ya que la norma se cuida de aclarar que los derechos en cuestión los ostentan dichos trabajadores «respecto de su empleador», vale decir, la empresa contratista. La externalización puede ser utilizada válidamente aquí también pues como un instrumento para eludir las condiciones que la principal debe aplicar a su personal, asegurándose prestaciones equivalentes de trabajadores «externos» con beneficios laborales inferiores.

349

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

Así las cosas, la cuestión de los efectos desfavorables del recurso no necesariamente fraudulento o ilícito a la «tercerización», que fue la que determinó la emergencia de la tendencia a regular estos fenómenos, se encuentra todavía, pese a los avances realizados, pendiente de ser afrontada por prácticamente todos los ordenamientos de la región.

VII. ALGUNAS ALTERNATIVAS VIABLES PARA EMPEZAR A AFRONTAR EL PROBLEMA DESDE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Crear instrumentos que impidan, limiten o creen alguna garantía frente a los potenciales efectos degradatorios de las condiciones laborales que la utilización de estas técnicas es capaz de facilitar constituye una tarea extraordinariamente difícil, para la que no existen demasiadas referencias a nivel comparado. Sin embargo, resulta ineludible llevarla a cabo si queremos garantizar que las normas e instituciones laborales puedan seguir cumpliendo en el futuro la función equilibradora y, a la vez, fomentadora de la redistribución de los frutos del esfuerzo económico de nuestras sociedades, que justifica su existencia.

Con seguridad, la cuestión más delicada de todas las que es preciso abordar, pero a la vez de más necesaria atención, es la relativa a la brecha entre los salarios y las demás condiciones de trabajo de los trabajadores internos, vinculados directamente a la empresa principal, y los trabajadores de contrata, dependientes exclusivamente del contratista. La subcontratación está en condiciones de dar lugar a esta brecha de manera generalizada.

Este es, como salta a la vista, un efecto de los procesos de externalización que resulta más difícil de combatir desde la ley. Aun así, tampoco parece que los ordenamientos laborales tengan que resignarse a admitir que la segmentación de 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 instrumentos que permitan cerrar —o al menos acortar— la brecha que normalmente separa a ambos colectivos.

El instrumento 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. La imposición de esta obligación 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 contratista

y las que corresponden a los de la principal, especialmente cuando las actividades externalizadas pertenecen a sectores mercantiles distintos y se rigen por convenios diferentes. A pesar de ello, la introducción del canon paritario resultaría perfectamente posible —y además legítima— al menos cuando unos y otros lleven a cabo funciones semejantes. Y más aun si, como empieza a ocurrir con frecuencia, los trabajadores de contrata desarrollan esas tareas en contacto estrecho con los de la empresa principal o en los centros de trabajo de esta.

La oposición que una propuesta de este tipo está en condiciones de generar, en especial por parte de quienes se encuentran habituados a utilizar este mecanismo en clave puramente abarataradora de costos laborales, unida a los límites formales que tendría su aplicación, aconsejan tener en cuenta otras opciones que contribuyan a generar un resultado semejante o, al menos, a aproximarse a él.

La vía principal para avanzar en esta dirección está constituida por la instrumentalización de los derechos de organización y acción colectiva de los trabajadores. Naturalmente, el ejercicio de estos derechos debería experimentar una importante transformación, dirigida a adaptarlo a la nueva situación. En opinión de quien escribe, esta transformación podría seguir, al menos, los derroteros que se detallan a continuación.

Así, antes que nada, los sindicatos deberán alterar sus modelos tradicionales de organización con el fin de adoptar otros más próximos a la nueva configuración de los proyectos empresariales y las formas de ejercicio del poder dentro de ellos. La clave estaría en crear instancias de representación que sean capaces de reflejar la complejidad actual de las formas de organización empresarial e implicar a quienes, de forma real, ejercen el poder dentro de ellas. Es decir, por lo general, la empresa principal o matriz, que se sitúa en el vértice de las cadenas de subcontratación.

Las modalidades de organización que se elijan pueden ser diversas, dependiendo de los sectores y las actividades de los que se trate, aunque es esencial que superen el estrecho marco de las empresas contratistas aisladamente consideradas. Puede tratarse de sindicatos de rama de actividad (si la actividad de la empresa principal y la de los contratistas coinciden), de sindicatos de territorio (si esa coincidencia de actividades no se produce pero la red ocupa un espacio geográfico determinado) o incluso de empresas contratistas pertenecientes a un mismo sector productivo, territorio o que desarrollan sus actividades para una misma empresa matriz. Es decir, sindicatos de red. Lo esencial aquí es que se generen fórmulas de agregación de intereses que reflejen las agregaciones que se vienen produciendo desde la perspectiva económica.

351

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SURTHE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

Por lo que respecta a la negociación colectiva, el modelo de empresa red que subyace al empleo de estas técnicas debería propiciar una valoración de las condiciones de trabajo en términos de ciclo productivo, que permita identificar todas las actividades que intervienen en la producción de los bienes o servicios de los que se trate, con el fin de impulsar procesos de negociación colectiva que, abarcándolas, procuren asegurar beneficios laborales aceptables para el conjunto de los trabajadores que en ellos intervienen.

Las vías a través de las cuales podría avanzarse hacia este objetivo son varias, por lo demás no incompatibles entre sí. De entre ellas, tienen especial relieve en mi opinión las siguientes:

- Desarrollo de la negociación colectiva de sector basada, además, en unidades de amplia dimensión desde el punto de vista funcional que sean capaces de cubrir a través de un solo convenio las actividades de las empresas principales y sus subcontratistas, evitando así que la subcontratación pueda tener un efecto huida del convenio aplicable. Aquí el mejor ejemplo está constituido por la negociación colectiva del sector de la construcción, que en todos los ordenamientos donde se encuentra prevista garantiza un tronco de beneficios similares a todos los trabajadores que laboran en las cadenas de subcontratación de este sector, sin importar el eslabón en el que se sitúen.
- Creación de ámbitos transversales de negociación y formas de contratación colectiva reticular, ya sean estas territoriales, interempresas o de red, en las que el protagonismo venga asumido por la negociación entre las empresas principales y contratistas, en vez de solo, y principalmente, entre estas últimas y su personal.
- Introducción en los convenios colectivos de las empresas principales, seguramente a demanda o por presión de los trabajadores de núcleo afectados por la competencia del menor costo de la contratación indirecta, de cláusulas que traten de asegurar a los trabajadores de contrata un conjunto de condiciones laborales dignas a modo de cláusula social cuyo cumplimiento estas empresas obligan a exigir a sus contratistas como condición para la creación o el mantenimiento de una relación comercial duradera con ellos. Esto es algo que, de hecho, viene ocurriendo ya en el ámbito de las empresas multinacionales, donde muchas tienen previstos códigos de conducta en materia laboral o han suscrito acuerdos marco internacionales que regulan condiciones laborales a ser respetadas por sus contratistas si aspiran a mantener su condición de tales.

Naturalmente, tampoco este es un itinerario fácil de seguir. Los obstáculos para que puedan extenderse estas nuevas formas de organización y negociación, sin embargo, no son tanto jurídicos como sociológicos. Estos inconvenientes radican, como es evidente, en la dificultad de que los trabajadores se doten efectivamente de representaciones adecuadas a la nueva situación, superando la atomización propiciada por el nuevo modelo de organización empresarial. Una dificultad de partida a la que hay sumar las potenciales resistencias del sector empresarial a comprometerse jurídicamente con modelos nuevos de contratación como los aludidos.

Con todo, ya en la etapa previa a la aprobación de las normas que han sido reseñadas a lo largo del artículo que aquí concluye se desarrollaron en algunos países de la región interesantes iniciativas por parte de los trabajadores de contrata de algunos sectores dirigidas a reducir la distancia de sus condiciones laborales respecto de las que aplicaba la principal, basadas en la conformación de sindicatos de base horizontal, aglutinadores de todos los trabajadores que laboran para los contratistas de una misma empresa, y la negociación conjunta de ciertas condiciones de trabajo con participación de la matriz. Allanar los obstáculos formales que se oponen a estas iniciativas en algunos sistemas, en particular en cuanto al registro de un sindicato de tales características, ofreciendo además respaldo normativo a los instrumentos atípicos a los que esta peculiar negociación a tres bandas puede ser capaz de dar lugar, podría ser una buena manera de empezar a recorrer, a partir del fortalecimiento de la autonomía colectiva tan venida a menos en los últimos años en la región debido al impacto de las políticas flexibilizadoras, este camino sin el cual que los esfuerzos desplegados hasta el momento a nivel legislativo no estarán en condiciones de cumplir de forma plena los objetivos que inspiraron su puesta en marcha.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

353

LA REGULACIÓN
DE LOS EFECTOS
LABORALES DE LA
SUBCONTRATA-
CIÓN: EL PERÚ EN
AMÉRICA DEL SUR

THE REGULATION
OF THE LABOR
EFFECTS OF SUB-
CONTRACTING:
PERU IN SOUTH
AMERICA

Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú

Flexibilization of labor law and its implications on labor relations in Peru

MARTA TOSTES & ALFREDO VILLAVICENCIO*

Resumen: El artículo caracteriza las diversas formas de flexibilización de las relaciones laborales en el Perú y analiza su repercusión en los diferentes tipos de informalidad para evaluar las implicancias de este proceso en las relaciones laborales en el Perú. Se examinan estos efectos tomando en consideración la información disponible a nivel nacional, en el Perú urbano y en Lima Metropolitana, para tener una perspectiva histórica del proceso.

Se concluye en primer lugar que la informalidad, que continúa siendo el principal argumento para llevar a cabo el proceso de flexibilización, no se redujo ni siquiera si se toma en consideración la medición del empleo informal o del sector informal de la economía peruana. Se encuentran, en cambio, múltiples repercusiones sobre la pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores en general, lo cual afectó de lleno la distribución funcional de la renta.

Por otra parte, se nota que el proceso de descenso de la acción sindical se ha detenido en los últimos años y que su eficacia en términos de lograr diferenciales salariales se ha incrementado. Los recientes esfuerzos vinculados a la construcción de una agenda sobre el trabajo decente y la medición del desempeño de las políticas de relaciones laborales en este sentido deben reflejarse en la necesidad de pronta presentación en el Congreso y aprobación de la Ley General de Trabajo. Finalmente, se alerta que las dificultades para mejorar las condiciones laborales pueden comprometer la visión que la población tiene de la democracia y generar inestabilidad política.

Palabras clave: flexibilización laboral – relaciones laborales – informalidad – calidad del empleo

Summary: This article discusses the diverse forms of flexibility of labor relations in Peru and analyzes their impact on different types of informality to assess implications of this process in labor relations in Peru. It examines these effects taking into consideration information available nationwide in Urban Peru and Metropolitan Lima, for having a historical perspective of the process.

* Marta Tostes es profesora asociada del Departamento Académico de Ciencias de la Gestión de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Sevilla, magíster y titulada en Ciencias Económicas por la Universidad Federal de Rio de Janeiro. Alfredo Villavicencio es doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y profesor de grado y posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

It concludes firstly that the informality which is still the main argument for carrying out the flexibilization process didn't reduce or if it takes in consideration the measurement of informal employment or informal sector of the Peruvian economy. It founds, instead, multiple impacts on the loss of purchasing power of workers in general, affecting fully the functional distribution of income.

On the other hand, it notes that the decline process in trade union action has been stopped in recent years and its effectiveness in terms of achieving wage differentials has increased. Recent efforts related to the construction of a decent work agenda and the performance measurement of labor relations policies in this regard it should be reflected in the necessity for early presentation in Congress and approval of the General Labor Law. Finally, it alerts that difficulties for improving working conditions can compromise the vision that people have of democracy and generate political instability.

Keywords: labor flexibilization – labor relations – informality – quality of employment

CONTENIDO: I. INTRODUCCION.- II. FLEXIBILIDAD, INFORMALIDAD Y DERECHOS COLECTIVOS.- III. DOS DÉCADAS DE FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN EL PERÚ.- IV. IMPLICANCIAS EN LAS RELACIONES LABORALES.- V. IMPLICANCIAS EN LA DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL DE LA RENTA.- VI. AGENDA DEL TRABAJO DECENTE, CALIDAD DEL EMPLEO E INCIDENCIA SOBRE LAS POLÍTICAS DE RELACIONES LABORALES.

I. INTRODUCCIÓN

Después de dos décadas de flexibilización de las relaciones laborales, justificada en la búsqueda de mejorar la competitividad frente a la globalización y reducir la informalidad, los indicadores del mercado de trabajo nos señalan que no hubo tal reducción y que el crecimiento económico, motivado por el incremento de la producción y de los precios de los productos extractivos, no contribuyó para mejorar la calidad de vida de los trabajadores. En este sentido, habría que analizar este proceso de flexibilización que ahora cumple dos décadas desde la promulgación del decreto legislativo 728 en 1991, así como las recientes evoluciones del concepto de informalidad, para entender su comportamiento y la amplia repercusión que tuvo y tiene sobre los desafíos de la legislación laboral, pues promovió nuevos parámetros en la distribución funcional de la renta nacional entre los actores socioeconómicos: trabajadores, empresas y gobierno.

Para situar en contexto el comportamiento de las relaciones laborales, es necesario analizar las repercusiones de la flexibilización la legislación sobre la libertad sindical, especialmente sobre la exclusión sindical.

Resulta particularmente relevante evaluar si los mecanismos de tutela colectiva, como la sindicalización y la negociación colectiva, continúan siendo eficaces para preservar, con acuerdos protegidos legalmente, a los trabajadores dependientes, quienes representan el grupo más vulnerable frente al empleador que tiene el poder económico en el proceso de contratación.

Como nos explica Weller, la institucionalidad laboral tiene dos objetivos: «contribuir a un funcionamiento eficiente de los mercados laborales y reforzar la posición de los actores estructuralmente menos fuertes en estos mercados, y con ello contribuir a condiciones de trabajo dignos»¹. En este sentido, para un proyecto político de desarrollo nacional que tenga como ejes centrales la lucha contra la pobreza y la redistribución, respetando las líneas básicas del modelo actual, la recuperación de derechos laborales y, particularmente, la ampliación de la negociación colectiva son instrumentos que no pueden ser dejados de lado².

II. FLEXIBILIDAD, INFORMALIDAD Y DERECHOS COLECTIVOS

Existen mitos en los términos utilizados en el debate periodístico sobre el mercado de trabajo que se alejan de la precisión académica, como el del combate de la informalidad a través de la flexibilidad laboral. Son términos tan amplios en economía y son utilizados en contextos tan diferentes que su precisión se diluye, de la misma forma como los conceptos de calidad de vida o competitividad que pueden abarcar diferentes elementos y formas de concepción de la realidad social y económica. En el caso del mercado de trabajo, el debate no es neutral, pues se vincula a los intereses existentes implícita y explícitamente en la relación laboral del trabajador dependiente.

Pero veamos los avances recientes sobre el debate de los alcances y el uso de los términos vinculados a la flexibilidad y a la informalidad, para analizar los efectos de los cambios legislativos de las últimas dos décadas sobre el mercado laboral peruano, y evaluar si todavía son eficaces los mecanismos de protección de los trabajadores dependientes.

En tanto es un concepto amplio, usado en diversos contextos, resulta compleja la comprensión del término flexibilización laboral³. En primer

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ
FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

1 WELLER, Jürgen. *La flexibilidad del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe. Aspectos del debate, alguna evidencia y políticas*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, serie *Macroeconomía del desarrollo*, 61, 2007, p. 7.

2 TOSTES, Marta & Alfredo VILLAVICENCIO. «Flexibilidad laboral, negociación colectiva y redistribución en el Perú». *Trabajo y Desarrollo*, 11 (2011), p. 15.

3 ERMIDA, Óscar. «La flexibilidad en algunas experiencias comparadas». En *Experiencias de flexibilidad normativa. La transformación del derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Universidad Nacional Andrés Bello, 1992.

lugar, desde la perspectiva de la *teoría neoclásica*⁴, el término se vincula al comportamiento de un mercado, utilizado en el sentido de flexibilizar oferta y demanda de trabajadores, facilitando el equilibrio entre las utilidades de los trabajadores y los requerimientos de la función de producción de las empresas. En este sentido, flexibilizar significa facilitar el funcionamiento del libre mercado para lograr el equilibrio en un mercado de factores de producción, como el mercado de trabajo, con lo cual solo se acepta el desempleo friccional⁵.

Desde el enfoque del *posfordismo*, podemos incluir corrientes como el regulacionismo⁶, la especialización flexible⁷ y el neoschumpeterianismo⁸, que tienen en común considerar que se llegó al fin de la producción en masa estándar y se transita hacia un nuevo paradigma productivo, modo de regulación o paradigma técnico económico más o menos flexible. Entonces el uso del término flexibilidad laboral se asocia a los cambios en el ámbito productivo que implican requerir a un trabajador con especialización, pero con capacidad de asumir responsabilidades en diversos niveles de gestión, lo cual facilita la movilidad ocupacional interna a las empresas y externa cuando hay procesos de destrucción creativa⁹.

Por su parte, la *nueva ola de la gerencia* critica la rigidez taylorista, sobre todo la idea de separar tajantemente la concepción de la ejecución. La idea básica del toyotismo no es la desregulación del mercado de trabajo, sino la flexibilidad dentro del proceso productivo, ámbito en el cual el mercado interno es más importante que el mercado externo¹⁰. Pero también se flexibilizan las herramientas de políticas de promoción del empleo, promoviendo por ejemplo nuevos planteamientos para las jornadas laborales¹¹.

Asimismo, se ha utilizado la flexibilización en el sentido de la tercerización de actividades productivas, tercerización que se refiere a la mayor presencia del sector comercio y servicios (terciario), en relación con los sectores primario y secundario (agro, minería, construcción, industria). Mientras que la «tercerización», la «externalización» o el

4 WALRAS, Léon. *Éléments d'économie politique pure. Ou théorie de la richesse sociale*. París: R. Pichon et R. Durant-Auzias, 1952.

5 El desempleo friccional se vincula a la situación de búsqueda de trabajo entre un empleo y otro.

6 BOYER, Robert. *La flexibilité du travail en Europe*. París: La Découverte, 1986.

7 PIORE, Michael & Chales SABEL. *The Second Industrial Divide*. Nueva York: Basic Books, 1984.

8 FREEMAN, Christopher & Luc SOETE. *The Economics of Industrial Innovation*. Massachusetts: The MIT Press.

9 TOSTES, Marta. *El Impacto de las nuevas tecnologías sobre el nivel de empleo y la calificación profesional*. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla.

10 DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. «La flexibilidad del trabajo en América Latina». En DE LA GARZA TOLEDO, Enrique (coord.). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. México D.F.: El Colegio de México/Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/Universidad Autónoma Metropolitana/FCE, 2000, pp. 148-178.

11 CORVERA, Diego. «Nuevas formas de organización de la jornada de trabajo. Jornadas Flexibles». *Revista Laboral Chilena*, 12 (1995).

outsourcing («producir fuera») representan un «segundo paso» de la descentralización productiva al implicar el traslado de determinadas funciones o actividades de un proceso productivo integrado a otras unidades económicas (personas físicas o jurídicas) real o ficticiamente ajenas a la empresa¹².

Las críticas al concepto y a las prácticas de flexibilidad empiezan por atribuirle al mismo concepto varios significados: flexibilidad neoclásica, posfordista o de la nueva gerencia, de políticas o tendencias específicas en el mercado de trabajo derivadas de un modo general del comportamiento del ámbito productivo. En realidad, una empresa totalmente flexible no puede funcionar y desde la perspectiva de las relaciones laborales, tampoco existe un mercado de trabajo totalmente flexible.

Pero lo más relevante es que el debate socio laboral no es neutral, pues busca promover un cambio en la relación de fuerzas entre los agentes económicos y, en el caso específico del Perú en las últimas décadas, con pérdidas concretas para el nivel de participación en la renta nacional de los trabajadores. No se puede plantear la reivindicación de la desigualdad como valor para la competitividad, pues la desigualdad incrementa la vulnerabilidad¹³ de las economías frente a las crisis internas e internacionales al volver inestable el mercado interno nacional, incrementar los conflictos y comprometer el desarrollo del capital humano, que se encuentra en el centro de cualquier análisis más integral de la competitividad de una economía.

Desde la sociedad sigma de Figueroa¹⁴, que caracteriza el funcionamiento de los mercados de trabajo en una economía con sobrepoblación, se debe cuestionar la idea de la inevitable precariedad en el marco de la globalización¹⁵. Como marco general se tiene que la globalización presentó una relación poco amistosa respecto a la tutela colectiva, en tres ámbitos: como mundo unipolar, como nuevo paradigma productivo y en la redefinición del papel de los tres actores. Sobre la perspectiva del mundo unipolar, la fractura regulatoria y afectación del pacto social fundacional demuestran la falta de consistencia entre la lógica económica global y los sistemas de protección nacionales, así como la ineficacia de los instrumentos tradicionales de tutela e inexistencia de mecanismos internacionales de protección. La crisis del Estado Social

12 ERMIDA, Óscar & Alvaro ORSATTI. «Estrategia sindical hacia trabajadores tercerizados». En: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)/GRUPO DE TRABAJO SOBRE AUTORREFORMA SINDICAL (GTAS). *Procesos de Autorreforma Sindical en las Américas. Avances en el 2009*. São Paulo: Conferencia Sindical de las Américas (CSA), 2009.

13 ALESINA, Alberto & Roberto PEROTTI. «Income Distribution, Political Instability, and Investment». *European Economic Review*, XL, 6 (1996), pp. 1203-1228, p. 1204.

14 FIGUEROA, Adolfo. *La sociedad sigma. Una teoría del desarrollo económico*. Lima/México D.F.: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/FCE, 2003.

15 BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Madrid: Paidós, 2000.

de Derecho por un sistema económico emancipado del control político conlleva a un desmontaje de mecanismos de equilibrio social.

Por su parte, el nuevo paradigma productivo generó una sacralización de la competencia como «supervalor», con vistas a criterios geográficos: internacionalización del capital, globalización de la producción y de las decisiones de gestión, y la mundialización de la cultura. La flexibilización de la organización productiva, de las condiciones de trabajo, de la actividad estatal es entendida en un contexto de pérdida de identidad del Derecho del Trabajo, volviendo a lo atípico en el campo contractual lo típico en términos estadísticos, diluyendo los intereses de los actores a favor de la apología al emprendedor y al autoempleo. Ello lleva a la redefinición de los tres actores con el fortalecimiento empresarial y la paradoja de la empresa virtual omnipoderosa, así como el retroceso del Estado que paga cualquier precio para que las inversiones lleguen o se queden, con las consecuencias de la reducción de la eficacia de la tutela colectiva, segmentación empresarial, segmentación de mano de obra y el Estado mínimo.

La consecuencia es el incremento de la informalidad, motivo por el cual muchas políticas buscan combatirla, aunque sin conocer bien en qué consiste esta informalidad ni cómo se la mide. En primer lugar, según la XV Conferencia Internacional de Estadísticos de Trabajo (CIET) de la OIT, se entiende al empleo en el sector informal como el vinculado a un grupo de unidades de producción conforme el Sistema de Cuentas Nacionales de las Naciones Unidas (Revisión 4) que componen el sector de los hogares como empresas de hogares¹⁶. O sea, unidades que funcionan en gran medida en pequeña escala, no emplean trabajadores asalariados de manera continua o empresas de empleadores informales que cuentan con trabajadores asalariados de manera continua y pueden además contar con trabajadores familiares auxiliares.

Por su parte, el empleo informal implica, según la recomendación de la XVII CIET, así como la definición de la XV CIET, a los asalariados que tienen empleos informales ya sea que estén empleados por empresas del sector formal, por empresas de sector informal o por hogares que los emplean como trabajadores domésticos asalariados. En este marco, se toma en cuenta al trabajador dependiente si su relación de trabajo, de derecho o de hecho, no se encuentra bajo la protección de la legislación laboral nacional, el impuesto sobre la renta, la protección social o determinadas prestaciones relacionadas con el empleo. Por otro lado, muchas publicaciones como *Panorama Laboral*, de la OIT, toman como criterio de referencia para la estimación del empleo informal a aquel

16 Ver OIT. *Panorama Laboral*. Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2010.

vinculado a la protección en seguridad social, aunque no se distingue si esta protección tiene origen laboral (cotizante) o es no contributiva.

En este sentido, el empleo informal incluye a los siguientes tipos de empleos: trabajadores por cuenta propia dueños de sus propias empresas del sector informal, empleadores dueños de sus propias empresas del sector informal, trabajadores familiares auxiliares, miembros de cooperativas de productores informales, asalariados que tienen empleos informales en empresas del sector formal, informal o en hogares; y trabajadores por cuenta propia que producen bienes exclusivamente para el propio uso final de su hogar, si dicha producción constituye una aportación importante al consumo total del hogar¹⁷.

A la par de ello, debemos señalar brevemente algunas ideas respecto de los derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga) que vistos funcionalmente implican el presupuesto (surgimiento y configuración de los sujetos colectivos), la expresión (promoción de los intereses por vía negociada) y la garantía de eficacia (sin la cual la negociación es inconducente) de la tutela colectiva. Derechos que, por lo mismo, son inescindibles y se otorgan a los trabajadores a partir del reconocimiento de la libertad sindical.

Este derecho está reconocido por todas las constituciones latinoamericanas, por la totalidad de tratados sobre derechos humanos y por los convenios 87, 98, 135, 141, 151 y 154 de la OIT. Los dos primeros, que son los que la OIT ha calificado como fundamentales, han sido ratificados en su totalidad por los países latinoamericanos con la excepción de Brasil (Convenio 87) y México (Convenio 98). Tienen, además, rango constitucional en Perú y Colombia, y en tal medida forman parte del bloque de constitucionalidad (conjunto de normas provenientes de la propia Constitución y de los tratados internacionales que convergen en el nivel más alto de las normas de un Estado).

La regulación aludida debe completarse con los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT: el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que han debido precisar, en múltiples ocasiones, el alcance de los derechos establecidos en los convenios mencionados, de modo que han generado una copiosa y puntual «jurisprudencia» que debe

361

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚFLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

17 Hussmanns resume las diferentes situaciones que se pueden plantear en el caso de cruzar las categorías ocupacionales con los diferentes tipos de unidades de producción (ver HUSSMANN, Ralf. «Informal Sector and Informal Employment: Elements of a Conceptual Framework». Documento presentado a la quinta reunión del Grupo sobre estadística del sector informal (Grupo de Delhi). Nueva Delhi, 19-21 de septiembre de 2001. En: OIT. 90 Conferencia Internacional del Trabajo, 2002; IV informe del Trabajo Decente y la economía informal).

consultarse siempre para conocer los contornos concretos de la libertad sindical¹⁸.

III. DOS DÉCADAS DE FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

En primer lugar, diversos autores han puesto de relieve que las principales medidas adoptadas dan cuenta del espíritu omnicomprensivo de la reforma laboral de los años noventa¹⁹. Aunque el proceso de flexibilización empezó a finales de los setenta, la transformación total del modelo de regulación de las relaciones laborales se produjo a comienzos de los años noventa, siendo sus expresiones emblemáticas el decreto legislativo 728 (relaciones individuales) y el decreto ley 27793 (relaciones colectivas). El proceso de flexibilización, según Ermida y Orsatti²⁰, puede reflejarse en diversos ámbitos de las relaciones laborales, en la administración del trabajo, seguridad social y el proceso laboral. En el caso peruano se argumenta a continuación que la flexibilización fue integral con profundas repercusiones sobre el modelo de relaciones laborales en el Perú²¹.

En la Tabla 1 se organizan las principales medidas de flexibilización laboral en el Perú en las dos últimas décadas, según ámbito de las relaciones laborales, y se examina la flexibilización en la entrada del proceso de contratación, en la salida de la relación laboral, en las condiciones en el trabajo, en la administración del trabajo, y en la tutela colectiva.

Tabla 1. Perú: Principales medidas de flexibilización laboral entre 1991 y 2011, según ámbito de las relaciones laborales

Entrada:

- Eliminación de la estabilidad laboral de entrada, rompiendo el principio de causalidad que lleva a adecuar el tipo de contrato (indefinido o a plazo fijo) a la naturaleza de la labor (permanente o temporal), con lo que no solo se incrementaron a nueve las modalidades temporales, sino que se permitió la contratación temporal para labores permanentes (particularmente con el contrato de inicio o incremento de actividades).

18 Al respecto, ver VILLAVICENCIO, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: OIT/Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)/Programa Laboral de Desarrollo (PLADES), 2010.

19 TOSTES, Marta & Alfredo VILLAVICENCIO. Ob. cit., p. 16.

20 ERMIDA, Óscar & Alvaro ORSATTI. Ob. cit., p. 22.

21 ROSAS, Victoria & otros. «Retos pendientes para implementar la flexiguridad en el Perú». En WELLER, Jürgen. *El nuevo escenario laboral latinoamericano; regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 28.

- Deslaborización de contratación juvenil.
- Eliminación del tope de 10% de trabajadores en período de prueba.

Salida:

- Eliminación de la estabilidad laboral de salida y su sustitución por un régimen de despido libre indemnizado.

Condiciones:

- Ingreso de intermediación y tercerización a actividades principales e incremento del tope de 20 a 50% de la plantilla de trabajadores destacados. Reformas del 2002 y 2008.
- Ampliación del poder directivo a la modificación unilateral, incluso de las condiciones sustanciales de trabajo: libre determinación de horarios, turnos y jornadas atípicas o acumulativas de trabajo.
- Introducción de la productividad como factor a tener en cuenta en la remuneración y crecimiento de la lista de conceptos «sin naturaleza salarial», así como eliminación de bonificaciones como la de tiempo de servicios.
- En el empleo público se trasladó a grandes contingentes de trabajadores al régimen laboral de actividad privada, donde había despido libre indemnizado y se creó el régimen de servicios no personales donde los trabajadores eran considerados locadores civiles y por tanto no tenían ningún derecho laboral. Ahora se ha legalizado este régimen con el contrato administrativo de servicios que les otorga un régimen disminuido que afronta el principio de igualdad base de cualquier constitución desde la estadounidense del siglo XVIII.

Administración del trabajo:

- Si la regla de oro de la flexibilidad es que la reducción de derechos laborales va acompañada de un proceso de fiscalización permanente y efectivo, en los años noventa la inspección laboral casi desaparece, a la par que todo el Ministerio de Trabajo, que iba a ser un viceministerio del de Justicia. Valga como ejemplo claro que en el año 1999 había 64 inspectores, de los cuales 60 estaban contratados como servicios no personales, y solo 4 eran funcionarios públicos. De este modo, el fraude laboral que debían fiscalizar tenía una connotada expresión en su propia contratación.
- Eliminación de participación de los trabajadores en la gestión y propiedad de las empresas.

363

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

- Sustitución de la regla de prescripción que deja de tener como punto de referencia la terminación de la relación laboral para pasar a que el punto de referencia sea aquel desde cuando el beneficio era exigible, de modo que el año 1998 se dejaron sin posibilidad de reclamo a decenas de miles de reclamos laborales (porque simplemente los trabajadores no demandan sus derechos cuando la relación laboral está vigente sino cuando se extinguió).
- El Estado dejó de lado la función tuitiva del Ministerio de Trabajo para empujar a la judicialización de los reclamos laborales, con los problemas de acceso que existen para los trabajadores de escasos recursos, e impulsó firmemente el traslado de los trabajadores al sistema privado de pensiones.

Tutela colectiva:

- En el campo de las relaciones colectivas del Decreto Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado 3 meses después del golpe de 1992, la lista de elementos flexibilizadores es extensa, por lo que basta mencionar que mereció 16 observaciones por graves violaciones de los convenios 87 y 98 de la OIT, en razón de que se impuso un modelo descentralizado y ultrarrestrictivo de la posibilidad de crear sindicatos, así como de la acción sindical a través de la negociación colectiva y de la huelga. A la vez se optó por un comportamiento muy esmerado respecto de la potestad de cancelar el registro sindical y dejar sin posibilidad de actuación a los sindicatos ya inscritos. Paralelamente a esa intervención estatal restrictiva, se apartó de la solución de las negociaciones colectivas que no alcanzaban acuerdo entre partes, dejando abiertos un gran número de procesos en los que el sindicato no tenía posibilidades de declarar una huelga efectiva²².

En primer lugar, resulta importante destacar que la modalidad principal utilizada fue la desregulación legal unilateral incondicionada y que no solo prescindió de la tutela colectiva, para dejar todo al contrato individual, sino que intentó (y casi lo consigue) liquidar a los sindicatos y la negociación colectiva. Por eso, Ermida en entrevista al Instituto de Defensa Legal (IDL) en el año 2003, la calificó como acabada expresión de la «flexibilización salvaje».

Como hemos visto anteriormente la flexibilidad laboral en el Perú tuvo amplio alcance: de entrada, de salida, interna, externa, sustantiva,

²² Fuente: elaboración propia sobre la base de TOSTES, Marta & Alfredo VILLAVICENCIO. Ob. cit., p. 18.

procesal, administrativa, judicial, en la seguridad social, etcétera. El signo de este proceso estuvo regido por la mejoría de las condiciones de desarrollo empresarial, al cual se atribuye el eje del crecimiento nacional, suponiendo que dicha mejoría traería consigo la mejora cuantitativa y cualitativa del empleo. El concepto de interés público, propio de la acción estatal, quedó condicionado a esta visión, perdiendo de vista su carácter democratizador y moderador de la distribución funcional de la renta; carácter que facilita el desarrollo sostenible, con base en el mercado nacional y no solo movido por el crecimiento de los precios internacionales de los productos extractivos. Sobre el particular, hay que insistir con sustentos académicos sobre los factores que facilitan un crecimiento económico sostenido, ámbito en el cual la adecuada distribución de la renta es fundamental y tiene un vínculo directo con el nivel de conflictividad social²³. Lo mismo se puede decir del rol democratizador que juega el sindicato en la empresa y en la sociedad en general.

Además, hay que destacar que el régimen laboral de los años noventa no solo continúa vigente con muy pocos cambios, sino que en algunos casos se ha intensificado, como sucede con los regímenes laborales especiales como el de la micro y pequeñas empresas o el agrario. Los ámbitos en los que se ha recuperado en algo el equilibrio giran alrededor de la intermediación laboral, el proceso laboral y el levantamiento de un buen número de observaciones de la OIT en materia de relaciones colectivas de trabajo, aunque no fueron acogidas las de huelga que son de las más relevantes en el campo de la fuerza del brazo sindical.

También hay que resaltar que las líneas de reconstrucción de los equilibrios laborales son más bien escasas y han venido fundamentalmente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este importante organismo ha tenido que compensar la intensa flexibilidad con un activismo judicial particularmente resaltable en los campos de la eliminación del despido libre indemnizado en mayor medida, y de la tutela de la libertad sindical en menor medida.

IV. IMPLICANCIAS EN LAS RELACIONES LABORALES

La demanda de trabajo puede definirse como el conjunto de decisiones que los empresarios deben tomar con relación a sus trabajadores²⁴, lo cual, desde la perspectiva de las relaciones laborales, implica analizar la contratación, los salarios y las compensaciones, los ascensos y el entrenamiento. De este modo, se constituye como una demanda

365

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

23 BERG, Andrew & otros. «What Makes Growth Sustained?». *Working Papers* 133. European Bank for Reconstruction and Development, 2011, p. 16.

24 HAMERMESH, Daniel. «Labor Demand: What Do We Know? What Don't We Know?». *Working Papers* 3890. National Bureau of Economic Research, Inc., 1991.

derivada en el sentido de que depende (o se deriva) del producto o servicio que contribuye a producir o suministrar, motivo por el cual se espera una relación positiva entre la producción del bien y la demanda por trabajo que condiciona el nivel de empleo. De este modo, a nivel agregado, el crecimiento económico genera empleos, lo cual repercute positivamente en la población.

La cantidad demandada de trabajadores frente a los cambios en el nivel de producción se conoce como la elasticidad empleo-producto, es decir la razón entre la tasa de crecimiento del empleo y la tasa de crecimiento del producto bruto interno (PBI), aunque otro movimiento muy relevante para las relaciones laborales se centra en la relación inversa, o sea cuánta producción genera cada trabajador en promedio y, de este modo, cómo se reparten las ganancias de la mejoría de esta productividad²⁵.

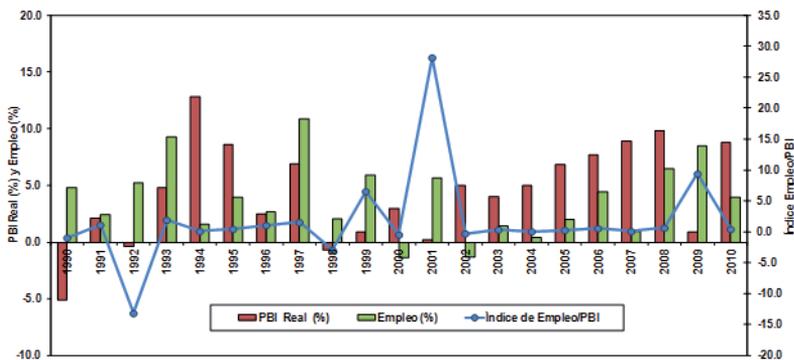
De la mano de las recetas neoliberales, el impacto de los ajustes económicos se refleja en el terreno de los salarios y de la distribución funcional de la renta, reduciendo considerablemente la capacidad adquisitiva de los trabajadores. Pero para llegar a la discusión sobre los efectos sobre el ámbito salarial, es importante analizar el alcance del crecimiento económico y de la productividad de los trabajadores para entender el contexto en el cual se desarrollaron los efectos de la flexibilización de los derechos individuales y de estos sobre los derechos colectivos. Así, se requiere examinar las profundas transformaciones en estas dos décadas de las modalidades contractuales para deducir cómo se adiciona esta tendencia a los cambios en las relaciones colectivas de trabajo y, por lo tanto, la consecuente exclusión de la actividad sindical de base y de la protección colectiva. Finalmente, se debe preguntar si continúan efectivos los mecanismos colectivos de protección para entender la necesidad de recuperar los derechos perdidos y denunciados a nivel internacional.

Entonces, empezamos por un breve análisis del crecimiento económico de las dos últimas décadas, haciendo énfasis en la evolución de la capacidad de generación de empleo de la economía peruana, lo cual se puede medir por la elasticidad del empleo frente a las variaciones del PBI, y se visualiza en el gráfico 1. La economía peruana, en las dos últimas décadas, aunque mantuvo un crecimiento cada vez más elevado, en su capacidad de generación de empleo, presentó una *performance* más bien modesta, lo cual, en gran parte, es característica de procesos de desarrollo económico concentrados en sectores extractivos.

²⁵ Para más detalle, ver TOSTES, Marta. *Manual de uso e interpretación de estadísticas laborales*. Lima: OIT/Oficina Subregional para los Países Andinos (OSRA), 2012.

En el momento de aceleración del proceso de crecimiento económico durante la pasada década, según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH), la tasa de actividad nacional se elevó de 69,3% a 73,6% entre 2000 y 2010, mientras la tasa de desempleo osciló poco entorno al 4,5% y la tasa de subempleo total bajó del 49,7% al 43,9% en este período.

Gráfico 1. Crecimiento del PBI Real del Perú, Variación del Empleo en Lima Metropolitana e Índice Empleo/PBI, 1990-2010



Fuente: PBI: Banco Central de Reserva del Perú actualizado al 19/04/2012; empleo: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)/Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)/Instituto Cuanto.

Por su parte, a nivel del Perú urbano, la categoría ocupacional de los asalariados, donde el derecho laboral busca incidir (empleados y obreros), ha incrementado su participación en la Población Económicamente Activa (PEA) desde el 44,8% en el año 2000 hasta el 49,6% en el 2010, conforme se puede visualizar en el cuadro 1. Es importante recordar que el incremento del rol del autoempleo, como alternativa de trabajo en este período, hizo que la participación de las microempresas en la estructura del empleo se elevara desde 20,8% al 22,0%.

367

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

Cuadro 1. Perú urbano:
PEA ocupada de 14 años a más según categoría ocupacional,
2000-2010 (porcentaje)

Categoría Ocupacional	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Empleador o Patrono	5.9	5.0	5.1	5.1	5.5	5.8	5.5	6.1	5.6	5.8	6.1
Trabajador Independiente	35.9	34.2	32.2	34.4	32.8	33.0	31.7	32.5	32.9	32.6	33.0
Empleado	27.6	27.8	28.8	26.5	26.8	26.8	28.1	28.9	29.4	29.4	28.3
Obrero	17.2	20.1	20.1	19.6	19.5	20.3	20.5	19.7	20.3	20.5	21.3
TFNR	8.6	8.0	8.9	9.3	10.2	9.1	8.9	8.0	7.3	7.4	7.1
Trabajador del Hogar	4.4	4.7	4.7	4.8	4.8	4.7	5.1	4.5	4.1	4.0	3.9
Otro	0.5	0.3	0.3	0.4	0.4	0.3	0.3	0.3	0.4	0.4	0.3
Total (%)	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
Total (N)	7,914,967	8,282,367	8,477,936	8,993,163	9,263,759	9,345,266	9,859,139	10,588,393	10,873,447	11,133,990	11,519,729

Fuente: TFNR: trabajador familiar no remunerado. INEL ENAHO, 2000-2010.
Elaboración Propia.

Durante este período de crecimiento económico e incremento de productividad laboral, las condiciones laborales se deterioraron. En primer lugar, la relación laboral atípica (temporal) se volvió típica estadísticamente, invirtiéndose las cifras en la relación contrato indefinido-temporal. Entre 1990 y 2008, la contratación indefinida pasó de 68% a 25%, en tanto que la temporal pasó correlativamente del 32% a 75%²⁶. Y ¿qué contrato es el responsable de la inversión de la lógica de la contratación en las empresas? Sin duda el contrato por inicio o incremento de actividades, que representa casi el 50% de la contratación temporal, según los datos de la Oficina de Estadística del MTPE. En este sentido, se invierte la lógica, permitiendo que actividades permanentes sean cubiertas por personal incorporado temporalmente.

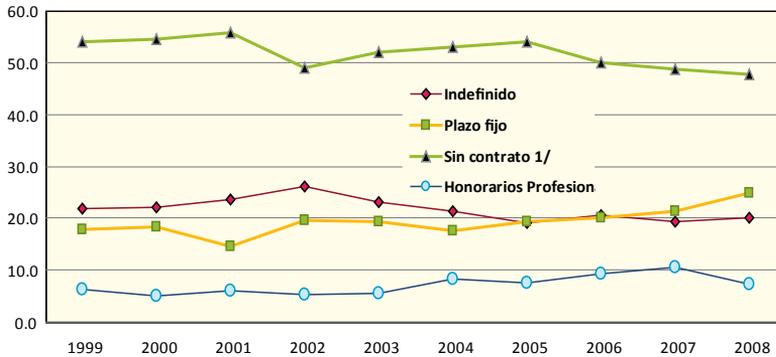
En segundo lugar, el gran problema continúa siendo la cantidad de trabajadores dependientes que no reciben sus beneficios. Este tipo de informalidad en el empleo es muy perjudicial para el trabajador, pues se encuentra excluido de condiciones adecuadas de trabajo, al no contar con un contrato, ni encontrarse en planilla. Es importante entender que hay dos tipos de informalidad en el empleo que las estadísticas detectan: los trabajadores «sin contrato» (no poseen un contrato y no están

26 «Convenio MTPE-INEI, ENAHO 1999, 2000, 2001 III Trimestre. MTPE, Encuesta de hogares especializada en niveles de empleo, de 2002 a 2008 III Trimestre». En SAAVEDRA, Manuel. *Los determinantes del trabajo a tiempo parcial en el Perú: el caso de Lima Metropolitana en el 2008*. Tesis de la Maestría en Relaciones Laborales. Lima: PUCP, 2011.

registrados en planilla), así como aquellos que funcionan con honorarios profesionales.

369

Gráfico 2. Lima Metropolitana:
Evolución de los asalariados privados según tipo de contrato,
1999-2008 (porcentaje)



Fuente: Los trabajadores sin contrato son aquellos que además de no poseer un contrato no están registrados en planilla. Convenio MTPE-INEL. ENAHO, III trimestre 1999-2001; MTPE-ENAHO Especializada en Niveles de Empleo, 2002-2008. Cálculos: MTPE-Programa de Estadísticas y Estudios Laborales (PEEL).

En este contexto, el gráfico 2 nos muestra que un poco menos de la mitad de los trabajadores dependientes de Lima Metropolitana se encuentra en la situación «sin contrato», mientras que cerca del 10% emite recibos por honorarios profesionales para recibir su remuneración, representando en conjunto este tipo de informalidad en el empleo el 55% del total de los asalariados privados en el año 2008. Los trabajadores con contrato indefinido entre 1999 y 2008 bajaron desde el 21,7% del total al 20%, mientras que los que tienen contrato a plazo fijo subieron del 17,9% al 25,0% (lo típico estadísticamente que sería atípico en términos del Derecho del Trabajo).

Según se puede visualizar en el cuadro 2, a nivel de todo el Perú urbano, la situación es todavía más grave, pues los que estadísticamente se consideran «sin contrato», al no tener contrato fijo ni estar registrados en planilla, durante el período 2005 a 2010, incrementaron del 61,5% de los asalariados privados al 65,7%.

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

Cuadro 2. Perú urbano: PEA asalariada privada por tipo de contrato, 2005-2010 (porcentaje)

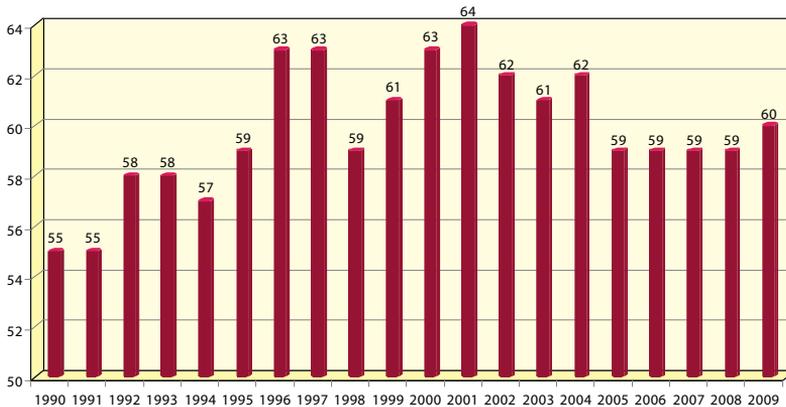
Tipo de Contrato	2005	2010
Contrato Indefinido	9.7	7.9
Contrato a Plazo Fijo	23.3	22.8
Período de Prueba	0.1	0.2
Convenios de Formación Laboral Juvenil	0.9	0.5
Contrato de Aprendizaje	0.1	0.0
Contrato por Locación de Servicios	4.3	2.8
Sin contrato	61.5	65.7
Otro	0.1	0.0
Total (%)	100.0	100.0
Total (N)	3,463,637	5,766,825

Fuente: INEI. ENAHO, 2005 y 2010.
Elaboración propia.

La gran justificación de fondo en el discurso ideológico, propio del conflicto de interés en el mercado de trabajo, para ampliar las modalidades contractuales fue y continúa siendo la reducción de la informalidad laboral. Sin embargo, las consecuencias de tan intenso proceso de liquidación de derechos laborales se reflejaron en el incremento de la informalidad en las dos vías: transformación de empleo en el sector formal en informal y la creación de menos empleo con derechos. Pero, ¿qué pasó? Veamos los principales indicadores del mercado de trabajo a lo largo de estos años.

Los límites del discurso de la flexibilidad como instrumento para favorecer la lucha contra la informalidad y creación de empleo con derechos quedan evidenciados con claridad en el período analizado, puesto que a pesar de que el ajuste de cinturones impuesto a los trabajadores ha sido intenso, la informalidad no solo no se ha reducido, sino que ha crecido, conforme señalan los Lineamientos de política laboral del sector trabajo (resolución ministerial 105-2011-TR). Respecto al sector informal, en el Gráfico 3, se nota que este creció desde el 55% en 1990, al 64% en 2001 y se sitúa en el 60% en el año 2009. Esto también es crítico en el caso del empleo informal, en la medida en que, como hemos visto en el Gráfico 3, más de la mitad de los trabajadores se mantiene en las situaciones más precarias (sin contrato o con honorarios profesionales) en la última década en Lima Metropolitana. Esto tiene un vínculo con el tamaño de las empresas, pues a menor núcleo productivo, más relevante es el nivel de empleo en el sector informal.

Gráfico 3. Lima Metropolitana:
Evolución de la participación del sector informal en el total de la PEA
ocupada, 1990-2009 (porcentaje)



Fuente: MTPE-PEEL. Convenio MTPE-INEI, ENAHO, III trimestre 1996-2001; MTPE-Dirección Nacional de Promoción del Empleo y Formación Profesional (DNPEFP), ENAHO Especializada en Niveles de Empleo, octubre 2002, agosto 2004, septiembre 2005, octubre 2006, septiembre 2007, agosto-octubre 2008 y agosto-septiembre 2009. En MTPE, Resolución ministerial 105-2011-TR: 11.

En este contexto, se promulgó en 1992 una regulación de las relaciones colectivas de trabajo que viene a ser la culminación de una política dirigida a desregular el mercado de trabajo, no solo de la protección de las normas legales sino de la tutela colectiva. El resultado condujo a la debacle de la tutela colectiva, que se refleja claramente en la caída de la tasa de afiliación sindical del total de asalariados (empleados y obreros) públicos y privados, desde el 21,9% en 1990 al 4,8% en 2009 en Lima Metropolitana. Y más gráficamente aun si vemos el rubro de cancelaciones del registro sindical llevadas a cabo directamente por el Ministerio de Trabajo. Dicho ministerio tuvo cinco años en la década de 1990 en los que la certificación oficial de desaparición de los sindicatos superó largamente al registro de nuevas organizaciones (1995, 1996, 1997, 1999 y 2000), llegando en los años 1996 y 1997 a ser más del doble. Para mayor escarnio, ver la reducción radical del número de convenios colectivos que pasó de casi 2500 en 1988 a menos de 500 a lo largo de casi toda la primera década de este siglo.

Se debe entender este proceso desde varias perspectivas. De un lado, podemos ver que el número de asalariados ha crecido significativamente, a la par que de otro ángulo podemos observar que la precariedad laboral antes señalada ha conducido a adelgazar la afiliación sindical ya existente y a impedir el acopio de nuevos miembros de los sindicatos. Con ello desaparecieron muchas organizaciones, y no surgieron nuevas hasta restaurada la democracia, en la que se puede ver un cierto mejoramiento, sobre todo en el ámbito del número de registros sindicales

371

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

nuevos (que no eleva mucho la tasa de afiliación por el crecimiento de los asalariados). También los indicadores de huelgas muestran una caída en picada en la década de 1990 y luego se mantienen en la primera década del presente siglo con algunos picos en la segunda mitad.

Gráfico 4. Evolución de los registros sindicales a nivel nacional, 1993-2010



Fuente: MTPE-Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones (OGETIC)-Oficina de Estadística.

Esta tendencia puede verse reflejada también en el vergonzoso primer puesto del Perú en quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT²⁷, a lo que hay que sumar numerosos comentarios de la Comisión de Expertos sobre Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT referidos a incumplimientos de las normas internacionales. Ello refleja incompatibilidades entre la legislación nacional y los convenios ratificados, debiendo señalarse que desde el año 2003, el ritmo de las reformas favorables al respeto de los convenios parece haberse vuelto más lento con modificaciones legislativas de menor envergadura surgidas como consecuencia de la presión estadounidense para firmar el Tratado de Libre Comercio.

V. IMPLICANCIAS EN LA DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL DE LA RENTA

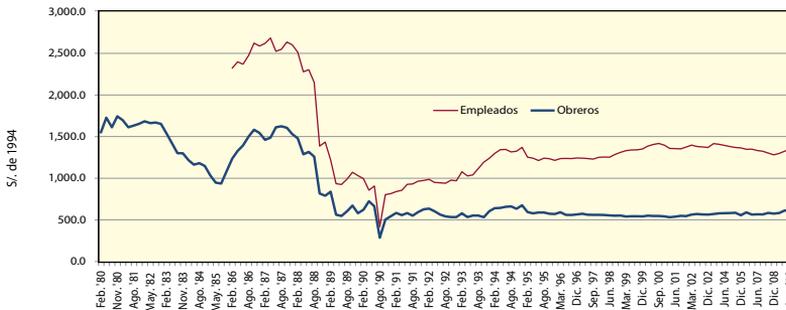
Los años noventa empezaron no solo con el *shock* económico, sino que tras las reformas en el campo individual y colectivo, se dejó en manos del mercado la fijación de los salarios, con excepción del salario mínimo que mostró siempre un retraso muy grande. Recordemos que hasta 1992 los salarios se fijaban por negociación colectiva (en la que la falta de acuerdo entre las partes llevaba a que el Ministerio de Trabajo resolviera los pliegos), o por decreto supremo que ordenaba el aumento para los

27 Ver OIT. *QVILIS*, disponible en el sitio web oficial de la OIT (http://white.oit.org.pe/qvilis_mundial).

trabajadores no sujetos a negociación colectiva. Luego del golpe de estado de 5 de abril, el Estado se retiró de los dos campos: ya no volvió a dictar incrementos para quienes no negociaban colectivamente, y para los que lo hacían dejó los conflictos abiertos cuando no arribaban a acuerdos. Si a ello le agregamos la extrema debilidad sindical, que veremos a continuación, se puede explicar sin dificultad la fuerte reducción de los ingresos de los trabajadores.

En el gráfico 5 se puede notar cómo las remuneraciones promedio, en empresas privadas formales, no ha podido recuperarse de la profunda caída de su poder adquisitivo proveniente del proceso hiperinflacionario de fines de los años ochenta, aunque en la última década hay cierta lenta mejoría, no se nota que el retorno a la democracia haya sido un factor relevante para la economía de los trabajadores.

Gráfico 5. Lima Metropolitana:
Evolución de las remuneraciones brutas reales promedio en empresas privadas de 10 a más trabajadores, 1980-2010 (Soles de 1994)



Fuente: «Encuesta nacional de sueldos y salarios en empresas privadas de 10 a más trabajadores», MTPE. En VIDAL, Álvaro & otros. *Flexibilización laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: Un balance tras 20 años*. Santiago de Chile: División de Desarrollo Social-CEPAL-Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, 2012.

Otra forma de tener una perspectiva histórica es mirar la tendencia de la única política salarial que quedó en manos estatales: la fijación del salario mínimo. Tomando los datos de la OIT en su publicación anual del *Panorama Laboral*, en el gráfico 6 se observa la evolución de los salarios mínimos reales en el Perú y en el conjunto de América Latina. Al respecto, puede verse que en los años noventa se buscó recuperar el poder adquisitivo de este referente importante en la economía, tras el proceso de hiperinflación y el *shock* vividos entre 1987 y 1990. Sin embargo, con la recuperación de la democracia, la mejoría de las condiciones en el mercado de trabajo se detuvo y se distanció de lo que ocurría en el conjunto de la región. El alejamiento de las decisiones del Estado en esta materia repercutió señaladamente en la capacidad del poder adquisitivo del salario

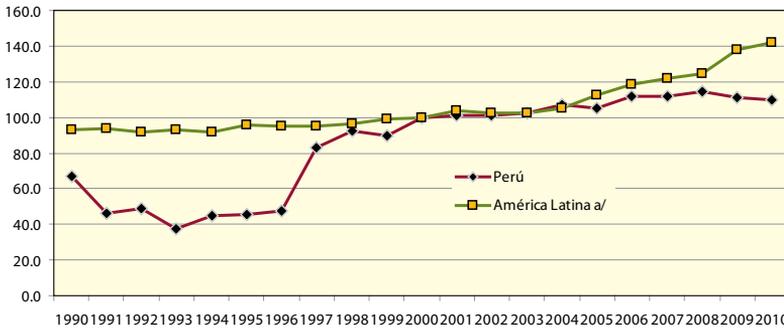
373

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

mínimo que representa todavía un referente importante para la gran mayoría de los trabajadores peruanos.

Gráfico 6. Perú y el conjunto de América Latina:
Evolución de los salarios mínimos reales, 1990-2010 (2000=100)



Fuente: a/ Promedio simple. No incluye Haití, Jamaica y Trinidad y Tobago. OIT. *Panorama Laboral*, 2001, 2011. Sobre la base de las estadísticas de hogares de los países.

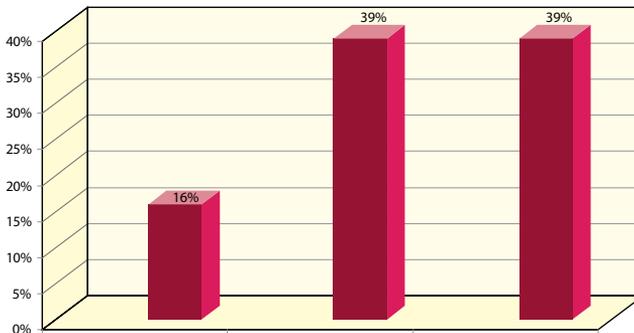
De un modo general, se puede afirmar que mientras en la última década, el PBI per cápita subió en 43,0%, los datos de la OIT (2011) nos indican que las remuneraciones reales de los trabajadores crecieron el 8,6%. Además, hay que tener en cuenta la amplia segmentación del mercado entre las categorías ocupacionales, así como las aun más relevantes brechas existentes desde una perspectiva de género o en el marco de los sectores de la economía. Así, según los cálculos de la ENAHO de 2010, en el Perú urbano, una trabajadora obrera o independiente gana el 55% de su par masculino.

La caída de las remuneraciones y las amplias diferencias que segmentan el mercado de trabajo peruano han tenido un impacto directo en la jornada laboral, pues para compensar la insuficiencia salarial se ha tenido que extender la jornada hasta cifras verdaderamente extensas. Aquí también se verificó en el año 2010, según los datos de la ENAHO para el Perú urbano, que lo atípico terminó transformándose en lo común, ya que en ese contexto, el 54% de los trabajadores presentó una jornada superior a las 48 horas, y lo que es más grave, resulta que el 37% supera las sesenta horas semanales, con las respectivas consecuencias en los campos familiar, de estudios, sindical, entre otras, siendo más acusada la situación en las grandes y medianas empresas, donde las jornadas superiores a 48 horas semanales superan el 73%.

Sobre la base de lo visto, vale la pena echarle una mirada a las diferencias salariales entre trabajadores con negociación colectiva y sin ella para confirmar lo que todos sabemos, que la tutela colectiva marca una diferencia sustantiva a favor de los primeros. Lo que destacamos en

este informe es que la acción sindical levemente recuperada (gráfico 4) tiene un impacto claro en las remuneraciones de los trabajadores. Así, en el gráfico 7 podemos apreciar que la diferencia de salario de los trabajadores dependientes en el Perú urbano que están sindicalizados se viene incrementando desde el 16% en el año 2002 hasta el 39% en el año 2010, confirmando los niveles diferenciales de los estudios previos sobre la materia para la negociación colectiva.

Gráfico 7. Perú urbano: Diferencia de los ingresos promedio entre los asalariados privados sindicalizados y los que no lo están, 2002, 2005 y 2010 (porcentaje)



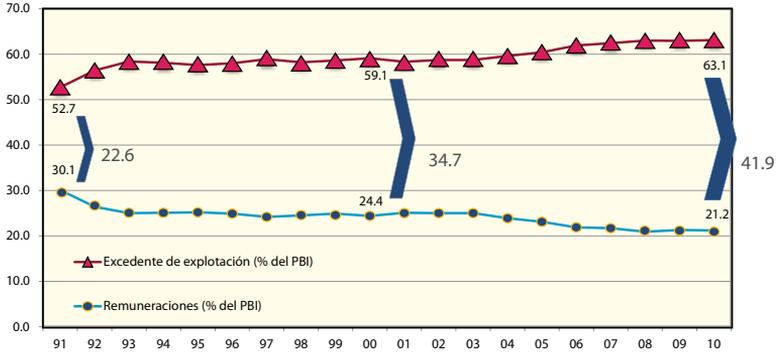
Fuente: INEI-ENAHO, 2002, 2005 y 2010. Elaboración propia.

Si ampliamos el panorama y miramos la distribución funcional de la renta²⁸, o sea, la participación en el PBI por los ingresos de las empresas (excedente de explotación) y de los trabajadores (remuneraciones), nos encontramos con que la brecha ha pasado de 22,6 puntos porcentuales en 1992 a 41,9 en el año 2010. Esto es lo que Campodónico llama en su columna del Cristal de Mira²⁹ la «boca del cocodrilo» en alusión a diversos temas (desde la visión gráfica, hasta la beligerancia que puede traer consigo).

28 Para más detalle sobre la medición de la distribución funcional de la renta y otras formas de desglose del PBI, relevantes en el marco de las relaciones laborales, ver TOSTES, Marta. *Manual de uso e interpretación de estadísticas laborales*.

29 CAMPODÓNICO, Humberto. «Cristal de Mira». *La República*, 24/07/2010.

Gráfico 8. Perú: Distribución funcional de la renta nacional, entre salarios, excedente de explotación e ingresos del sector público, 1991-2010 (porcentajes)



Fuente: Para el año 2010 son datos provisionales; solo se consideran el porcentaje sobre el PBI de los excedentes de explotación (empresas); remuneración (trabajadores) y no los impuestos (sector público), o el consumo de capital fijo. INEI-Dirección Nacional de Cuentas Nacionales.

La ampliación de la desigualdad mostrada gráficamente nos indica que la incapacidad de nuestra democracia para recuperarse del desmontaje de los derechos laborales, particularmente de la tutela colectiva, está contribuyendo significativamente a la acumulación de la riqueza en el vértice. Dicho de otro modo, es imprescindible restaurar los mecanismos institucionales de redistribución de la riqueza que tienen en los derechos laborales y la tutela colectiva a sus principales exponentes, si es que se quiere parar la tendencia de agudización de la desigualdad y comenzar a cerrar la «boca del cocodrilo», eliminando una situación que compromete la funcionalidad de la democracia para mejorar las condiciones de trabajo. Por ello, resulta imprescindible establecer mecanismos automáticos acordados en el marco del propio diálogo social para recuperar el poder adquisitivo del salario mínimo (que no se reduzca únicamente la inflación, sino incorpore las mejorías en la evolución del PBI per cápita) a la par que inicie la construcción seria de una agenda de trabajo decente que nos permita vislumbrar el carácter de inclusión social que quiere marcar el gobierno actual y nos permita estar a tono con nuestros compromisos internacionales en el campo social.

VI. AGENDA DEL TRABAJO DECENTE, CALIDAD DEL EMPLEO E INCIDENCIA SOBRE LAS POLÍTICAS DE RELACIONES LABORALES

En la XVI Reunión Regional Americana, se definió la agenda hemisférica de trabajo decente para las Américas para el período 2006 a 2015³⁰. Desde

30 OIT. *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015*. XVI Reunión Regional Americana. Brasilia, Mayo, 2006.

1999, en la Agenda Mundial de Trabajo Decente (AMTD) se reflejan las aspiraciones de un trabajo productivo, en libertad, con seguridad, equidad y dignidad humana (87a Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), 1999). En su primera definición, el «Trabajo Decente» fue visto como el «trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social». En este contexto, el trabajo decente hace alusión a las condiciones objetivas en que se realiza el trabajo y se entiende como un concepto multidimensional que se puede aplicar a nivel de empresa, en el marco regional o en el conjunto nacional.

A partir del desarrollo de la AMTD y la constitución de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (2002), se presentaron varios hitos importantes como el informe del año 2004 «Por una globalización justa: crear oportunidades para todos», así como la Cumbre Mundial de Nueva York, en septiembre de 2005, y la Cumbre de Mar del Plata en noviembre de 2005. Desde entonces, se vienen desarrollando una serie de indicativos sobre la relevancia de encontrar mecanismos concretos para su promoción como las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (*Economic and Social Council, ECOSOC*) (2008/18), vinculados a la promoción del pleno empleo y el trabajo decente para todos. También en el marco del primer Objetivo de Desarrollo del Milenio de Naciones Unidas, se incorpora la meta 1B relacionada con obtener empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos, incluyendo las mujeres y los jóvenes.

Más recientemente, en la Declaración de OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa (97 CIT, junio 2008), se reitera el papel de la OIT como organismo promotor de la justicia social en el mundo, se renueva y legitima la Agenda Mundial de Trabajo Decente. Por su parte, el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT (98 CIT, junio 2009), se plantea como una respuesta a la crisis, basada en la AMTD, favoreciendo una globalización justa, una economía respetuosa del medio ambiente y el desarrollo integral para avanzar en el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Ambos instrumentos subrayan el papel de la asistencia técnica de la OIT en el desarrollo de las estadísticas laborales y de las bases del conocimiento³¹.

Para medir y vigilar los avances de las políticas de trabajo decente, los especialistas vienen trabajando con un enfoque diferenciado de los indicadores³²:

31 Los programas de Trabajo Decente adoptados por los países se pueden encontrar en la sitio web oficial de la OIT (<http://www.ilo.org/public/english/bureau/program/dwcp/index.htm>). Última consulta: 18 de julio de 2011.

32 Compilación de la OIT sobre la base del documento de debate para la reunión tripartita de expertos sobre la medición del Trabajo Decente (Ginebra, 8-10 de septiembre de 2008). Para más detalle ver TOSTES, Marta. *Manual de uso e interpretación de estadísticas laborales*.

- Indicadores principales: conjunto de indicadores básicos para medir el avance en el progreso hacia el Trabajo Decente.
- Indicadores adicionales: para ser utilizados cuando sea apropiado, y donde haya datos disponibles.
- Indicadores de contexto: proporcionan información sobre el contexto económico y social del Trabajo Decente.
- Indicadores que podrían ser incluidos a futuro: indicadores relevantes pero actualmente no viables, a ser incluidos cuando los datos se encuentren disponibles.
- Información sobre el marco legal: tema abarcado por la información sobre los derechos en el trabajo y el marco jurídico para el Trabajo Decente.

Sobre los avances del trabajo decente en el Perú, lo más relevante es destacar la promulgación de las directrices de las políticas nacionales de empleo (MTPE, 2010) que ordenan las políticas en las cinco E's (entorno, empleo, empleabilidad, emprendimiento y equidad³³). En este marco, se organiza el Plan Sectorial de Acción para la Promoción del Empleo Juvenil del MTPE en los cuatro componentes que se pueden manejar desde el sector: empleo (promover, incrementar y mejorar la inserción laboral productiva de los jóvenes); empleabilidad (promover e incrementar el acceso a capacitación técnica de calidad para el empleo productivo); emprendimiento (incrementar y mejorar las capacidades emprendedoras de los jóvenes y el desarrollo de los mismos); y equidad (promover la igualdad de oportunidades de los jóvenes en el ámbito laboral).

Para la medición a nivel nacional, estudios como el de Gamero³⁴, proponen «operativizar» la construcción del indicador de trabajo

33 En el documento de las políticas nacionales de empleo, 2010-2015 (MTPE, 2010, p. 5) se estiman algunas definiciones para estos conceptos, que se describen a continuación:

- Entorno: ámbito relacionado a las políticas que promueven el crecimiento con generación de empleo decente. Entre estas encontramos las políticas macroeconómicas, las de promoción de la inversión privada, las que promueven el aumento de la productividad y de la competitividad, las que promueven el desarrollo de infraestructura pública, las orientadas al desarrollo rural, así como las de protección social.
- Empleo: ámbito relacionado a la inserción laboral (incluyendo las dinámicas nacional, regional y local); al funcionamiento del mercado de trabajo, a las condiciones de trabajo, a la promoción del empleo decente, y a la protección social de las trabajadoras y trabajadores.
- Empleabilidad: ámbito relacionado a la formación técnico-productiva y profesional de la fuerza laboral, a la capacitación técnica y al reentrenamiento de la fuerza laboral.
- Emprendimiento: ámbito relacionado a la generación y desarrollo de ideas empresariales de negocios o de autoempleos productivos, así como a la creación de nuevas micro y pequeñas empresas que generan empleo decente.
- Equidad: ámbito relacionado a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación en el mercado de trabajo.

34 GAMERO, Julio. *A un año del TLC con EEUU: elementos para una evaluación de los acuerdos de libre comercio, bajo el enfoque de trabajo decente*. Lima: RedGe, 2010, p. 9.

decente. Asimismo, Tostes³⁵, avanza en la construcción de indicadores a partir de radares sobre la situación de los jóvenes en el mercado de trabajo en cuatro grandes núcleos urbanos en el Perú.

En el marco de este artículo, buscamos dar una visión integral para contribuir a la construcción de un radar para la vigilancia de la calidad del empleo en el Perú. Entre las variables seleccionadas para este fin, se encuentran las descritas en la tabla 2, donde las dividimos entre los indicadores principales y adicionales, siguiendo algunas de las orientaciones de la reunión tripartita de expertos sobre la medición del Trabajo Decente de 2008. En este sentido, hemos adaptado la construcción del indicador siguiendo la lógica de las dos categorías ocupacionales más relevantes en el mercado de trabajo peruano: los asalariados y los independientes.

Tabla 2. Indicadores para la construcción del radar de calidad de empleo

Indicador		Asalariados	Independientes
Principales	Modalidad de contratación	Tiene algún tipo de contrato (indefinido, modal, recibo por honorarios, etcétera).	El negocio o actividad está registrado en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).
	Ingresos	El ingreso es mayor o igual a la remuneración mínima vital (S/. 550,00).	El ingreso es mayor o igual a la remuneración mínima vital (S/. 550,00).
Complementarios	Jornada laboral	Trabaja hasta 48 horas semanales.	Trabaja hasta 48 horas semanales.
	Seguro de salud	Tiene algún tipo de seguro de salud.	Tiene algún tipo de seguro de salud.
	Sistema de pensiones	Afiliado a algún sistema de pensiones.	Afiliado a algún sistema de pensiones.
	Sindicalización	Afiliado a algún sindicato.	Afiliado a algún sindicato.

Elaboración propia.

Entre los indicadores principales, se ha buscado establecer una referencia para la modalidad de contratación en el caso de los asalariados, y para los ingresos si el negocio o actividad presenta algún registro en la SUNAT. En el caso de los ingresos, se tomó como

35 TOSTES, Marta. «Principales focos de incidencia en la política de empleo juvenil». En CHACALTANA, Juan (coord.). *Juventud, empleo y migración*. Lima: Programa Conjunto OIT, Organización Internacional para la Migración (OIM), el Fondo de las Naciones Unidas para la población (UNFPA), y los Programas de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2011, p. 50.

referencia la remuneración mínima vital que en el año 2010 estaba establecida en S/. 550. Entre los indicadores complementarios, se ha priorizado la situación de los trabajadores dependiente e independientes según la jornada laboral de 48 horas y las afiliaciones a sistema de salud, pensiones y a un sindicato.

En el cuadro 3, podemos visualizar la aplicación de estas reflexiones al ámbito del Perú urbano en el año 2010, cuadro donde se busca comparar la situación de los trabajadores independientes y los asalariados, los resultados se expresan gráficamente en el radar. Para todos los indicadores, la situación de los asalariados que están protegidos por la legislación laboral es más favorable que la de los trabajadores independientes. De los indicadores, sorprende que el 5,3% de los independientes también estén afiliados a algún tipo de asociación o agrupación de trabajadores, lo cual ya es cercano al total de 6,9% de los asalariados.

Cuadro 3. Perú urbano: Población ocupada de catorce años a más según Indicadores del Radar de Calidad de Empleo por Asalariados e Independientes, 2010 (porcentaje)

Indicador		Independientes	Asalariados
Contrato (asalariados) y legalidad (independiente)	No Tiene	92.6	44.5
	Tiene	7.4	55.5
	Total	100.0	100.0
Ingreso	Menor a 550	54.9	25.8
	Mayor o igual a 550	45.2	74.2
	Total	100.0	100.0
Jornada laboral	Más de 48 horas	37.6	34.3
	Hasta 48 horas	62.4	65.7
	Total	100.0	100.0
Seguro de salud	No Tiene	54.9	35.9
	Tiene	45.1	64.1
	Total	100.0	100.0
Sistema de pensiones	No Tiene	78.5	45.3
	Tiene	21.5	54.7
	Total	100.0	100.0
Afiliación sindical	No Afiliado	94.7	93.1
	Afiliado	5.3	6.9
	Total	100.0	100.0

Fuente: INEI-ENAHO, 2010. Elaboración propia.

Esquema 1. Perú urbano:
Población ocupada de catorce años a más según Indicadores
del Radar de Calidad de Empleo por Asalariados e Independientes, 2010
(porcentaje)



El área en amarillo corresponde a los trabajadores asalariados y el recuadro rosado a los independientes.
Elaboración propia sobre la base de los datos de la ENAHO, 2010.

A la luz de lo visto, consideramos que resulta perentorio que el nuevo gobierno y, particularmente, el nuevo Ministro de Trabajo diseñen e implementen una política laboral activa, que fortalezca su rol en todos los campos vinculados al mundo del trabajo, y permita que se cumpla con restaurar los equilibrios sociales encarnados en el mandato constitucional de garantía de la libertad sindical y fomento de la negociación colectiva.

En este terreno, se vuelve particularmente urgente comenzar por levantar las observaciones de la OIT por incumplimiento de convenios internacionales; discutir y aprobar una Ley General del Trabajo que consolide lo avanzado por la jurisprudencia constitucional; eliminar la contratación temporal que vulnera el principio de causalidad; y regular adecuadamente los fenómenos de subcontratación. Asimismo, dicha ley tendría que regular las relaciones colectivas de trabajo desde una perspectiva garantista y de fomento que acabe con las prácticas antisindicales (a través de mecanismos como el despido propuesta para los dirigentes sindicales) y con el modelo ultradescentralizado de negociación colectiva. Asimismo, se requiere fortalecer la inspección del trabajo, evaluar los resultados de regímenes especiales como el de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) y el régimen agrario; derogar el régimen de contratación laboral en el sector de exportaciones

381

FLEXIBILIZACIÓN
DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Y SUS
IMPLICANCIAS
SOBRE LAS
RELACIONES
LABORALES EN
EL PERÚ

FLEXIBILIZATION
OF LABOR
LAW AND ITS
IMPLICATIONS ON
LABOR RELATIONS
IN PERU

no tradicionales; aprobar una regulación integral del empleo público que comience con la superación del discriminatorio régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS); y aprobar un plan de ampliación de la cobertura de la seguridad social en pensiones y salud.

Visto lo anterior, se debe concluir que si hasta ahora la preocupación del gobierno ha sido tranquilizar al mercado, ahora debe dedicarse con ahínco al campo social, donde los temas laborales ocupan el centro de atención, salvo que quiera continuar con un énfasis únicamente asistencialista. Ello no le permitiría diferenciarse de los gobiernos anteriores, desperdiciando, con todo lo que ello implica, una nueva oportunidad de construcción de un país inclusivo. Tengamos presente que las dificultades para mejorar las condiciones laborales pueden comprometer la visión que la población tiene de la democracia y generar un contexto de inestabilidad política que impida que lleguemos al siguiente escalón del desarrollo.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral

Flexisecurity, right to work and labor stability

CARLOS BLANCAS*

Resumen: El artículo aborda una de las más recientes y novedosas propuestas de flexibilización relacionada, básicamente, con la extinción de la relación laboral, propuesta que es conocida como «flexiseguridad» o «flexiguridad». Para ello, el autor comenta el modelo de Dinamarca —país en el que se origina la «flexiseguridad»— destacando la configuración de un «triángulo dorado», integrado por: i) la flexibilidad en la relación de trabajo, destinado a facilitar el despido; ii) un sistema generoso de prestaciones por desempleo, financiado fundamentalmente por el Estado; y iii) una nueva política de «activación» del mercado de trabajo que busca mantener a grandes sectores de la población permanentemente capacitados para afrontar nuevos retos laborales. El autor recalca la diferencia entre nuestro país y Dinamarca, pues se trata de un Estado de Bienestar, con un elevado nivel de protección social financiado gracias a una presión fiscal y tasas impositivas altas. Finalmente, el artículo señala que para el estudio de la «flexiseguridad» no se debe omitir el marco normativo derivado de los derechos fundamentales del trabajador establecidos en la Constitución y los tratados internacionales que implica: el derecho al trabajo, la dignidad y ciudadanía del trabajador y la Libertad Sindical y los Derechos Colectivos.

Palabras clave: flexiseguridad – flexiguridad – despido – derecho al trabajo – estabilidad laboral – protección social

Summary: This article deals with one of the most recent and innovative proposals of related flexibilization, basically, to the extinction of labor relation and that are known as «flexisecurity» or «flexicurity». For this, the author comments the model of Denmark – country in which it's originated «flexisecurity» – emphasizing the configuration of a «golden triangle», composed of: i) flexibility in the labor relation, aimed at facilitating the dismissal ii) a generous system of unemployment benefits, funded primarily by the State and iii) a new policy of «activation» of the labor market, which seeks to keep large sectors of the population permanently trained to meet new labor challenges. The author emphasizes the difference between our country and Denmark, since it is a Welfare State with a high level of social protection funded by a fiscal pressure and high tax rates. Finally, the article notes that for the study of «flexisecurity» it shouldn't ignore the legal framework derived from workers' fundamental rights established in the Constitution and international treaties which imply: right to work, dignity and citizenship of the worker and Trade Union Freedom and Collective Rights.

* Carlos Blancas Bustamante es abogado y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desempeñó el cargo de ministro de Trabajo y Promoción Social, fue también ministro de Justicia y diputado por Lima. Actualmente se desempeña como profesor de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Keywords: flexisecurity – flexicurity – Dismissal – Right to work – Labor stability – social protection

CONTENIDO: I. LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL.– II. LA FLEXISEGURIDAD: EL MODELO DANÉS.– II.1. LA FLEXIBILIDAD EN LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.– II.2. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO. LA POLÍTICA DE ACTIVACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO.– III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA FLEXISEGURIDAD.– III.1. FLEXIBILIDAD EXTERNA Y PROTECCIÓN SOCIAL.– III.2. SERVIR A DOS SEÑORES: FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD.– III.3. PROTEGER EL EMPLEO, NO EL PUESTO DE TRABAJO.– III.4. LA ELIMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR.– IV. LA FLEXISEGURIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.– IV.1. EL DERECHO AL TRABAJO, A LA ESTABILIDAD LABORAL Y A LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.– IV.1.1. EL DERECHO AL TRABAJO.– IV.1.2. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.– IV.1.3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.– IV.2. DIGNIDAD Y CIUDADANÍA DEL TRABAJADOR.– IV.3. LA LIBERTAD SINDICAL Y LOS DERECHOS COLECTIVOS.– V ¿ES VIABLE LA «FLEXISEGURIDAD» EN LA REALIDAD PERUANA?

Desde hace por lo menos tres décadas, una agresiva corriente flexibilizadora amenaza e incluso viene erosionando las instituciones fundamentales que conforman el Derecho del Trabajo. Teniendo como premisa —axioma— que tales instituciones han creado un rígido marco regulador para las relaciones laborales, al cual se culpa, casi exclusivamente, por la falta de empleo y la informalidad laboral, dicha corriente tiene el propósito de reducir los niveles de protección que la legislación laboral otorga al trabajador, con el objetivo de aligerar las obligaciones sociales de los empleadores y, de este modo, incentivarlos para contratar nuevos trabajadores¹.

Se trata de un objetivo ciertamente amplio que, por ello, puede abarcar prácticamente la totalidad de las instituciones del Derecho Laboral y no solo determinados aspectos específicos de este. En el presente artículo, se abordará una de las más recientes y novedosas propuestas de flexibilización que se refiere, básicamente, a la extinción de la relación laboral; materia en la que se considera que muchas legislaciones laborales, entre ellas la nuestra, se caracterizan por su rigidez, al otorgar un alto grado de protección al trabajador frente al despido, restringiendo significativamente la facultad del empleador de poner fin al contrato de

¹ Ermida la define en estos términos: «La propuesta flexibilizadora consiste en aflojar, eliminar o adaptar, según los casos, la protección laboral clásica, para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional» (ERMIDA URIARTE, Óscar. «La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas». *Ius et Veritas* (Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), III, 4 (1992), p. 13.)

trabajo. Esta propuesta, originada en la experiencia de Dinamarca, es conocida como «flexiseguridad» o «flexiguridad» y quienes la propugnan la ofrecen como alternativa a la «estabilidad laboral», institución esta en la cual, a menudo, se simboliza la supuesta rigidez del Derecho del Trabajo.

385

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORALFLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

I. LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Existen diferentes clasificaciones del fenómeno de la flexibilización establecidas en función de distintos criterios, uno de los cuales se refiere al instituto sobre el cual esta recae. Según este criterio se puede diferenciar entre la «flexibilidad interna» y la «flexibilidad externa». La primera, según Ermida, se refiere a aspectos tales como el horario, la jornada, las condiciones de trabajo y la movilidad dentro del centro de trabajo, mientras que la segunda «[...] supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo»².

En suma, la flexibilidad «externa» incide sustancialmente sobre la contratación laboral y la extinción de la relación laboral. En el primer caso, debilitando el principio de la contratación de duración indefinida, según el cual este constituye la regla y la contratación temporal la excepción, para estimular esta última forma de contratación a través de la creación de una serie de nuevas modalidades de contratos de duración determinada. Contratos en los que, muchas veces, la temporalidad de estos contradice la naturaleza permanente de la labor del trabajador. En el segundo caso, se persigue reducir o, incluso, derribar las barreras que limitan la facultad del empleador de despedir al trabajador para permitirle una mejor gestión del personal para fortalecer su competitividad en un mercado dinámico y exigente. En este sentido, la eliminación de la «estabilidad laboral», en sus diferentes versiones, suele ser un objetivo claramente definido en todas las propuestas flexibilizadoras.

II. LA FLEXISEGURIDAD: EL MODELO DANÉS

Desde hace algún tiempo quienes consideran a la estabilidad laboral y a otras formas de protección legal contra el despido, basadas en indemnizaciones o, incluso, la reposición del trabajador, como la principal expresión de la rigidez de un ordenamiento laboral, sostienen que la alternativa para flexibilizar la extinción de la relación laboral reside en el modelo danés de «flexiseguridad».

Este modelo desarrollado en Dinamarca debe su denominación al sociólogo holandés Hans Adriaansens, para quien representa, «[...]»

² *Ibidem*, p.14.

el conjunto de políticas capaces de conciliar las medidas de flexibilidad [...] con acciones de seguridad, cuyos beneficiarios habrían de ser precisamente los trabajadores afectados por aquellas primeras»³. Otro sociólogo holandés, Ton Wilthagen, define la flexiseguridad como la

Estrategia política que persigue, de manera sincronizada y deliberada, fortalecer, de un lado, la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales y, de otro, la seguridad, tanto en el ámbito del empleo como en el de la protección social, a favor de los trabajadores, señaladamente de los trabajadores pertenecientes a grupos vulnerables dentro y fuera del mercado⁴.

Los estudiosos del modelo danés coinciden en señalar que este se configura como un «triángulo dorado», integrado por i) la flexibilidad en la relación de trabajo, ii) un sistema generoso de prestaciones por desempleo, y iii) una nueva política de «activación» del mercado de trabajo⁵. Examinemos cada uno de los lados del triángulo danés.

II.1. La flexibilidad en la extinción de la relación laboral

En Dinamarca⁶, el despido del trabajador es válido si está motivado por las necesidades de la empresa, como la falta de trabajo, o por el comportamiento del trabajador (falta de competencia, ausentismo, comisión de delitos). Sin embargo, está prohibido el despido discriminatorio, basado en razones de género, religión, embarazo, etcétera.

Existe la obligación de dar un plazo de preaviso que para los trabajadores no-manuales es de un mes como mínimo, este plazo aumenta con la antigüedad en el empleo hasta llegar al máximo de seis meses después de nueve años de empleo. En el caso de los trabajadores manuales el preaviso es más corto, pero durante los primeros nueve meses de trabajo pueden ser despedidos sin previo aviso.

Solamente los trabajadores no-manuales que han laborado para el empleador más de doce años tienen derecho a una indemnización en caso de despido injustificado, la cual tiene un tope máximo de doce meses de remuneración.

3 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando & LAHERA FORTEZA, Jesús. «La flexiseguridad laboral en España». Documento de trabajo 157/2010, Fundación Alternativas, 2010, p. 15. <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-flexiseguridad-laboral-en-espana>. Agregan estos autores: que el sociólogo holandés «vincula el concepto y la práctica de la flexiseguridad con fórmulas de tránsito de un sistema de seguridad en el puesto de trabajo a otro de seguridad en el empleo, facilitado este por un mejorado sistema de protección social» (l. c.).

4 L. c.

5 MADSEN, Kongshof. «La flexiseguridad mediante las políticas e instituciones del mercado de trabajo en Dinamarca». En AUER, Peter & Sandrine CAZES (comps.). *La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad. Testimonios de varios países industrializados*. Madrid: Colección Informes OIT N° 66, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, 2003, pp. 107-169, p. 109.

6 Seguimos en este punto el trabajo de Madsen (ver *ibidem*).

Como consecuencia de este esquema flexible, Jorgensen sostiene que la estabilidad en el puesto de trabajo en Dinamarca es una de las más bajas en Europa, casi tan baja como en el Reino Unido y Estados Unidos⁷.

Sin embargo, la flexibilidad del despido en Dinamarca no es un hecho nuevo, producto de políticas recientes formuladas para enfrentar crisis o promover el crecimiento, sino que forma parte de una antigua tradición en las relaciones laborales que se remonta al «Compromiso de Septiembre» de 1899, considerado el primer convenio colectivo general del mundo, por el cual los empleadores aceptaron a los sindicatos como contraparte para los acuerdos que regularan las relaciones laborales, mientras que estos reconocieron a aquellos amplias facultades para contratar y despedir a los trabajadores⁸. De ello se puede deducir que en lo que respecta a la flexibilidad «interna», esta solo es posible mediante el acuerdo de partes.

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORAL

FLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

II.2. Las prestaciones por desempleo

Respecto a este lado del «triángulo dorado», todos los estudiosos del fenómeno danés señalan que el sistema de prestaciones por desempleo es sumamente «generoso»⁹. Así, las prestaciones (subsídios) por desempleo pueden cubrir un período de hasta cuatro años posteriores al despido, con un monto de 90% del último ingreso del trabajo, con un tope de 145 000 coronas danesas por año, suma equivalente a 19 500 euros o a 25 812 dólares americanos, lo que significa un ingreso mensual de 2.151 dólares, aproximadamente. Inicialmente el período de cobertura llegaba hasta los siete años, pero en el año 2000, fue reducido a 4 debido al elevado costo que representaba.

Un aspecto relevante de este sistema, es que su financiamiento recae fundamentalmente sobre el Estado, a través de los ingresos obtenidos de los impuestos. Según Madsen, «en Dinamarca, los costes directos de la protección del empleado los asume en gran medida el Estado y, por consiguiente, los contribuyentes y no las empresas individuales»¹⁰.

7 Ver JORGENSEN, Henning. «El modelo danés de "flexiguridad" y las lecciones pertinentes para América Latina». En WELLER, Jurgen (ed.). *El nuevo escenario laboral latinoamericano, regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores/ Comisión Económica para América Latina (CEPAL), 2009, pp. 65-94, p. 74.

8 Ver *ibidem*, p. 70. Puntualiza Jorgensen que «Desde entonces, se ha permitido que los interlocutores sociales regulen los salarios, las condiciones laborales, el horario de trabajo, las posibilidades de obtener más capacitación y educación y muchos otros asuntos por medio de convenios colectivos» (l. c.).

9 «En Dinamarca, la escasa protección de un puesto de trabajo específico se combina con una fuerte protección del ingreso y el empleo. El país tiene tasas elevadas de impuestos, un amplio sector público, generosas prestaciones sociales y una sólida coordinación de políticas de tradición corporativista; sin duda no concuerda con la ortodoxia económica dominante a nivel internacional» (*ibidem*, p. 66).

10 MADSEN, Kongshof. Ob. cit., p. 108. Según indica el autor, la gran mayoría de trabajadores están afiliados a un fondo de seguro contra el desempleo al cual cotizan, no obstante lo cual dicho fondo «está financiado principalmente por subsidios del Estado y (en menor medida) por las cotizaciones de los trabajadores. Dichas cotizaciones no están relacionadas con el gasto real en las prestaciones por desempleo y el Estado, por consiguiente, cubre los costes totales de las prestaciones por desempleo al margen» (l. c.).

Ello es posible porque Dinamarca, como otros países nórdicos, tiene un alto nivel de ingresos provenientes de los elevados impuestos que pagan los ciudadanos. En este país la presión fiscal es del orden del 48,9% y la tasa máxima del impuesto a la renta es de 51,5%. Como uno de los exponentes del Estado del Bienestar, Dinamarca realiza la distribución del ingreso mediante la política tributaria, la cual le permite dedicar ingentes recursos a los servicios públicos y a la protección social.

II.3. La política de activación del mercado de trabajo

Este tercer lado del «triángulo dorado» implica que el Estado se involucre, de forma decisiva, en la activación del mercado de trabajo, superando las políticas pasivas radicadas en el pago de los subsidios o prestaciones económicas por desempleo, para proyectarse hacia políticas activas centradas en la capacitación y mejoramiento de las aptitudes del trabajador a fin de mantener su «empleabilidad», favoreciendo así su reinserción en otro puesto de trabajo¹¹.

La «empleabilidad» se convierte, de este modo, en un concepto clave de la estrategia de la flexiseguridad, pues mediante esta se logra que el trabajador cuente siempre con la formación profesional y las aptitudes laborales apropiadas para desempeñar nuevas funciones en un mercado de trabajo en constante cambio. Incluso, se ha llegado a plantear una estrategia de «aprendizaje de por vida» como factor principal para mantener la «empleabilidad» de las personas¹².

Realizar esta política supone para el Estado danés una importante inversión. Incluyendo las políticas pasivas, Dinamarca destina a las políticas del mercado de trabajo un monto equivalente al 4,5% de su PBI, del cual 2% corresponde al gasto en políticas activas¹³.

III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA FLEXISEGURIDAD

Tomando como parámetro el modelo danés, la flexiseguridad presenta ciertas características básicas que analizaremos a continuación.

11 Señala Jorgensen que «Activación» es el concepto europeo que hace referencia a las nuevas formas de ayuda estatal para asistir a las personas desempleadas, entre ellas, medidas como la capacitación laboral y la mejora de las aptitudes, pero también para motivar a los trabajadores a regresar pronto al mercado de trabajo abierto» (ob. cit., p. 77).

12 Aquí el objetivo es más amplio: mantener a grandes sectores de la población económicamente activa permanentemente capacitados para afrontar constantemente nuevos retos laborales, aun cuando no se encuentren en situación de desempleo. Por ello, se ha llegado a señalar que este nuevo elemento lleva a visualizar el sistema danés de flexiseguridad como un «cuadrángulo de oro» y ya no como un triángulo (ver *ibidem*, p. 81).

13 Ver *ibidem*, pp. 75-76. En su estudio, Jorgensen indica que esta inversión alcanza al 0,5% del PBI en Estados Unidos, al menos al 1% en el Reino Unido, algo más del 1% en Canadá, al 1,4% en Italia, al 2% en Austria, al 2,7% en Francia y al 3,4% en Alemania.

III.1. Flexibilidad externa y protección social

La flexiseguridad es una estrategia referida a la denominada «flexibilidad externa» de las relaciones laborales, singularmente en lo relativo al despido. Conforme a esta estrategia, se devalúa significativamente la protección «legal» contra el despido, llegando casi a la desregulación, al suprimir o reducir a su mínima expresión las figuras tradicionales a través de las cuales se otorgó esa clase de protección (principio de causalidad, medidas reparadoras —indemnización o reposición— y procedimentalización del despido).

A cambio de esta desprotección legal, se dispensa al trabajador una amplia protección social, a través de medidas de protección del ingreso (políticas pasivas) mediante el pago de subsidios o prestaciones de desempleo durante períodos más o menos extensos y, asimismo, a través de «políticas activas» que inciden principalmente en la capacitación del trabajador a fin de garantizar su «empleabilidad» y su pronta re inserción en el mercado laboral. De este modo, la protección del trabajador frente al despido deja, en cierta manera, de ser una cuestión central del Derecho del Trabajo, para caer bajo el ámbito del Derecho de la Seguridad Social y de las políticas sociales del Estado.

III.2. Servir a dos señores: flexibilidad y seguridad

La flexiseguridad —de allí su denominación— pretende conciliar dos términos que hasta entonces parecían imposibles de compatibilizar entre sí, como lo son el círculo y el cuadrado: la flexibilidad, anhelada por los empleadores, y la seguridad, exigida por los trabajadores. De allí, que se señale, con precisión, que se trata de «[...] un término preñado de ambigüedades»¹⁴. No obstante, también se afirma que puede entenderse como «[...] un nuevo paradigma del marco regulador del mercado de trabajo: de un modelo que altera, enjuiciando este modelo desde la óptica del modelo clásico de protección, los elementos estructuradores de los sistemas de seguridad»¹⁵.

Para armonizar ambos conceptos, se «flexibiliza» el despido, eliminando o reduciendo las barreras legales con que se protegía al trabajador, pero se expande la protección de sus ingresos y las oportunidades de encontrar rápidamente un nuevo trabajo mediante las políticas pasivas (subsidios o prestaciones) y activas (capacitación, servicios de colocación) a cargo de la seguridad social y del propio Estado.

14 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando & LAHERA FORTEZA, Jesús. Ob. cit., p. 13.

15 *Ibidem*, p. 14.

III.3. Proteger el empleo, no el puesto de trabajo

Uno de los cambios más relevantes que conlleva la flexiseguridad consiste en desplazar la protección desde el puesto de trabajo al empleo. Ya no se protege, específicamente, el puesto del trabajador sino, en forma general, el empleo en la sociedad. Por ello, los titulares o beneficiarios de esta nueva forma de protección, ya no son los trabajadores individualmente considerados, sino el conjunto o totalidad de los trabajadores «[...] como categoría general e indeterminada que afecta al conjunto de oportunidades generadas por el mercado»¹⁶. En otras palabras, la protección que puede exigir el trabajador no es la de su puesto de trabajo —del que puede ser separado con relativa facilidad—, sino la del nivel de empleo de la sociedad, el cual le garantiza —habida cuenta de las oportunidades de capacitación que se le brindarán— su reubicación en el mercado laboral. Se trata, en suma, —al menos en su formulación teórica— de un esquema de estabilidad en el empleo sin estabilidad en el puesto de trabajo.

De este modo, también, el énfasis del mecanismo protector deja de radicar en la relación laboral para desplazarse hacia el mercado. Visto así, el despido dejará de ser una patología de la relación laboral, una hipótesis de conflicto inserta en esta, para convertirse en una contingencia del sistema de seguridad social.

III.4. La eliminación de la responsabilidad del empleador

Acaso uno de los aspectos más relevantes de la flexiseguridad consiste en reducir hasta casi eliminar la responsabilidad del empleador por el despido del trabajador. A esta situación se llega por la vía de funcionalizar el despido, atribuyéndolo a la necesidad o conveniencia del empleador y restando, consiguientemente, importancia al elemento «voluntad» como factor determinante de la ruptura de la relación laboral. De este modo, el despido deja de ser, básicamente, un acto de voluntad del empleador, susceptible de ser juzgado en función a su razonabilidad y justificación, para ser concebido como una decisión basada, exclusivamente, en criterios de necesidad o conveniencia, determinados por el objetivo de la eficiencia y competitividad de la empresa. Desde tal perspectiva, que reduce el despido a un hecho económico y de gestión empresarial, este no puede ser ya calificado como «arbitrario», «abusivo» o «injustificado», pues tales expresiones implican formular un juicio de valor respecto de la decisión extintiva del empleador, no obstante que esta debe apreciarse exclusivamente como una manifestación de su facultad de gestión de la empresa, dictada por factores de eficiencia, productividad y competitividad, cuya pertinencia solo puede ser evaluada por el propio empleador.

¹⁶ L. c.

El empleador, por consiguiente, no incurre en responsabilidad alguna por el despido, salvo, claro está, que este vulnere derechos fundamentales o libertades del trabajador, lo que ningún ordenamiento democrático puede tolerar. Pero, con excepción de estos casos, el despido deja de pertenecer al ámbito de los derechos inherentes a la relación laboral, para constituir una mera expresión de la facultad del empleador de hacer uso, o no, de los recursos necesarios para la producción.

Al no existir «responsabilidad» tampoco existe «reparación». El empleador no tiene obligación de reparar las consecuencias perjudiciales del despido mediante indemnizaciones, la eventual reposición del trabajador o cualquier otra prestación a su cargo. El despido se convierte así en una «contingencia», como la enfermedad o el accidente de trabajo, que debe ser cubierta por el sistema de seguridad social. Desde esta perspectiva, toda pretensión de imputar al empleador responsabilidad por la ruptura arbitraria o abusiva del contrato de trabajo, deviene absurda, pues el despido es una función de la gestión empresarial de los recursos productivos, como puede serlo la cancelación de un proveedor, el cierre de una sucursal o el reemplazo de una maquinaria obsoleta por otra de tecnología moderna. Así entendido, el despido es un acto neutro «[...] derivado de exigencias organizativas y objetivas sobre la actividad de la persona que trabaja, o como un acto derivado de la racionalidad y del cálculo económico de la gestión empresarial»¹⁷.

IV. LA FLEXISEGURIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando se plantea, a veces de forma mecanicista, adoptar o imitar entre nosotros el modelo danés de «flexiseguridad» se omite considerar el marco normativo derivado de los derechos fundamentales del trabajador establecidos en la Constitución y los tratados internacionales que conforman el «bloque de constitucionalidad». A nuestro juicio, sugerir la implantación de un modelo determinado, sin evaluar sus implicancias constitucionales y las derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede llevar a decisiones profundamente reñidas con los fundamentos del Estado Social de Derecho proclamado en nuestra carta constitucional.

IV.1. El derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y a la adecuada protección contra el despido arbitrario

La revisión de las normas constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales nos lleva a concluir que en nuestro

391

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORALFLEXISEGURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

¹⁷ BAYLOS, Antonio & Joaquín PÉREZ REY. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.49.

ordenamiento jurídico existen, cuando menos, tres disposiciones de rango constitucional que no pueden ser ignoradas o dejadas de lado a la hora de establecer cualquier regulación en materia de despido. Estas se refieren a: i) el derecho al trabajo, ii) la estabilidad en el empleo, y iii) la adecuada protección contra el despido arbitrario.

IV.1.1. El derecho al trabajo

La Constitución reconoce en el artículo 22 el «derecho al trabajo», el cual se encuentra, igualmente, enumerado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas y en el artículo 7 del «Protocolo de San Salvador»¹⁸.

El reconocimiento de este derecho —que tiene diversas manifestaciones— supone erigir un límite a la facultad de despido del empleador al supeditar la legitimidad de esta decisión a la existencia de una causa justa. El hito inicial de este proceso interpretativo se encuentra en la sentencia número 45 del Tribunal Constitucional (TC) italiano, de fecha 9 de junio de 1965¹⁹, luego asumido también, por el TC español en la sentencia número 22/1981, de fecha 2 de julio de 1981²⁰. Conforme a esta interpretación, la doctrina española señala que en su vertiente individual el derecho al trabajo se concreta «en el derecho a un puesto de trabajo, lo cual significa el derecho a acceder al trabajo en igualdad de condiciones, esto es, la prohibición de discriminaciones en el empleo, y el derecho a la estabilidad en el mismo, que se traduce en la necesaria concurrencia de justa causa para efectuar el despido»²¹.

En suma, en su aspecto individual, el derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nítum* o incausado, entendiendo por tal aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada

18 Denominado formalmente «Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales».

19 Esta sentencia estableció que el artículo 2,118 del Código Civil, que permitía el despido *ad nítum*, con la simple exigencia formal de un preaviso, debía interpretarse conforme a los principios de la Constitución, especialmente los artículos 4 (derecho al trabajo) y 41 (ejercicio de la libertad económica conforme a la utilidad social de esta), en el sentido de la conservación del puesto de trabajo (ver SAGARDOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980, p. 86).

20 En esa sentencia el TC precisa que «el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que implica algo más: conlleva el derecho a un puesto de trabajo y, en este sentido, adoptaría una doble faceta. Por un lado —faceta individual concretada en el artículo 35.1 CE—, implicaría el derecho de todas las personas que acrediten la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa. Por otro —faceta colectiva que emana del artículo 40.1—, supondría un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo». Más adelante, en otra importante Sentencia, del 27 de enero de 1994, el TC español señaló que: «la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva».

21 SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, pp. 133-134.

suficiente para extinguir la relación laboral. En este sentido, en la doctrina latinoamericana, De Buen afirma que el derecho al trabajo «se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo»²².

Tal concepción amplia del «derecho al trabajo» ha sido, igualmente, recogida por la jurisprudencia de nuestro TC, en su sentencia del 11/07/2002²³ en la que expresa:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; [...] El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

IV.1.2. La estabilidad laboral en el Protocolo de San Salvador

Como antes lo señalamos, el «derecho al trabajo» también está consagrado en el «Protocolo de San Salvador», el cual, desarrolla *in extenso* todos sus alcances en el artículo 7. Uno de estos es la «estabilidad laboral», conforme lo expresa en el literal d) de dicho precepto:

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 casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; [...]

Como se puede apreciar, la «estabilidad en el empleo» a que se refiere el Protocolo se traduce en la exigencia de una «causa de justa separación» como requisito para la validez del despido, de lo que se deduce, sin mayor dificultad, que este instrumento descarta el despido sin causa, o *ad nítum*, por ser contrario al derecho al trabajo. Asimismo, enumera como medidas reparadoras específicas del despido injustificado la indemnización (tutela resarcitoria) o la readmisión (tutela restitutoria), dejando a cada legislación nacional elegir la fórmula que considere

22 DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. t.I, México D.F.: Editorial Porrúa, 1981, p. 80.

23 Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, F.J. 12, en el proceso seguido entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra esta empresa con relación al despido de más de 500 trabajadores.

más apropiada, y sin excluir otras prestaciones establecidas por dicha normativa.

Al haber sido ratificado por el Estado peruano y en aplicación de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, realizada por el TC²⁴, conforme a la cual los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ratificados por el Perú tienen rango constitucional, el Protocolo constituye fuente obligatoria para la interpretación del derecho al trabajo. En tal virtud, el derecho peruano, por la vía del Protocolo de San Salvador, incorpora el concepto de «estabilidad en el empleo», entendido, a su vez, como la exigencia de una causa justa para la validez del despido, o «principio de causalidad» del despido.

IV.1.3. El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario

Además de reconocer el «derecho al trabajo», nuestra Constitución tiene una norma específica sobre el despido, contenida en el artículo 27, según el cual «La ley otorga al trabajador *adecuada protección contra el despido arbitrario*». Si bien este precepto es menos definido y protector que su antecedente, el artículo 48 de la Constitución de 1979 que expresamente reconocía la estabilidad en el trabajo, es innegable que su interpretación no puede realizarse en forma aislada y divorciada del artículo 22 que enuncia el derecho al trabajo, el cual, como lo hemos indicado, proyecta sus efectos sobre la extinción de la relación laboral.

Y, ello, porque, en primer término, debe advertirse que la consagración por nuestra Constitución del «derecho al trabajo», acarrea consecuencias sobre la normativa del despido, en cuanto, conforme antes se ha señalado, este derecho posee una doble vertiente, que incluye, además de su tradicional concepción como una aspiración legítima a tener o acceder a un empleo, otra, no menos importante, como es la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene, protegiéndolo contra extinciones carentes de razonabilidad, y, por tanto, abusivas o arbitrarias. Porque, en definitiva, tanto se opone al «derecho al trabajo» el desempleo original, de quien llega a la edad de trabajar y carece de empleo, cuanto el desempleo sobreviniente de quien pierde el puesto de trabajo que ocupa, más aun cuando esta pérdida obedezca a motivos irrazonables y arbitrarios.

Y, en segundo término, porque conforme al Protocolo de San Salvador, artículo 7 inciso d), el «derecho al trabajo» garantiza «la estabilidad de los trabajadores en sus empleos» los cuales solo pueden ser válidamente despedidos de acuerdo con las «causas de justa separación», teniendo derecho, en caso contrario, «a una indemnización o a la readmisión en

²⁴ Ver las sentencias del TC recaídas en los expedientes 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional».

Siguiendo estos lineamientos, se puede concluir que la interdicción del despido «arbitrario» contenida en el artículo 27, supone, cuando menos, que es arbitrario aquel despido que no está fundado en una causa justa. Ello significa, en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia.

La jurisprudencia constitucional ha asumido esta posición al realizar la interpretación del artículo 27 constitucional en forma conjunta con el artículo 22 que reconoce el derecho al trabajo. Dicha operación hermenéutica resulta indispensable a la vista de la innegable vinculación y potencial colisión entre ambas disposiciones. Por esta razón, interpretando conjuntamente ambas normas, el TC concluye que si bien el artículo 27 no determina la forma de protección específica del trabajador frente al despido arbitrario, concediendo, por tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero «[...]no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador»²⁵.

Por el contrario, la interpretación concordada de ambas normas lleva a concluir que cuando el artículo 27 remite al legislador el establecer la «adecuación protección contra el despido arbitrario», «[...] este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional»²⁶.

Tal núcleo duro —del derecho al trabajo— reside, precisamente, en «El segundo aspecto del derecho [...]. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa»²⁷. Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad *ad nutum* del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido y deviene en un despido lesivo de derechos fundamentales.

FLEXISEGURIDAD,
DERECHO AL
TRABAJO Y
ESTABILIDAD
LABORAL

FLEXISECURITY,
RIGHT TO WORK
AND LABOR
STABILITY

25 Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, FJ.12.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

IV.2. Dignidad y ciudadanía del trabajador

Otro enfoque, sustentado en el derecho al trabajo pero, también, en otras normas constitucionales, se basa en considerar que el trabajo es para la persona un supuesto importante de su dignidad y de su condición de ciudadano, por lo que su pérdida injustificada lesiona estos derechos.

La Constitución indica, en el artículo 23, que el trabajo «Es base del bienestar social y medio de realización de la persona». Esta declaración entraña la adhesión a valores que la propia carta explicita en el artículo 1: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad con el fin supremo de la sociedad y del Estado».

En efecto, el «derecho al trabajo» es un derecho social, que, como todos los derechos de este grupo, representa el fundamento de la «ciudadanía social», la cual «[...] se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo»²⁸. Pero, igualmente, es sustento de la ciudadanía en general, esto es, en sus dimensiones civil (derechos civiles o de libertad) y política (derechos de participación), en la medida que el trabajo proporciona a la persona un determinado estatus en la comunidad en la que vive, que comprende no solo su seguridad económica sino, también, su desarrollo personal y profesional, su dignidad y autoestima, su participación en la vida de la comunidad y otros aspectos no necesariamente cuantitativos.

Desde esta perspectiva, la pérdida injustificada del empleo que arroja al trabajador a la precariedad y la inestabilidad no puede ser contemplada como un hecho desvinculado de la dignidad y de los demás derechos fundamentales del trabajador ni reducida, exclusivamente, a una cuestión económica referida a la conservación o compensación de sus ingresos. Con razón, Baylos Grau anota que «el despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado —el no-trabajo— en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales»²⁹.

Más aun, el despido carente de fundamento objetivo y razonable puede ser contemplado como «un acto de fuerza, un fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial»³⁰. Puede

28 MONEREO PÉREZ, José Luis. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: Consejo Económico Social, 1996, p. 12.

29 BAYLOS, Antonio & Joaquín PÉREZ REY. Ob. cit., p. 49.

30 *Ibidem*, p. 44. Agregan los autores: «La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva, es decir de una situación compleja

serlo porque, como lo precisa el TC, «el despido arbitrario, por ser precisamente “arbitrario”, es repulsivo al ordenamiento jurídico»³¹. Ello en debido a que el trabajo es un bien jurídico especialmente protegido por la Constitución y las normas internacionales por su estrecha relación con otros bienes o valores como la dignidad de la persona, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y los derechos de ciudadanía. Por ello, la facultad del empleador de despedir tiene carácter extraordinario y su validez está condicionada a exigencias de fondo (causa justa) y de forma (derecho de defensa y procedimentalización del despido), fuera de las cuales se configura como un acto arbitrario, o el ejercicio ilegítimo de la violencia por parte del poder privado.

Así lo reconoce, el TC cuando afirma que:

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. 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 irrazonable³².

De acuerdo con estos criterios, la protección del empleo del trabajador y la sujeción del despido a estrictas normas que garantizan el derecho de aquel a no ser privado de su trabajo sin causa justa y mediante procedimientos destinados a asegurar su derecho de defensa, constituyen supuestos indispensables para tutelar el ejercicio de los derechos ciudadanos del trabajador, el mantenimiento de su estatus social y su desarrollo personal y profesional.

IV.3. La libertad sindical y los derechos colectivos

Una tercera perspectiva desde la cual debe evaluarse la posibilidad de introducir la flexiseguridad en nuestro país, tiene que ver con la relación existente entre el despido y el ejercicio de los derechos colectivos. La estabilidad laboral, al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio real de estos derechos. Esta perspectiva ha sido destacada por Sanguinetti quien, aludiendo a la estabilidad laboral, señala que:

Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el

en la que a través del trabajo esta obtiene derechos de integración y de participación en la sociedad, en la cultura, en la educación y en la familia. Crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social dependen del trabajo» (l. c.).

31 Sentencia del TC recaída en el expediente 976-2001-AA/TC, FJ.17.

32 Sentencia del TC recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC, FJ.7.

ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central dentro del diseño constitucional del marco de nuestras relaciones laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo³³.

Esta perspectiva es tan válida y real que muchas legislaciones que no establecen la estabilidad laboral como régimen general, han adoptado, sin embargo, medidas de protección contra el despido arbitrario de aquellos trabajadores que ejercen, según los sistemas de organización sindical, funciones de representación, configurándose el denominado «fuero sindical» que Ermida³⁴ cataloga como una «estabilidad absoluta transitoria», en cuanto la protección alcanza al dirigente sindical, por lo general, desde su postulación al cargo hasta cierto tiempo posterior a su cese en el mismo³⁵.

La protección de la libertad sindical y los derechos colectivos laborales no debe circunscribirse, empero, tan solo a los trabajadores que desempeñan funciones de dirigencia sindical, sino a la totalidad de los trabajadores en la medida en que aquellas libertades y derechos les son reconocidos sin excepción.

La realidad de muchas naciones, especialmente la de aquellas en que está menos desarrollado el movimiento sindical y es mayor el desempleo y, por consiguiente, el temor ante la desocupación, indica que los trabajadores carentes del derecho a estabilidad laboral son más renuentes a ejercer sus derechos colectivos que aquellos que gozan de dicha protección porque temen la represalia del empleador expresada en el despido del trabajador. En el caso del Perú, esta situación se puede advertir en el ámbito de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo de duración

33 SANGUINETI, Wilfredo. «El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana». En NEVES MUJICA, Javier (dir.). *Constitución y Trabajo*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, pp. 83-142, p. 89.

34 ERMIDA URIARTE, Óscar. «La estabilidad laboral en América Latina». *Informa*, I, 1 (1986), pp. 6-7, p. 7.

35 Así, por ejemplo, la ley española que atribuye al empleador la facultad de optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización cuando el despido es declarado improcedente establece que «si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este [...] Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada» (Estatuto de los Trabajadores, artículo 56.4). Los códigos de trabajo de Panamá (artículo 383), Paraguay (artículo 321), Colombia (artículo 405) y Chile establecen la figura del despido-propuesta, conforme a la cual el empleador solo puede despedir a los dirigentes sindicales previa autorización judicial. Estas normas se inspiran, sin duda, en el artículo 1 del Convenio OIT 135, el cual señala que «los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores [...]» («Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa», aprobado por la 56ª Conferencia de la OIT, 2-23 de junio de 1971).

determinada. Pasco³⁶, en un estudio sobre el trabajo eventual en nuestro medio, recoge la siguiente afirmación de Galin:

Los trabajadores eventuales por turnos revelan una alta rotación en el trabajo y cuentan con una desprotección adicional: por lo general no están sindicalizados. De acuerdo a la información proporcionada por las organizaciones de trabajadores, los empresarios utilizan prácticas de discriminación antisindical para evitar la afiliación de los eventuales, amenazando con el despido a quienes se sindicalicen, o, incluso en algunos casos, sancionando todo contacto de los eventuales con dirigentes sindicales.

Pasco agrega que: «[...] probablemente el trabajador eventual que pretenda sindicalizarse habrá de reprimir sus intenciones pues tendrá frente a sí a un empleador presto a sustituirlo por un servidor que demuestre mayor docilidad»³⁷.

No menos concluyente es su opinión acerca de la participación del trabajador eventual en una huelga: «[...] en la práctica, el trabajador eventual que se sumara voluntariamente a una huelga correría el evidente riesgo de ser despedido al término de esta. Derecho de huelga, entonces, solo existe en el papel, no en la vida real»³⁸.

La finalidad que se persigue al impedir al trabajador ejercer sus derechos colectivos no es otra que debilitar la fuerza de negociación y defensa que adquieren los trabajadores en virtud de su unidad y acción conjunta, que al permitirles equiparar el poder del empleador constituye, en última instancia, la mayor garantía de sus derechos individuales. Por consiguiente, todo aquello que de una u otra manera afecte los derechos colectivos laborales, se traduce, en definitiva, en una afectación de los derechos individuales ya sea como merma de la posibilidad de mejorarlos o como indefensión ante su violación o desconocimiento.

La estabilidad laboral, al alejar el peligro de la pérdida del empleo o causa del ejercicio de los derechos colectivos, fortalece la capacidad de organización y el ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores y, mediante ello, contribuye a garantizar el goce y mejoramiento de los derechos y beneficios individuales³⁹.

36 PASCO, Mario. «El trabajo eventual: una perspectiva jurídica». En BURNEO, José & Mario PASCO. *El trabajo eventual: dos perspectivas jurídicas*. Lima: Friedrich Ebert Stiftung/Centro Interamericano de Administración del Trabajo, 1985, pp. 45-90, p. 82.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*, p. 83.

39 Por el contrario, «[...] la inestabilidad laboral es el principal enemigo de la organización sindical de los trabajadores y, por lo mismo, les hace perder la fuerza de su unidad. Con ello los trabajadores se enfrentan, inermes, a las exigencias patronales reproduciéndose las condiciones de explotación que han primado siempre que el sindicalismo es débil o, de plano, no es» (DE BUEN, Néstor. «La flexibilidad en el derecho del trabajo». En *Modernidad y Legislación Laboral*, México D.F.: Casa Abierta al Tiempo/Friedrich Ebert Stiftung, 1990, p. 95).

V. ¿ES VIABLE LA «FLEXISEGURIDAD» EN LA REALIDAD PERUANA?

Este artículo no pretende cuestionar el sistema de flexiseguridad aplicado en Dinamarca, el cual en el contexto jurídico, económico y social de este país puede constituir una fórmula válida para compatibilizar la exigencia de flexibilidad en la extinción de las relaciones laborales, requerida por los empleadores, y la de seguridad en el empleo y los ingresos, planteada por los trabajadores.

Dinamarca, como se ha dicho, es un Estado de Bienestar, con un elevado nivel de protección social financiado gracias a una política tributaria basada en una presión fiscal y tasas impositivas sumamente altas que permiten al Estado disponer de los recursos para realizar una significativa inversión en las políticas del mercado de trabajo. Los habitantes de Dinamarca son, por ello, titulares de derechos sociales que configuran su estatus como ciudadanos plenos, esto es, titulares de ciudadanía civil, política y social. Asimismo, Dinamarca cuenta con una tasa de afiliación sindical altísima, pues casi el 80% de los trabajadores pertenece a un sindicato⁴⁰, condición esta que no se ve afectada por la relativa facilidad existente para el despido por el hecho de primar la estructura sindical de rama o actividad económica. La negociación colectiva, en las materias distintas a la contratación y al despido, es la fuente principal de la regulación de las relaciones laborales, concediendo, por tanto, a los sindicatos un poder relevante frente a los empleadores. Por tanto, la imagen de que la flexiseguridad en Dinamarca confiere a los empleadores un rol predominante en las relaciones laborales en desmedro de la posición de los trabajadores, debe considerarse equivocada en razón del contexto en que se produce, ciertamente muy distinto al de aquellos países con un Estado de Bienestar residual o incipiente, con bajos niveles de protección social y una débil política fiscal.

De otro lado, la Constitución danesa de 1920 no contiene un enunciado de derechos sociales ni, por tanto, laborales, que supongan limitaciones a la actividad del legislador al momento de regular las relaciones de trabajo, o al Gobierno para la formulación de políticas relativas al mercado de trabajo, como, en cambio sí ocurre en muchos otros Estados, entre ellos, el nuestro. Ello no significa dejar de lado nuestras observaciones respecto a las posibles implicancias que un régimen de despido libre o muy flexible —aun cuando este fuera mitigado por un sistema de protección social muy completo y generoso— tiene respecto de derechos humanos y bienes jurídicos, como el derecho al trabajo, la dignidad del trabajador o el ejercicio de la ciudadanía, contemplados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aceptados

40 JORGENSEN, Henning. Ob. cit., p. 70.

por las naciones civilizadas y democráticas como fundamento de la convivencia tanto internacional cuanto interna.

Lo que nos interesa, en cualquier caso, destacar es que el trasplante a nuestro medio de semejante modelo confronta tanto límites jurídico-constitucionales, a los que ya nos hemos referido con amplitud, cuanto limitaciones reales o materiales que no se pueden ignorar.

En efecto, el Perú es un país con bajísimos niveles de protección social. Al año 2010, apenas el 37,7% de la Población Ocupada Urbana (POU) tiene acceso a pensiones de seguridad social, correspondiendo el 55,2% a los asalariados y el 23,8% a los no asalariados⁴¹, lo que significa que casi dos tercios de los trabajadores no tienen acceso a pensiones de jubilación o de invalidez. Los diferentes sistemas de pensiones se financian con los aportes de los trabajadores. En el Sistema Nacional de Pensiones la pensión máxima es de 857,00 soles mensuales, es decir, aproximadamente 325 dólares; la pensión promedio del Sistema Privado de Pensiones asciende a 1 000,00 soles mensuales (380 dólares, aproximadamente).

En atención de salud, solo el 53,8% de la POU tiene acceso a esta forma de protección (63,9% de los asalariados y 50,9% de los no asalariados)⁴², lo que indica que la mitad de los trabajadores carecen de esta. Por otro lado, la presión tributaria en el Perú ronda el 12%, la meta actual es del 15%.

Con estos datos podemos preguntarnos nuevamente ¿es viable un modelo de flexiseguridad en el Perú? Cuando dos tercios de la POU no tienen acceso a pensiones de jubilación o invalidez, ¿es factible crear un seguro de desempleo que garantice al trabajador que pierde su empleo ingresos aproximados a los que estaba percibiendo, como ocurre en Dinamarca?

Lo más probable es que de optar por imitar el modelo danés, careciendo del contexto político, institucional, económico y social sobre el cual este descansa, terminemos —además de las trasgresiones constitucionales que conllevaría, salvo que se reforme la Constitución y el Perú denuncie el PIDESC y el Protocolo de San Salvador— construyendo un modelo que, en el fondo, suponga aproximarnos a un esquema de despido libre, con mínimas pensiones por desempleo y escasa o nula intervención del Estado en la capacitación y reentrenamiento de los desempleados y la activación del mercado de trabajo.

41 *Panorama Laboral 2011*. Lima: OIT/Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2011, p.136.

42 L. c.

Tal modelo no podría ser reconocido como uno de «flexiseguridad», sino como uno distinto, que, con mayor exactitud podría ser denominado como «flexi-inseguridad» o «flexi-precariedad», el cual, en lugar del «triángulo de oro» danés vendría a configurarse como un «triángulo de barro» cuyos tres lados serían: i) despido libre o con mínima protección, ii) prestaciones por desempleo diminutas o exiguas, y iii) prevalencia de las políticas pasivas del mercado de trabajo.

Recibido: 20/12/2011

Aprobado: 9/03/2012

El debate europeo sobre la flexiseguridad: algunas lecciones para el sur

The European debate on flexisecurity:
some lessons for the South

ÁLVARO VIDAL*

Resumen: El presente artículo analiza el surgimiento y evolución de la estrategia de flexiseguridad en el contexto europeo, sus distintas conceptualizaciones, sus efectos respecto de la función protectora del derecho laboral y las lecciones que se pueden extraer de experiencias previas para Latinoamérica y en particular para el Perú respecto de la subordinación de las políticas socio-laborales a las políticas de generación de empleo.

Palabras clave: flexiseguridad – flexibilidad laboral – protección social – derechos laborales – generación de empleo – políticas socio-laborales

Summary: The present article analyzes the emergence and evolution of flexisecurity strategy in the European context, different conceptualizations, their effects regarding the protective function of labor law and lessons that can be extracted from previous experiences in Latin America and particularly Peru concerning the subordination of social and labor policies on the policies of employment generation.

Keywords: flexisecurity – labor flexibility – social protection – labor rights – employment generation – social and labor policies

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EVOLUCION DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO Y EL ROL DE LA FLEXISEGURIDAD.- II.1. EL «LIBRO VERDE».- II.2. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN: «HACIA LOS PRINCIPIOS COMUNES DE LA FLEXISEGURIDAD».-II.3.POLÍTICAS COMUNITARIAS DE EMPLEO DENTRO DE UNA CONCEPCIÓN DE DERECHOS SOCIALES.- II.3.1 CARTA COMUNITARIA DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES (ESTRASBURGO, 9 DE DICIEMBRE DE 1989).- II.3.2. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (NIZA, 7 DE DICIEMBRE DE 2000).- II.3.3. ARTICULACIÓN ENTRE POLÍTICA DE EMPLEO Y POLÍTICA SOCIAL DE LOS TRATADOS.- II.3.4. ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO.- II.3.5. LA NUEVA ESTRATEGIA 2020.- II.3.6. NECESIDAD DE UN MODELO COMUNITARIO DE MÍNIMOS.- III. LOS CAMINOS DE LA FLEXISEGURIDAD.- III.1. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FLEXISEGURIDAD.- III.2. ALGUNAS EXPERIENCIAS CONCRETAS DE APLICACIÓN DE LA ESTRATEGIA DE FLEXISEGURIDAD.- III.2.1. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA.- III.2.2. LAS REFORMAS EN ITALIA.-

* Profesor de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Empleo y Diálogo Social por la Universidad de Castilla-La Mancha.

En la figura que se llama oxímoron, se aplica a una palabra un epíteto que parece contradecirla; así los gnósticos hablaron de luz oscura; los alquimistas, de un sol negro [...] su grosería y su facilidad me tentaron.

JORGE LUIS BORGES, *El Zahir*

I. INTRODUCCIÓN

En medios académicos, empresariales y laborales locales, cada vez con mayor frecuencia, se hace referencia al término flexiseguridad¹. En algunos casos, con una valoración positiva como modelo que combina lo mejor de la flexibilidad laboral con la seguridad social (básicamente la función de sustitución de ingresos). En otros, de manera más crítica, considerando a la flexiseguridad como medio para emprender reformas de degradación de derechos laborales, trasladando al Estado responsabilidades tradicionalmente empresariales.

Conviene por ello plantearse las siguientes preguntas: ¿cuál es el origen de este término?, ¿cuál fue su evolución?, ¿existe un concepto único?, ¿cuáles son sus límites?, ¿cuáles son sus efectos en la función protectora del derecho del trabajo?, ¿es replicable este modelo?, y ¿cuáles son las condiciones para que su aplicación sea exitosa?

La reciente reforma laboral española, implementada mediante Real Decreto Ley 3/2012 (10 de febrero de 2012), propone como objetivo la flexiseguridad y en consecuencia apostar por el equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal; entre la movilidad interna de la empresa y los mecanismos extintivos de contratación; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo. Equilibrio difícil de alcanzar cuando se analiza el contenido normativo de la reforma y se observa que la balanza se inclina hacia la contratación temporal, la facilitación del despido, la descentralización de la negociación colectiva y las «tutelas del mercado de trabajo», en detrimento de la protección del derecho del trabajo. Todo ello con el objetivo teórico de «facilitar la creación de puestos de trabajo».

¹ Si bien el término «flexiguridad» representa una traducción más literal de *flexicurity*, en el presente trabajo optamos por utilizar el concepto de «flexiseguridad» debido a que manifiesta de manera más evidente la segunda dimensión de este concepto (seguridad) y expresa no solamente las posibles articulaciones de ambos conceptos sino también sus contradicciones.

Es pertinente recordar que la reforma laboral peruana de inicios de la década de 1990 consideró como su objetivo prioritario generar más puestos de trabajo. La exposición de motivos de la llamada «Ley de Fomento del Empleo» señalaba que «los más recientes desarrollos y evoluciones del pensamiento económico coinciden en asignarle al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, y el mercado de trabajo tampoco constituye una excepción a esta regla». Argumentaba que gobiernos como los de España, Francia o Italia «se han volcado a dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y demanda en el mercado laboral, en especial [en] las denominadas franjas débiles del mercado».

Sin embargo, el resultado de la reforma laboral peruana no fue el de generar más empleos sino menos puestos de trabajo y en condiciones más precarias. Como ha sido verificado cuantitativamente por García², en el año 1991 (cuando se dictó la «Ley de Fomento del Empleo») la tasa de desempleo abierto era de 5,9% y en los años siguientes se incrementó a 9,4% (1992), 9,9% (1993), 8,8% (1994), 8,2% (1995) y 7,2% (1995). Es decir, no existe constatación empírica de que la reforma laboral peruana haya incidido en la generación de más puestos de trabajo. Por otro lado, la precariedad laboral se incrementó: así, tenemos que mientras en el año 1991 el trabajo informal era del 52,7%, en 1995 fue del 55,1% y en 2000 del 59,2%. Es decir, tras la flexibilización laboral no solamente se incrementó el desempleo abierto, sino que además aumentó el trabajo precario.

Por ello, la implementación de políticas de flexibilización laboral (con nuevos o antiguos ropajes) hace necesaria la evaluación comparada de experiencias previas y su impacto real en la economía nacional, el empleo, y el bienestar de los trabajadores. Evaluación que debe hacerse considerando de manera especial las particularidades propias de cada realidad y la pertinencia de aplicar modelos surgidos en contextos económicos, sociales y culturales sustancialmente distintos.

La Estrategia Europea de Empleo (en adelante EEE), principalmente fomentada por la Comisión Europea a partir del año 2006 con la publicación del «Libro Verde»³, se ha centrado en gran medida en promover la pertinencia de la flexiseguridad como propuesta eficiente para conciliar las necesidades de generación de empleo y aumento de productividad con una protección flexible del trabajo.

2 GARCÍA, Norberto (2005). *Competitividad y mercado laboral 1990-2004*. Serie macroeconomía del desarrollo. División de desarrollo económico. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Naciones Unidas, 2005. La información señalada es la disponible respecto de los períodos indicados y corresponde a información oficial de Lima metropolitana.

3 «Libro Verde» denominado «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2006.

Además de lo contradictorio del término flexiseguridad, aspecto destacado por Umberto Romagnoli⁴, se critica respecto de esta propuesta los siguientes puntos: las dificultades que conllevan implantar este modelo en contextos históricos y culturales distintos de los que le dieron origen; el retroceso en la protección del trabajo y la afectación de la ciudadanía social; el reducido papel otorgado a los sindicatos y lo colectivo; y el traslado de las consecuencias del despido del empleador al Estado y al propio trabajador, lo que, siguiendo a Pérez Rey y Baylos Grau⁵, podríamos calificar como una socialización de la violencia del poder privado.

Con el objeto de dar respuesta a las interrogantes antes planteadas, a continuación analizaremos el surgimiento y evolución de la estrategia de flexiseguridad en el contexto europeo, sus distintas conceptualizaciones, sus efectos respecto de la función protectora del derecho laboral y las lecciones que se pueden extraer para Latinoamérica y en particular el Perú respecto de la subordinación de las políticas sociolaborales a las políticas de generación de empleo.

II. EVOLUCIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO Y EL ROL DE LA FLEXISEGURIDAD

Desde los tiempos de la fundación de la Unión Europea (UE) con el Tratado de Roma de 1957, esta ha tratado de valorar en un grado u otro la relación entre los objetivos sociales y económicos, pasando por tres etapas distintas⁶. La primera es una etapa de subordinación de las políticas sociales a la realización de los objetivos económicos del mercado único. En la segunda, iniciada a partir del Tratado de Maastricht (1992), se destaca la importancia de las políticas sociales con el objeto de lograr una mayor integración de la ciudadanía europea. En la tercera, introducida por el Tratado de Ámsterdam (1997), se incorpora el título de empleo en el Tratado de las Comunidades Europeas y se implementa el Método Abierto de Coordinación (MAC) para la EEE a través del llamado Proceso de Luxemburgo (1997) y su evolución posterior hasta

4 Umberto Romagnoli ha señalado que al fin y al cabo *flexi-security* es, en sentido estricto, un oxímoron y, como tal, consiste en una pareja de palabras opuestas que expresa una media verdad. La mitad oculta de esta verdad es que solo se puede alcanzar un sistema eficiente de *flexi-security* mediante la conocida política de dos tiempos, de los cuales, sin embargo, solo se conoce con seguridad el primero porque el segundo no empieza nunca. Sin embargo, este oxímoron no solo es caro, sino también difícil de alcanzar. En ROMAGNOLI, Umberto. «Valoración sobre el Libro Verde». Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Libro Verde y el Futuro del Derecho del Trabajo. Noviembre de 2007. Auditori del Palau de la Generalitat de Catalunya.

5 BAYLOS, Antonio & Joaquín PÉREZ REY. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009.

6 Ver al respecto LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo. «Introducción». En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (coord.). *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*. Albacete: Bomarzo, 2009, pp. 11-24. En este punto, el autor sigue a GOETSCHY, Janine. «The implications of the Lisbon Strategy for the future of social Europe: on the road or new age?». *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, XXIII, 4 (2007), pp. 500-501.

las directrices integradas de la EEE con las Orientaciones Generales de la Política Económica (OGPE) en 2005.

Según Goetschy el debate europeo sobre la flexiseguridad iniciado en 2006 podría suponer una cuarta etapa cuya consideración es más evidente con las nuevas Directrices de la EEE para el período 2008-2010, en las que se busca conciliar los objetivos sociales y económicos en término iguales. Desde esta perspectiva, la agenda social renovada adoptada por la Comisión en julio de 2008 incluye el objetivo último de la Estrategia de Lisboa: el desarrollo humano.

Juan Pablo Landa opina que, de resultar correcta esta percepción, ella significaría que la UE busca combinar «la seguridad en el empleo y en la renta de las personas con la flexibilidad en el mercado de trabajo, en la organización de la producción y en las relaciones laborales»⁷.

Sin embargo, existen voces sumamente críticas frente al camino seguido en la práctica por la estrategia de flexiseguridad, sobre todo en su aplicación concreta en algunos países de la UE, ya que su ambigüedad ha permitido en algunos casos una relajación de los mecanismos de protección del trabajo, principalmente mediante la flexibilización del despido. Ello es más claro aún si tenemos en cuenta que, como plantea la propia estrategia de la UE, no existe un único camino, «sino tantos como sus estados miembros deseen emprender».

A continuación desarrollamos la evolución de las políticas europeas de empleo y del concepto de flexiseguridad, a partir del «Libro Verde», la Comunicación de la Comisión: «Hacia los Principios Comunes de la Flexiseguridad», las cartas comunitarias que contienen derechos sociales, y las estrategias europeas de empleo, en su versión original y renovada. Asimismo, destacamos el aporte de Pérez Rey⁸ sobre la necesidad de contar con un modelo comunitario de mínimos que sea la base del diseño de políticas sociolaborales en el ámbito europeo.

II.1. El «Libro Verde»

Este documento titulado «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI» presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, tenía como objetivo generar un debate público sobre cómo modernizar el Derecho Laboral para cumplir con el objetivo de la Estrategia de Lisboa: crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos. Para ello el documento menciona que los mercados de trabajo europeos deben afrontar el reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad social, así como reducir la

7 LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo. Ob. cit., pp. 13 y ss.

8 PÉREZ REY, Joaquín. «Políticas Comunitarias de Empleo». Lectura preparada para el Máster de Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa. Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.

segmentación del mercado de trabajo (reducir las diferencias entre los llamados *insiders* y *outsiders*).

En este sentido, propugna que el Derecho Laboral debería promover una mayor flexiseguridad que busque lo siguiente:

- Identificar respuestas satisfactorias al desfase entre realidades del mundo laboral y marcos jurídicos y contractuales existentes
- Fomentar la flexibilidad asociada a la seguridad del empleo con independencia de la forma del contrato
- Fomentar el debate sobre la manera en que los tipos de relaciones contractuales podrían favorecer la creación de empleo, facilitando las transiciones en el mercado de trabajo y fomentando el aprendizaje permanente
- Modernizar el Derecho Laboral, en particular que las PYME puedan sufragar los costes administrativos derivados de la legislación

El «Libro Verde» reconoce que las reformas iniciadas desde mediados de los años noventa tuvieron como efecto una «flexibilización en los márgenes», configurando formas de contratación más flexibles (proliferación de contratos temporales, empresas de trabajo temporal, subcontratación y contratos a tiempo parcial), así como una menor protección contra el despido, lo cual ha conducido a una creciente segmentación del mercado de trabajo. Además, plantea que «sistemas de subsidios de desempleo bien diseñados, junto con políticas activas del mercado de trabajo, parecen constituir la mayor garantía frente a los riesgos que presenta el mercado de trabajo»⁹.

En este sentido se plantean como relevantes para la «modernización» del Derecho Laboral reevaluar temas como:

- Una adecuada gestión de las transiciones profesionales (sean involuntarias como el despido y el desempleo o voluntarias como los permisos de formación y las responsabilidades familiares)
- La adopción de medidas para combatir el trabajo oculto como iniciativas de información, mayor control en el cumplimiento de la legislación o aplicación de presunciones legales obligatorias
- La aplicación de igualdad de trato y responsabilidad conjunta y solidaria en el caso de relaciones de trabajo triangulares
- La eficiente ordenación del tiempo de trabajo

9 «Libro Verde». «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI», p. 9.

- Medidas de protección de los trabajadores en un contexto de libre circulación a nivel comunitario

Baylos y Pérez Rey¹⁰ señalan que, independientemente del sesgo ideológico, el «Libro Verde» contiene una serie de temas que requieren un análisis crítico:

- La contratación flexible: trabajo temporal, a tiempo parcial, autónomo y por cuenta propia
- Las «transiciones» en las situaciones de empleo, específicamente las referidas a la tutela de la extinción por causa injustificada mediante el seguro de desempleo y los mecanismos de formación profesional
- La delimitación de las nociones de trabajo oculto, no declarado o irregular, y el trabajo económicamente dependiente aunque prestado bajo régimen de autonomía
- La reconsideración de las relaciones de trabajo triangulares
- La ordenación del tiempo de trabajo como campo de experimentación del trabajo flexible determinado unilateralmente
- La posible definición de una noción comunitaria de trabajador por cuenta ajena como sujeto al que aplicar las normas laborales europeas
- La necesidad de un aparato público que controle los incumplimientos de la legislación laboral y que fuerce su aplicación y vigencia en el espacio europeo (jurisdicción social europea)

Adicionalmente, indican que no se concibe el Derecho Laboral del siglo XXI sin la presencia central del sindicato y de su actuación en la conformación de un marco regulador de las relaciones de trabajo y de empleo. Este marco deberá estar determinado por los derechos humanos y en particular los derechos fundamentales que integran la ciudadanía de la Unión Europea (Carta de Niza).

II.2. Comunicación de la Comisión: «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad»

En el año 2007 la Comisión presentó una comunicación denominada «Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo

409

EL DEBATE
EUROPEO SOBRE
LA FLEXI-
SEGURIDAD:
ALGUNAS
LECCIONES PARA
EL SUR

THE EUROPEAN
DEBATE ON
FLEXISECURITY:
SOME LESSONS
FOR THE SOUTH

10 BAYLOS, Antonio & Joaquín PÉREZ REY. *Sobre el Libro Verde: Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del S. XXI*. Cuadernos de la Fundación (5/2006). Madrid: Fundación Sindical de Estudios, 2006.

mediante la flexibilidad y la seguridad»¹¹, la cual contenía un conjunto de principios de la flexiseguridad con el objeto de lograr mercados de trabajo más abiertos y con mayor capacidad de respuesta, así como lugares de trabajo más productivos.

Se define a la flexiseguridad como una estrategia integrada para potenciar la flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo, la que puede concebirse y aplicarse a través de cuatro ejes de actuación que pueden reforzarse mutuamente:

- Disposiciones contractuales flexibles y fiables a partir de una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos
- Estrategias globales de aprendizaje permanente que busquen adaptabilidad y empleabilidad continuas
- Políticas activas del mercado laboral eficaces que reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo
- Sistemas de seguridad social modernos que aseguren una renta adecuada, fomenten el empleo y faciliten la movilidad (cobertura del desempleo, pensiones, prestaciones familiares y salud)

A diferencia del «Libro Verde» se plantea como fundamental la implicación activa de los interlocutores sociales con el objeto de que la flexiseguridad redunde en beneficio de todos. Sus principios comunes podrían ser los siguientes:

- Disposiciones contractuales flexibles, estrategias de aprendizaje permanentes, políticas activas del mercado de trabajo y modernos sistemas de seguridad social
- Equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de los empleadores, trabajadores, desempleados y autoridades
- Ausencia de un modelo único y adaptación a las circunstancias, mercados de trabajo y relaciones laborales existentes en cada Estado miembro
- Reducción de la brecha entre los que están dentro del mercado laboral y los que están fuera de él
- Promover la flexibilidad interna como externa, siendo la seguridad social un mecanismo de apoyo de esta y no un desincentivo

¹¹ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas 27 de junio de 2007.

- Promover la igualdad con las mujeres, emigrantes, jóvenes, personas con discapacidad y trabajadores de mayor edad
- Confianza y diálogo entre las autoridades políticas e interlocutores sociales
- Políticas presupuestarias sólidas y sostenibles y una distribución justa de los costes y beneficios

Este documento persiste en la flexibilidad externa, incidiendo en la promoción de disposiciones contractuales flexibles y privilegiando la actuación del Estado como responsable de las transiciones laborales mediante sistemas de protección social. Se trasladan los mecanismos de protección del empleo de la relación laboral (responsabilidad del empleador en caso de despido) hacia el Estado (sistemas de protección social).

II.3. Políticas comunitarias de empleo dentro de una concepción de derechos sociales

Como antecedentes del «Libro Verde» y la Comunicación sobre los principios comunes de la flexiseguridad, es necesario destacar la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Carta de Estrasburgo) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza), en cuyo marco deben de ser concebidas e implementadas las políticas de empleo en los países miembros.

A continuación, siguiendo a Joaquín Pérez Rey¹² desarrollamos los principales contenidos de estas cartas y su relación con la EEE para destacar finalmente la importancia de un Modelo Comunitario de Mínimos. Según este autor, supeditar los parámetros sociales a los requerimientos económicos, así como insistir en que el progreso social vendría de la mano de la construcción de un próspero mercado europeo, constituyen el trasfondo ideológico que ha limitado la vertiente social de la integración europea. Por ello, es fundamental retomar la importancia de los instrumentos que reconocen derechos sociales a nivel de la Unión Europea.

II.3.1. Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989)

Los derechos sociales fundamentales reconocidos en esta carta son:

- La libre circulación
- El empleo y la remuneración

411

EL DEBATE
EUROPEO SOBRE
LA FLEXI-
SEGURIDAD:
ALGUNAS
LECCIONES PARA
EL SUR

THE EUROPEAN
DEBATE ON
FLEXISECURITY:
SOME LESSONS
FOR THE SOUTH

¹² En este tema nos basamos en la investigación ya citada de PÉREZ REY, Joaquín. «Políticas Comunitarias de Empleo».

- La mejora de las condiciones de vida y de trabajo
- La protección social
- La libertad de asociación y negociación colectiva
- La formación profesional
- La igualdad de trato entre hombres y mujeres
- La información, consulta y participación de los trabajadores
- La protección de la salud y de la seguridad en el lugar de trabajo
- La protección de los niños y de los adolescentes
- La protección de las personas de edad avanzada y los minusválidos

Esta carta destaca debido a que constituye un instrumento apto para conceder a lo social el protagonismo que requiere en el seno de la UE, aun que hay que señalar también su escasa eficacia jurídica.

II.3.2. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000)

La importancia de esta carta reside en que luego de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha asimilado su valor al de los tratados, poniendo fin a la ausencia de una declaración de derechos vinculante en el seno de la UE. Entre los derechos sociales reconocidos en esta carta tenemos los siguientes:

- Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado
- Derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada
- Igualdad entre mujeres y hombres en materia de empleo, trabajo y retribución
- Derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga
- Derecho a protección en caso de despido injustificado
- Derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, la seguridad y la dignidad
- Prohibición del trabajo infantil
- Conciliación de la vida familiar y profesional
- Derecho a la seguridad social

II.3.3. Articulación entre política de empleo y política social de los tratados

Si bien estas cartas significaron un avance para el reconocimiento de los derechos sociales a nivel comunitario, entre las dificultades que afectan su efectividad destacan el sometimiento de los derechos proclamados al principio de subsidiariedad, así como la imposibilidad de derivar nuevas competencias para las instituciones de la UE.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala que «la Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros». Sin embargo, hay aspectos de técnica regulativa que generan dificultades y reflejan cierta subordinación de las políticas sociales al mercado de trabajo. Los aspectos regulatorios que generan dificultades consisten en:

- Desarrollar mediante títulos separados política de empleo y política social, lo cual revela que se ha preferido dejar el empleo a salvo de la política social otorgándole un tratamiento autónomo
- Se ha mantenido el título del empleo en el terreno del *soft law*, según Miguel Rodríguez-Piñero, en «ausencia de compromisos jurídicos fuertes que los Estados miembros deban asumir, legitimándose a estos a introducir medidas de adaptabilidad y flexibilidad de los mercados de trabajo que no habrían podido adoptar unilateralmente»¹³

Esta opción se sustentaría en la necesidad de «compatibilizar» las políticas de empleo con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad. Sin embargo, se destaca que más allá de la relación de compatibilización o dependencia de las políticas de empleo frente las políticas económicas, los desajustes del mercado de trabajo y principalmente el desempleo se encuentran entre los principales preocupaciones de las políticas comunitarias.

II.3.4. Estrategia Europea de Empleo

La EEE diseñada como un mecanismo abierto de coordinación (MAC) entre los Estados miembros y la Unión constituiría una muestra más de *soft law* del que no se puede extraer compromisos vinculantes en un sentido tradicional, por lo que, según Bruno Causo, constituye un derecho débil de segunda generación¹⁴.

Esta estrategia recibió un gran impulso en la Cumbre de Lisboa (23 y 24 de marzo de 2000) que planteó como objetivo estratégico de Europa «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera

13 Citado por PÉREZ REY, Joaquín. «Políticas Comunitarias de Empleo», p. 3.

14 Citado por PÉREZ REY, Joaquín. «Políticas Comunitarias de Empleo»

sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social». Así se planteaba como reto alcanzar el pleno empleo en 2010.

En un primer balance de la estrategia de Lisboa (2005) se verificó la necesidad de «mejorar de manera radical la gobernanza de la estrategia de Lisboa con el fin de hacerla más eficaz y comprensible». Frente a ello se planteó una estrategia simplificada a desarrollarse en ciclos trianuales conforme al esquema previsto en las conclusiones del Consejo Europeo del 22 y 23 de marzo de 2005.

Las Directrices Integradas por el período 2008-2010 (2008/618/CE) dispusieron como objetivos:

- Aplicar políticas de pleno empleo, calidad del trabajo y cohesión social
- Promover un enfoque de trabajo sustentado en el ciclo de vida
- Garantizar mercados de trabajo inclusivos y aumentar el atractivo del trabajo
- Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo
- Promover flexibilidad combinada con seguridad del empleo.
- Reducir la segmentación del mercado de trabajo, reconociendo el papel de los interlocutores sociales
- Asegurar una evolución de los costes laborales y establecer mecanismos de fijación de salarios que favorezcan el empleo
- Ampliar y mejorar la inversión en capital humano
- Adaptar los sistemas de educación y formación a las nuevas exigencias en materia de competencias

II.3.5. La nueva Estrategia 2020

En la evaluación realizada por la Comisión Europea de la primera década de la estrategia de Lisboa, si bien se reconoce que las directrices integradas ayudaron a fijar la dirección de las políticas económicas y de empleo nacionales, se señala que su carácter genérico y la falta de jerarquía interna limitaron su impacto en las políticas nacionales. Por ello, se plantean una serie de objetivos cuantificados y directrices más específicas.

La Estrategia 2020 plantea, entre otros, como objetivos cuantitativos para finales de la presente década los siguientes:

- El 75% de la población entre 20 y 64 años deberá estar empleada
- El 3% del PIB de la Unión Europea debería ser invertido en Investigación y Desarrollo (I+D)

- Abandono escolar menor al 10%
- Al menos 40% de la generación más joven con estudios superiores
- El riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos

La propuesta de directrices más específicas del Consejo (COM 2010 193) contiene las siguientes:

- Aumentar la participación en el mercado laboral y reducir el desempleo estructural, insistiendo en la estrategia de flexiseguridad
- Conseguir una población activa cualificada que responda a las necesidades del mercado laboral. Promover la calidad del trabajo y el aprendizaje permanente
- Mejorar los resultados de los sistemas educativos y de formación
- Promover la inclusión social y luchar contra la pobreza

La Comisión ha planteado una «Agenda para nuevas calificaciones y empleos» consistente en:

- Definir y ejecutar junto con los interlocutores sociales europeos la segunda fase de la flexiseguridad para concretar las mejores formas de gestionar las transiciones económicas
- Adaptar el marco legislativo a las nuevas modalidades de trabajo
- Facilitar y promover la movilidad laboral en el interior de la Unión y adaptar la oferta a la demanda con un apoyo financiero apropiado de los fondos estructurales y promover una política de inmigración prospectiva
- Reforzar la capacidad de los interlocutores sociales, el diálogo social y la cooperación reforzada entre las instituciones del mercado de trabajo
- Aplicar los principios del aprendizaje permanente
- Desarrollar un Marco Europeo de Cualificaciones, Competencias y Ocupaciones como lenguaje común e instrumento operativo

Ante ello, los Estados miembros deberán:

1. Ejecutar planes nacionales de «flexiseguridad» para reducir la segmentación laboral, facilitar las transiciones y conciliar la vida laboral y familiar
2. Revisar la eficiencia de los sistemas impositivos y de beneficios de forma que el trabajo sea atractivo

415

EL DEBATE
EUROPEO SOBRE
LA FLEXI-
SEGURIDAD:
ALGUNAS
LECCIONES PARA
EL SUR

THE EUROPEAN
DEBATE ON
FLEXISECURITY:
SOME LESSONS
FOR THE SOUTH

3. Promover nuevas formas de equilibrio entre la vida laboral y familiar, así como políticas de envejecimiento activo
4. Promover la aplicación del diálogo social
5. Establecimiento de marcos nacionales de cualificaciones
6. Garantizar competencias y que la formación sea reconocida en toda las etapas
7. Mayor colaboración entre el mundo educativo y el mundo laboral

II.3.6. Necesidad de un modelo comunitario de mínimos

Para algunos autores, la insistencia en el MAC debería ser replanteada, ya que, si bien ha permitido fomentar el debate sobre las políticas de empleo, hace evidentes los límites de un modelo en el que está ausente la exigibilidad. Como señala Umberto Romagnoli¹⁵, se trata de una técnica que renunció a perseguir la unificación de los ordenamientos nacionales, proponiéndose más bien aprender a gobernar las diferencias por la fuerza amable de la persuasión y del consenso.

Entre las razones que Terradillos Ormaetxea¹⁶ considera como causas de la inexistencia de un Derecho Social Europeo (*hard law*), destacan las siguientes:

- La filosofía liberal originaria de la Unión Europea y la inicial falta de intervención en la política social
- La percepción del Derecho laboral como seña de identidad cultural e histórica de los estados miembros y la reticencia a la armonización
- El déficit de legitimidad de la Unión debido al papel residual del Parlamento Europeo
- El reconocimiento del principio de subsidiariedad (Maastricht, 1992)
- La expansión territorial que ha experimentado Europa, ampliando la brecha cultural, histórica y económica de los estados europeos
- La ampliación de los sujetos implicados en el proceso de formación del Derecho europeo

Siguiendo a Alonso García¹⁷, se puede señalar que el *soft law* es un fenómeno que presenta como característica del Derecho restringir la

15 Citado por PÉREZ REY, Joaquín. «Políticas Comunitarias de Empleo».

16 TERRADILLOS ORMAETXEA, Eudurne. «La modernización del Derecho Laboral en Europa a través del MAC: ¿La emergencia de otro modelo social europeo?». En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (coord.). Ob. cit., pp. 59-62.

17 ALONSO GARCÍA, R. «El soft law comunitario». *Revista de Administración Pública*, 154 (2001), pp. 63-94. Citado por TERRADILLOS ORMAETXEA, Eudurne. Ob. cit.

libertad de sus destinatarios pero al que le falta parte de su naturaleza vinculante. Los instrumentos incluidos en esta acepción son muy amplios, como recomendaciones, dictámenes, libros blancos, libros verdes, etcétera, destacando entre sus características su utilidad como:

- Parámetro interpretativo del *hard law*
- Medio para determinar la aplicación de principios generales del Derecho
- Instrumento para producir efectos jurídicos *ad extra*, es decir en la esfera jurídica de los Estados miembros y los ciudadanos
- Medio para tener efectos *ad intra*, es decir influir en el funcionamiento del aparato institucional comunitario mediante códigos de conducta, reglamentos, libros, etcétera.

Según Terradillos, el MAC supone algo más que una simple fórmula de coordinación y se erige como «el método» que engloba a las distintas aplicaciones del *soft law*; sin embargo, no se ha consolidado como método de resultados ya que las políticas de empleo estatales no han mejorado ni se han aproximado a lo planteado.

Según Pérez Rey, más que dotar a las políticas ocupacionales de elementos vinculantes, sería preciso someter sus procedimientos actuales a los límites derivados de los derechos fundamentales. Las políticas flexibilizadoras que inciden en la reducción de las garantías laborales, como aquellas que operan frente al despido, no se plantean adecuadamente la compatibilidad de estas orientaciones con los derechos fundamentales, concretamente con los reconocidos por la Carta de Niza.

De ello deriva la necesidad de un modelo comunitario de mínimos en materia de relaciones de trabajo y empleo, que identifique los rasgos que deben caracterizar la forma de trabajar en Europa. Su construcción debería fundarse en las cartas de derechos que tienen incidencia en el ámbito comunitario, a saber, la Carta de Niza y la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Una especie de «núcleo central» al que se añadiría las particularidades internas de cada Estado miembro, propiciando una equiparación por la vía del progreso y evitando una competencia fundada en el *dumping* social.

Así, según señala Monereo Pérez¹⁸, el bloque normativo del sistema de los tratados puede ser concebido desde una doble perspectiva:

- a) En la perspectiva subjetiva, los derechos del empleo como derechos sociales de ciudadanía (derechos individuales).

18 MONEREO PÉREZ, José Luis (2009). *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete: Bomarzo, 2009, pp. 218-219.

En otras palabras, se entiende al derecho al trabajo como derecho de inclusión social.

- b) En la perspectiva objetiva o institucional de las políticas públicas comunitarias del empleo. Es decir, en la ordenación del principio de heteronomía o intervencionismo público en materia de empleo, que implica un conjunto de intervenciones públicas y un aparato institucional.

A partir de lo antes mencionado, la generación de un modelo comunitario de mínimos, derivado de los derechos sociales fundamentales reconocidos en los tratados, debería no solamente reconocer la titularidad de los mismos a nivel europeo (ciudadanía social europea), sino contar con una institucionalidad pública que permita hacerlos efectivos.

III. LOS CAMINOS DE LA FLEXISEGURIDAD

La Comunicación de la Comisión «Hacia los Principios comunes de la flexiseguridad», planteó una serie de itinerarios de la flexiseguridad. Sin embargo, los caminos seguidos en la realidad difieren significativamente de los formulados teóricamente. Por ello, consideramos pertinente plantear la evolución teórica del concepto de flexiseguridad y desarrollar algunas experiencias europeas desde una perspectiva crítica.

III.1. La evolución del concepto de flexiseguridad

Jaspers¹⁹ señala que la historia del concepto de flexiseguridad no está exenta de ambigüedades. El concepto surgió en la política de empleo del gobierno danés, en un memorando del ministro de Asuntos Sociales y Empleo, Ad Melkert, donde se presentaba su opinión sobre el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Sin embargo, el término flexibilidad fue introducido anteriormente en Holanda en informes sobre la situación del empleo (en la década de los ochenta del siglo pasado).

Ante la constatación de grupos sensibles a las políticas flexibilizadoras (mujeres y minorías étnicas, entre otros), la combinación de flexibilidad y seguridad era presentada como una «redistribución de los derechos a subsidios entre los que tienen y los que no tienen». Es interesante constatar que estas medidas políticas fueron inicialmente dirigidas a restablecer la posición de los grupos débiles, cuyos miembros eran, cada vez más, contratados de manera temporal.

¹⁹ Ver JASPERS, Teun. «Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo?: Una perspectiva holandesa». En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (coord.). Ob. cit., pp. 73-102.

Antonio Ojeda²⁰ a partir de lo desarrollado por la Comisión Europea²¹, diferencia cuatro variantes de la flexibilidad:

- a) Flexibilidad externa numérica, referida a la contratación y despido y a la amplitud de uso de contratos temporales
- b) Flexibilidad interna numérica, sobre la variación de la cantidad de trabajo utilizada en la empresa sin recurrir a contrataciones o despidos; por ejemplo, mediante cambios en la jornada laboral o uso de horas extras o de tiempo parcial
- c) Flexibilidad funcional, referida a cambios en la organización del trabajo o a la adaptación a nuevos desafíos como multiárea o rotación de tareas
- d) Flexibilidad salarial, sobre el grado de respuesta del coste salarial a las condiciones económicas

Esta clasificación se centra en las vicisitudes y contenidos de la relación laboral. Adicionalmente, como Ojeda señala, debe tenerse en cuenta el impacto de la flexibilidad laboral en los instrumentos de regulación: flexibilidad en las fuentes. Esta se centra principalmente en el menor rol del Estado como regulador (Estado mínimo) y una mayor preponderancia en la función «normativa» de las partes individuales así como de las colectivas. Y, para completar el panorama, no se debe olvidar la flexibilidad en los presupuestos subjetivos, es decir, en el concepto de empleador y trabajador.

Una clasificación similar es la utilizada por Jaspers para desarrollar la «Matriz de combinaciones de flexibilidad y seguridad». En la variable de flexibilidad se pueden diferenciar:

- La flexibilidad numérica que hace referencia a cantidades. La externa está referida a un sistema de colocación y de finalización que permita contratar fácilmente, así como extinguir la relación, haciendo uso de contratos de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. La interna se refiere al uso de contratos de duración corta, a tiempo parcial o a distintas horas en distintos días de la semana, o el mes o el año según las necesidades del empresario.
- La flexibilidad funcional está vinculada con medidas cualitativas. La interna está referida a trabajadores polivalentes, organización flexible del trabajo, incluidos la formación para el puesto y el

20 OJEDA AVILÉS, Antonio. *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley/ Wolters Kluwer, 2010, pp. 556-558.

21 COMISIÓN EUROPEA. *Employment in Europe Report 2006*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales, 2006, p. 75. Siguiendo a WILTHEGEN, Ton & otros. «Towards «flexicurity»? Balancing flexibility and security in EU Member States». Comunicación al XIII Congreso Mundial de la Asociación de Relaciones Industriales. Berlín, 2003.

salario variable. También la movilidad dentro de la empresa y la formación extraordinaria como alternativa a la terminación de la relación laboral. La externa se manifiesta en la formación fuera del tiempo de trabajo, programas generales de formación, subcontratación o las empresas de trabajo temporal de alta calidad.

Según Altuzarra y Serrano, la flexibilidad salarial consiste en la posibilidad de tener una estructura salarial que pueda responder a las condiciones del mercado y que premie a los trabajadores de acuerdo con su productividad²².

Respecto de la seguridad, se define a la seguridad en el trabajo como certeza de permanencia en un empleo determinado con un empresario específico. La seguridad en el empleo o empleabilidad, como la certeza de seguir trabajando aunque no sea con el mismo empleador. La seguridad en los ingresos económicos como protección de los ingresos en caso de cese en el trabajo, bien sea por despido, expedientes de regulación de empleo, enfermedades crónicas, discapacidad o jubilación. Y, finalmente, la seguridad en la compatibilidad entre un trabajo retribuido y las responsabilidades privadas, como el cuidado de niños, familiares ancianos, períodos sabáticos, reducción de horas de trabajo por motivos personales o asistir a programas de formación continua a lo largo de la vida.

El Grupo de Expertos sobre flexiseguridad, en su informe a la Comisión, manifestó que resultaba crucial para el éxito de estas políticas la participación de los interlocutores y el diálogo social.

La matriz propuesta ha sido criticada por Günther Schmid²³, debido a que los términos flexibilidad y seguridad debían ser usados de una manera más dinámica con el objeto de ofrecer una relación más compleja, ya que no se trata necesariamente un intercambio entre flexibilidad y seguridad. Según este autor la flexibilidad, como ventaja de los empresarios, no significa necesariamente una pérdida de seguridad para los trabajadores. Por ejemplo, la seguridad en el trabajo puede generar una mayor flexibilidad funcional interna sobre la base de la inversión en capital humano y la lealtad entre las partes. La mayor ventaja de la matriz es que permite comparar los distintos sistemas seguidos por cada país y evita aplicar la flexiseguridad como un molde o receta.

Es muy ilustrativo analizar la evolución del concepto de flexiseguridad realizada por Jaspers. Este señala que Wiltshagen (uno de los padres académicos del concepto) definió a la flexiseguridad, inicialmente, de

22 ALTUZARRA, Amaia & Felipe SERRANO. «Cambios en la organización del trabajo e innovación en las empresas: un enfoque desde la flexiseguridad». En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (coord.). Ob. cit., p. 125.

23 Citado por JASPERS, Teun. Ob. cit., p. 96.

manera más instrumental, como una «estrategia política que intenta, sincrónicamente y de manera deliberada, reforzar la flexibilidad del mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales, por un lado, así como reforzar la seguridad en el empleo además de la seguridad social, especialmente para los grupos más débiles dentro y fuera del mercado de trabajo, por otro lado»²⁴.

La crítica realizada a esta definición reside en su estrechez, sustentada en la necesaria sincronización de ambas partes: reforzar la flexibilidad para una (el empresario) y simultáneamente la seguridad para la otra (el trabajador empleado), en tanto se construye pensando principalmente a los grupos más débiles de la fuerza laboral.

Una crítica de fondo al éxito de estas políticas consiste en que la flexiseguridad no se ha alcanzado por una deliberada estrategia política, sino a través de un gradual proceso de luchas políticas y compromisos en los que ha existido un elemento determinante que es el propio desarrollo histórico. Un factor fundamental para su éxito ha sido la cooperación entre el gobierno y los interlocutores sociales, además de una regulación liberal del despido, una alta protección por desempleo y un buen funcionamiento de la política activa del empleo. Tanto en Dinamarca como los Países Bajos la política socioeconómica del gobierno es decidida con, y apoyada por, empresarios y sindicatos.

Según señala Jaspers, Wilthagen, en su definición revisada de flexiseguridad, contextualiza el concepto dentro de la teoría de los mercados de trabajo transicionales. Así, replantea su definición como «un grado de empleo, trabajo, ingresos y una combinación con seguridad que facilite las carreras y currícula de los trabajadores en los mercados de trabajo que estén en una posición débil, y que les permita durar y participar en un mercado de trabajo, junto con inclusión social de alta calidad, al mismo tiempo que permita un grado de flexibilidad numérica (externa como interna), funcional, así como flexibilidad salarial, que facilite a los mercados de trabajo (y a las empresas individuales) un ajuste adecuado y a tiempo a las condiciones cambiantes, a fin de reforzar la competitividad y la productividad»²⁵.

Como se ha hecho notar, esta definición se encuadra dentro de los mercados transicionales y los sistemas sociales como la educación, la formación y la protección social (protección frente al desempleo, sistemas de pensiones y cargas familiares).

24 Tomado de KLAMMER, Ute & Katja TILLMAN (eds.). Flexicurity – Soziale Sicherung und Flexibilisierung der Arbeits- und Lebensverhältnisse. Düsseldorf: WSI/Hans Böcklerstiftung. Citado por JASPERS, Teun. Ob. cit., p. 90.

25 Citado en ibidem, p. 92.

Luego de considerar la evolución del concepto de flexiseguridad, Jaspers señala que las principales dificultades para su implementación son:

- Las grandes diferencias de estructuras, tradiciones y resultados económicos de los estados miembros, como señaló la Comisión en su Comunicación de 2007
- El dilema no resuelto de si disminuir el nivel de protección de los «insiders» realmente beneficia a los *outsiders*
- El cuestionamiento (producido por la crisis económica) a las políticas de flexiseguridad y su sostenibilidad, más aun cuando se observa que los trabajadores flexibles están «pagando la factura»

Frente a ello, Jaspers plantea una flexiseguridad decente, donde destaca el ejemplo holandés con una buena conducta del empleador y del empleado y un correcto comportamiento de uno hacia el otro (equilibrio adecuado entre derechos y obligaciones de las partes).

Por otro lado, según señalan Serrano y Altuzarra²⁶, debido a que la estrategia propuesta por la Comisión no busca la eliminación de la flexibilidad numérica derivada de la contratación de trabajadores temporales, sino un equilibrio entre esta y la flexibilidad funcional, teniendo en cuenta las nuevas formas de organización del trabajo (trabajo en el centro vs. trabajo en la periferia), es necesario revalorar la función de la negociación colectiva.

Según estos autores, para lograr un verdadero equilibrio entre ambas flexibilidades se debe fortalecer el rol de la negociación colectiva, herramienta fundamental para instrumentalizar la flexibilidad funcional y reducir (o eliminar) el trabajo precario. La búsqueda del trabajo decente permanente tiene, adicionalmente, como fundamento la mayor probabilidad de que una empresa innove y realice actividades de I+D cuando se respeta la «tasa técnica de temporalidad» (umbral en el cual la contratación temporal incide negativamente en la innovación y productividad).

Como se observa el camino de la flexiseguridad debería conducir a privilegiar la flexibilidad funcional, la inversión en I+D y a fortalecer el papel de los interlocutores sociales y la negociación colectiva como mecanismo regulatorio. Un excesivo fomento de la flexibilidad numérica puede conducir a una retracción de la productividad, además de significar una afectación sustancial del derecho al trabajo reconocido a nivel de las cartas comunitarias.

26 ALTUZARRA, Amaia & Felipe SERRANO. Ob. cit.

III.2. Algunas experiencias concretas de aplicación de la estrategia de flexiseguridad

Jean Michel Servais²⁷, sin pretender realizar una clasificación sistemática, ha tratado de identificar varios grupos de países europeos en función de la búsqueda de equilibrio entre la promoción del empleo y la protección social²⁸:

- Primer grupo: compuesto por los Estados del norte de Europa donde el despido es relativamente flexible y el subsidio de desempleo generoso. Estos países buscan una política de reintegración en el empleo.
- Segundo grupo: conformado por el Reino Unido junto a varios países de Europa central y oriental. La relación laboral se extingue con facilidad, la promoción del empleo es activa, pero las prestaciones de desempleo son limitadas.
- Tercer grupo: constituido por pequeños Estados europeos como Austria, Bélgica, Irlanda o Suiza. Buscan el consenso social en la elaboración y puesta en marcha de políticas de empleo y subsidios de desempleo. La eficacia de las mismas varía de un país a otro, pero todos ofrecen facilidades de rescisión del contrato de trabajo.

Esta distinción busca poner de relieve que es muy difícil trasladar modelos de un sistema de un país a otro, debido a que, en todas partes, las instituciones dependen de la historia, del contexto sociopolítico y de la situación económica.

A continuación desarrollamos algunas experiencias europeas con el objeto de evaluar tanto los contenidos desarrollados como el proceso seguido en cada caso, incidiendo en las diferencias y particularidades de cada Estado miembro.

III.2.1. La experiencia española

Baylos Grau²⁹ ha señalado que el proceso de implantación de la flexibilidad laboral en España se inició tras la promulgación de la Constitución de 1978. Desde entonces se desarrolló una estrategia de culpabilización del derecho del trabajo frente a los procesos de destrucción de empleo. Paralelamente, se escinde el significado político democrático del trabajo

27 SERVAIS, Jean Michel. «El complicado equilibrio de la promoción del crecimiento, el empleo y la competitividad con la defensa del Estado Social». En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (coord.). Ob. cit., pp. 43-45.

28 Para ello, se apoya (entre otros documentos) en SAPIR, André. «Globalisation and the Reform of the European Social Models». Documento base presentado en la reunión del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN) del Consejo de la Unión Europea. Manchester, 2005. Disponible en www.bruegel.org.

29 BAYLOS GRAU, Antonio. «Creación de empleo, mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en torno a la experiencia española». *Relaciones Laborales*, 2 (2009), pp. 789-802. Las ideas vertidas en este punto han sido desarrolladas en dicho artículo.

regulado en la Constitución incidiendo principalmente en el rol que las normas jurídico-laborales asumen en la situación del mercado de trabajo. Así, se inició un proceso de implantación de la flexibilidad laboral, fundamentalmente de carácter externo, cuya principal manifestación son las formas temporales de contratación.

Es importante constatar que estas denominadas reformas del mercado de trabajo no tuvieron los resultados esperados. Así, la tasa de desempleo nunca estuvo por debajo del 15%, llegando en los momentos más álgidos al 22% de paro. Adicionalmente, se fue construyendo una enorme bolsa de trabajo flexible que llegó al 33% de los trabajadores asalariados, segmentándose el mercado laboral entre estables y precarios, siendo estos últimos principalmente jóvenes y mujeres.

Adicionalmente, la regulación laboral temporal se confía a la contratación individual, excluyendo al sindicato de su papel protector, con las consabidas consecuencias respecto del desequilibrio entre las partes. Este desequilibrio y la ausencia del sindicato y la negociación colectiva se hacen más evidentes entre las trabajadoras mujeres y los jóvenes.

El resultado de la flexibilización fue extremadamente insatisfactorio, no solamente para los trabajadores sino también para las perspectivas de los empresarios de contar con mayor mano de obra calificada y con alta productividad, todo ello en un contexto de desempleo y alta contratación temporal.

Mediante los acuerdos de 1997 se da una «recuperación de la autonomía colectiva y del proyecto sindical como eje de la relación entre derecho del trabajo y su repercusión en el mercado laboral». El eje de esta relación se canaliza ahora a través del contrato para el «fomento del empleo estable». Desde entonces la estabilidad se concibe como un valor y no se le considera un problema.

A partir de 2002, este compromiso se renueva por los sujetos colectivos en cada uno de los acuerdos sobre negociación colectiva que bianual o anualmente se han venido concertando (diálogo social interprofesional), lo cual implica una revalorización del convenio colectivo como instrumento idóneo para la creación de empleo estable.

Pérez Rey, respecto de la versión inicial de la reforma del año 2002, destaca que es un ejemplo de las dificultades que supone el intercambio equilibrado entre flexibilidad y seguridad, ya que la facilitación del despido encontró un aprovechamiento empresarial, cuya repercusión negativa en los trabajadores fue difícil de compensar mediante los sistemas de protección social.

Todo ello debido a que se traslada al trabajador la responsabilidad del mal funcionamiento del mercado de trabajo y de los servicios públicos de empleo. Esta transferencia de responsabilidad al trabajador se sustentaría en «una emergente ética individualista que presenta al ciudadano como empresario de su propio capital humano, un ser autónomo y responsable de su suerte»³⁰.

Además, hay que señalar que la asunción por el Estado de los costes del cese constituye una transferencia de rentas públicas hacia el sector empresarial, el cual resulta beneficiado doblemente por las políticas de facilitación del despido. Esta tendencia ha sido acentuada mediante las modificaciones normativas implementadas durante 2011 y de manera más reciente con la dación del Real Decreto Ley 3/2012 que tiene como objetivo expreso lograr una mayor flexiseguridad.

III.2.2. Las reformas en Italia

Según Antonio Loffredo³¹ el marco normativo generado después de las reformas ha creado una clara diferenciación de tutelas, sobre todo para quien ha sido contratado después de la mitad de los años noventa, a causa de algunos fenómenos como: a) la fragmentación empresarial y la especialización productiva; b) la regulación de modalidades contractuales cada vez más precarias; c) la formación profesional como política de empleo; d) el aumento de las causas subjetivas en el diseño de nuevos tipos de contratos.

Loffredo destaca que la influencia más evidente de la globalización económica sobre el Derecho del Trabajo ha sido, sin embargo, la pérdida de centralidad del Estado en la disciplina de las relaciones laborales, a la vez que una revalorización de la empresa como un lugar autónomo de creación de reglas y como espacio «virtual» por el desarrollo de su dimensión transnacional.

Efectos de estas tendencias en la empresa son las externalizaciones mediante la liberalización de la cesión de mano de obra y la transmisión de empresas. Mientras que en el trabajador, el resultado es la precariedad laboral, que se manifiesta mediante la nueva regulación de los contratos temporales, contratos a tiempo parcial, contratos de aprendizaje y contratos de inserción. Estos contratos no solamente expresan una mayor flexibilidad externa sino también una mayor flexibilidad en la determinación de las remuneraciones y el tiempo de trabajo.

En el caso de los contratos temporales, el decreto legislativo 368/2001 recurre a la cláusula general que permite la contratación temporal cuando

30 PÉREZ REY, Joaquín. «La modernización del régimen de despido: el debate europeo». En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (coord.). Ob. cit., pp. 135-158.

31 LOFFREDO, Antonio. «Profesionalidad y trabajos: los efectos de la reforma italiana del mercado de trabajo». *Revista de Derecho Social*, 33 (2006), pp. 25 y ss.

existan «razones de tipo técnico, productivo, organizativo y sustitutivo». Además, permite el recurso a modalidades contractuales por causas subjetivas, lo que busca incentivar la contratación de trabajadores con mayores dificultades en el mercado, otorgando menores derechos y retribuciones más bajas.

Por ello Loffredo señala que se requiere reconocer un conjunto de derechos como parte del estatus de trabajador, o más precisamente de ciudadano, en lugar de establecer diferencias en su ejercicio, con base en la tipología contractual o la profesionalidad del trabajador. Al punto que la creación de una gran variedad de tipos contractuales, funcionales a los intereses empresariales, de acuerdo a Loffredo «está produciendo una multitud de figuras sociales, forjando sus comportamientos privados, las expectativas de vida y la propia percepción social».

Como se observa, el camino de la flexiseguridad en Italia parece claramente más inclinado hacia la flexibilidad que a la generación de mecanismos de protección, habiendo producido una situación de precariedad laboral en amplios sectores del mercado de trabajo.

III.2.3. La perspectiva francesa

Antoine Jeammaud ha desarrollado una interesante comparación entre la concepción del mercado de trabajo desde una perspectiva clásica y una heterodoxa, y su impacto en el diseño de políticas laborales. Así, señala que «el mercado de trabajo aparece como el lugar abstracto y el mecanismo, por una parte de la formación del precio del trabajo, y por otra parte del equilibrio entre oferta de trabajo y demanda de trabajo»³².

Si una ideología liberal clásica opone regla y mercado, los economistas heterodoxos establecen que no podría existir el mercado sin un cierto número de normas y de convenciones (principalmente implícitas).

Los mercados de trabajo reales no han ilustrado jamás el modelo de mercado de trabajo perfecto (perfectamente competencial, dando lugar a transacciones perfectamente libres entre agentes perfectamente inteligentes y racionales bajo el modelo del *homo economicus*). Las imperfecciones que lo alejan de este modelo teórico se deben a la singularidad de la mercancía ofertada y demandada.

Así, destaca que en el caso francés, el mercado de trabajo ha sido obra de las reglas de derecho, inclusive antes de la existencia del Derecho del Trabajo, mediante normas constitucionales o de Derecho Civil.

Con la regulación propia del Derecho Laboral, el contrato de trabajo, vía el conjunto de reglas legales y convencionales que lo regulan, busca

32 Jeammaud, Antoine (2007). «Mercado de trabajo y derecho de trabajo». *Revista de Derecho Social*, 39 (2007), pp. 9-19.

procurar un empleo que es más que un puesto de trabajo en el seno de una organización empresarial: constituye un medio de inserción social e incluso de ciudadanía.

El informe Supiot, encargado por la Comisión Europea a un grupo de expertos y entregado en 1999, según señala Jeammaud, proponía hacer de la libertad de trabajo finalmente una libertad concreta. Ello mediante la adaptación de «la otra flexibilidad», aquella que abre paso a las preferencias de los propios trabajadores, gracias a la edificación de un sistema de «derechos sociales de giro». Una especie de Súper Seguridad Social que administra un gran fondo financiado por múltiples fuentes, permitiendo a cada ciudadano alternar libremente, y sin pérdida de renta, actividad asalariada, actividad profesional independiente, formación, participación en la educación de los hijos, cuidado de familiares dependientes, dedicación a actividades sociales, entre otras.

Respecto del «Libro Verde», Jeammaud destaca que sorprende por su aparente ignorancia de las evoluciones ocurridas en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros desde hace un cuarto de siglo, así como por la debilidad de sus bases teóricas.

Asimismo, señala que la doctrina de los mercados de trabajo transitorios sustenta el desarrollo de reformas que busquen compatibilizar la creación de un gran sistema redistributivo de rentas respetando al máximo la libertad individual de elección.

Se trataría, pues, de acondicionar las transiciones en cinco espacios: transiciones en el espacio del empleo, entre formación y empleo, entre desempleo y empleo, entre actividades no comerciales y empleo, entre empleo e inactividad. Este modelo derivado de la sistematización de una serie de experiencias nacionales parciales se aproximaría al concepto de ciudadanía social buscando garantizar «la libertad profesional de las personas» del Informe Supiot.

Respecto del efecto de la «modernización» de la protección social en los sistemas de pensiones en Francia, Philippe Martin ha destacado que, luego de las reformas, el nivel de la pensión es determinado por la totalidad de la carrera profesional. Los parámetros que determinan su cuantía son la duración del período de cotizaciones y el nivel de salario percibido. Esta mayor vinculación entre cotizaciones y prestaciones hace menos redistributivo el sistema, lo que afecta a las personas empleadas de manera precaria, «cuyos derechos matemáticamente se aminoran»³³.

33 MARTIN, Philippe. Modernizar la protección social para garantizar los mercados de trabajo transicionales. En "Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica". Editorial Bomarzo, pp. 173-175.

III.2.4. Buscando en los orígenes: los casos de Dinamarca y Países Bajos
Teun Jaspers³⁴ ha destacado que en algunos países nórdicos y los Países Bajos la flexibilización encaja en el deseo de las personas de disponer de condiciones de trabajo flexibles para conciliar trabajo y cuidados, o mantener cierta libertad frente a los calendarios u horarios rígidos de trabajo.

Asimismo, se vincula al deseo de realizar transiciones exitosas durante el ciclo de vida personal, para lo cual se requiere de cualificaciones que permitan progresar en la vida laboral encontrando nuevos empleos. Y, para ello, se plantea la existencia de subsidios de desempleo que faciliten las transiciones y oportunidades de formación. Sin embargo, las políticas de flexiseguridad deben procurar la atracción y retención de la gente en el mercado de trabajo, más que subsidiar la inactividad.

Dinamarca es considerada un ejemplo exitoso de flexiseguridad (ejemplo de buena práctica). El triángulo dorado (*golden triangle*), considerado la base de este modelo, consiste en (i) proveer a los empresarios de la flexibilidad óptima en la regulación del Derecho del Trabajo (libertad para contratar y despedir); (ii) una mayor seguridad social para los empleados (principalmente subsidios generosos de desempleo); y (iii) una política activa de reingreso en el trabajo (formación y cooperación para el retorno al trabajo).

La ley holandesa de flexibilidad y seguridad que fue presentada al Parlamento en 1997, junto con una ley sobre empresas de trabajo temporal que buscaba una desregulación en este sector, fue aprobada en 1998 y entró en vigencia en 1999.

En contraprestación por la liberalización de la actividad de las empresas de trabajo temporal, se introdujeron una serie de presunciones sobre la existencia de una relación laboral (en función de la duración del servicio y el tiempo de trabajo), el número de horas trabajadas y la determinación del tipo de contrato. Estas presunciones fortalecieron la posición de los trabajadores en situación de precariedad.

Así, la referida norma holandesa, conocida como «Flex-Act», tiene como principales medidas:

- La liberalización del mercado de trabajo temporal, consistente en la eliminación del permiso para desarrollar actividades y del límite temporal de seis meses para contratar con estas empresas.
- Permitir la cadena de contratos temporales sucesivos. Se permite contratar tres veces consecutivas hasta un máximo de tres años.

34 Ver JASPERS, Teun. Ob. cit.

- Las presunciones legales antes mencionadas sobre la existencia de relación laboral.
- La aplicación de una normativa mínima para los trabajadores discontinuos cuando trabajan un limitado número de horas semanales.
- Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, mediante el ajuste del tiempo de trabajo a la solicitud del trabajador, incentivando las jornadas a tiempo parcial. Adicionalmente, la extensión de las medidas que favorecen el cuidado de los niños.

429

EL DEBATE
EUROPEO SOBRE
LA FLEXI-
SEGURIDAD:
ALGUNAS
LECCIONES PARA
EL SURTHE EUROPEAN
DEBATE ON
FLEXISEURITY:
SOME LESSONS
FOR THE SOUTH

IV. EFECTOS EN LA RELACIÓN DE TRABAJO Y RETOS PARA EL DERECHO SOCIAL

La estrategia de flexiseguridad, tal como se ha podido desarrollar, ha tenido un efecto importante en la reconfiguración de los mecanismos de protección de la relación laboral, tanto en su constitución (modalidades de contratación temporal) como en la facilitación de su extinción.

Esta opción de política de empleo fomentada desde las instituciones europeas tiene como presupuesto la culpabilización del Derecho del Trabajo como causante de la pérdida de puestos de trabajo, lo cual desde una interpretación en contrario conduce a pensar que una menor protección del trabajador en la relación laboral y frente al empleador constituye un adecuado mecanismo de generación de empleo.

La experiencia europea no permite concluir que la flexibilización de las relaciones de trabajo haya generado más empleo. Lo que sí resulta claro es que ha conducido en la mayoría de los casos a una precarización de la contratación laboral, más aún si no existe el contrapeso del fomento de la regulación por la vía de la negociación colectiva.

El planteamiento de acudir a los mecanismos de protección social (principalmente al seguro de desempleo) como compensación por la facilitación del despido, salvo en los casos puntuales de Dinamarca y Países Bajos, no parece constituir un adecuado sustituto protector, tanto por su insuficiencia como por su extemporaneidad.

En un sentido similar, Joaquín Pérez Rey ha destacado que, en la práctica, la estrategia de flexiseguridad ha conducido al desequilibrio y extemporaneidad entre flexibilidad y seguridad. Así, señala que es difícil considerar que la asimetría contractual y el reparto de poderes en la empresa puedan ser equilibrados sobre la base de los sistemas de protección social.

Pérez Rey señala que tampoco debe soslayarse que el planteamiento de la flexiseguridad adolece de cierto maniqueísmo, condicionando el

avance en la protección social a la flexibilización de la relación laboral, cuando lo cierto es que «avanzar en las políticas activas de empleo y en la adecuada protección de los desocupados es algo perfectamente compatible con el mantenimiento de unas relaciones laborales tuitivas y protectoras de la estabilidad»³⁵.

Además, debe tenerse en cuenta que la protección frente al cese en el puesto de trabajo no puede ser vista únicamente desde una perspectiva patrimonialista (protección en los ingresos) sino que debe considerar la importancia de la protección del trabajo como factor de inclusión y ciudadanía social.

Como lo han destacado Baylos Grau y Pérez Rey, siguiendo a Romagnoli, el «despido se debe encuadrar en la crítica del autoritarismo del poder privado en los lugares de trabajo y en la negación que conlleva del principio de igualdad de todos los ciudadanos»³⁶.

La consideración del trabajo como derecho fundamental y el respecto de la dignidad de la persona humana deben conformar límites infranqueables a la actuación arbitraria de los empleadores. La búsqueda de la igualdad sustancial como valor democrático sustenta esta opción protectora del trabajo.

Como ha señalado Baylos Grau, el planteamiento de la flexiseguridad conlleva la idea implícita de que «la mayor riqueza e intercambio mercantil requiere menos tutela de los derechos de los trabajadores. Esta era la música monocorde de los años noventa del pasado siglo»³⁷. Destaca que no debe de perderse de vista que el Derecho del Trabajo constituye un nexo imprescindible entre la esfera de lo político-social y el ámbito de las relaciones económico-sociales. Se trata de una construcción política y democrática que relaciona dos grandes campos de la realidad, el de la economía de libre mercado y el de la política que determina en lo social las nociones clave de igualdad y solidaridad.

En este sentido, la que denomina «Constitución del trabajo» o «Constitución social» se define no solo por la delimitación de un perímetro cada vez más extenso de desmercantilización de las necesidades sociales, sino también por la asignación constitucional de valor político al trabajo, que en consecuencia impregna la actuación normativa y de gestión de los poderes públicos y de los sujetos sociales.

35 PÉREZ REY, Joaquín. «La modernización del régimen de despido: el debate europeo», p. 150.

36 BAYLOS GRAU, Antonio & Joaquín, PÉREZ REY. *El despido o la violencia del poder privado*, p. 49.

37 BAYLOS GRAU, Antonio. «Creación de empleo, mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en torno a la experiencia española», p. 789.

En «Mercado y Sistema Jurídico Laboral en el nuevo siglo», Baylos Grau³⁸ señala que la readecuación entre economía y ordenamiento laboral hace necesario desarrollar desde el Derecho Social, para que cumpla con sus objetivos de equidad y respeto de la dignidad de la persona humana, entre otros, los siguientes aspectos:

- Establecer nuevas condiciones de ejercicio del poder empresarial o procedimentalizar este poder
- Diseñar políticas de igualdad en las condiciones de empleo y la seguridad social
- Normalización del dialogo social y la negociación colectiva
- Reconocer dentro de la empresa la existencia garantizada de derechos fundamentales de los trabajadores en cuanto ciudadanos
- Creación de un piso mínimo de condiciones de vida y trabajo, con una regulación necesaria de la salud laboral, el salario, el tiempo de trabajo y de vida

Estos retos, si bien han sido elaborados para la realidad europea, también se plantean como tales para el futuro del Derecho del Trabajo en Latinoamérica. Y ello es así, en buena cuenta, porque a pesar de las diferencias económicas, sociales y culturales que separan a Europa de los países latinoamericanos, la misión histórica asignada al Derecho del Trabajo en la mayoría de constituciones latinoamericanas se sustenta en un conjunto de principios y valores comunes a la cultura occidental moderna. A saber, el respeto de la dignidad de la persona humana, el valor del trabajo en la construcción de ciudadanía social y el impulso de «lo colectivo» como mecanismo de democratización.

V. ALGUNAS LECCIONES PARA EL SUR

Desde inicios de la década de 1990, en varios países latinoamericanos se implementaron reformas dirigidas a flexibilizar las relaciones laborales. En el caso peruano, como en algunos otros, estas reformas no fueron producto de la participación de los interlocutores sociales sino que, por el contrario, fueron impuestas e inclusive se sustentaron en medidas que buscaban limitar (sino eliminar) la actuación sindical en las empresas y la vida nacional³⁹.

38 BAYLOS GRAU, Antonio. «Mercado y Sistema Jurídico Laboral en el Nuevo Siglo (Notas para debatir con Moisés Meik)». Notas del autor sobre la base de materiales anteriores empleados en Brasil y México en el 2005. Materiales de lectura del Máster de Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa. Universidad de Castilla-La Mancha, 2010.

39 En realidad, el primer antecedente en estas reformas desreguladoras fue la implementada en Chile en 1979 durante la dictadura de Augusto Pinochet. En ese caso, se trató del llamado Plan Laboral, que facilitó las formas de contratación temporal y el despido. Quien fuera ministro de Trabajo y Previsión Social en aquella época relata descarnadamente que la «tarea número uno fue, necesariamente, parar el boicot del sindicalismo internacional». Un segundo paso sería la reforma

431

EL DEBATE
EUROPEO SOBRE
LA FLEXI-
SEGURIDAD:
ALGUNAS
LECCIONES PARA
EL SUR

THE EUROPEAN
DEBATE ON
FLEXISECURITY:
SOME LESSONS
FOR THE SOUTH

La reforma laboral peruana se dio en el contexto de una reforma estructural que tuvo como objetivos la liberalización de la economía, una apertura comercial exterior sin precedentes y la privatización de la actividad empresarial del Estado. Adicionalmente, en un contexto de crisis económica y altas tasas de inflación, la reforma laboral y de la previsión social fue anunciada como una dimensión más de las medidas que buscaban otorgar mayor estabilidad económica al país⁴⁰.

La flexibilización laboral peruana, calificada como de «desregulación salvaje»⁴¹, no varió significativamente hasta el año 2001. Sin embargo, las pocas modificaciones al régimen laboral han estado vinculadas con la reforma de las relaciones colectivas del trabajo (nivel de negociación) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (reposición en casos de despidos nulo, fraudulento o sin causa). En los años recientes, se han creado «régimenes especiales» para los trabajadores del Estado (denominados de Contratación Administrativa de Servicios) y de las micro empresas, los cuales tienen menores condiciones de empleo y protección social que el régimen general.

Un aspecto que conviene destacar, como señalamos al inicio de este texto, es que la reforma laboral iniciada el año 1991 se sustentó en una política de generación de empleo. Así, la norma laboral más importante tenía como denominación «Ley de Fomento del Empleo». El problema desde entonces en el Perú, como ahora, no era fundamentalmente la falta de empleo sino la baja calidad de este. Por lo que se requiere, antes como ahora, de políticas que fomenten el trabajo decente y una mayor productividad.

Es decir, la reforma laboral peruana, se sustentó, según Baylos Grau, en la música monocorde de los años ochenta (incluso ya pasada de moda en 1991) que buscaba culpar al Derecho Laboral de la pérdida de puestos de trabajo. Con el agravante de que en el Perú la subordinación de la protección del trabajo al fomento del empleo no tuvo como fundamento la realidad del mercado de trabajo peruano sino un discurso ideológico que buscaba ser hegemónico y fue impuesto.

Los lineamientos de esta reforma, en lo que respecta a la flexibilidad externa de entrada, se mantienen hasta la actualidad, siendo así que en el Perú la mayoría de trabajadores asalariados son contratados de manera temporal, superando largamente la tasa técnica de temporalidad,

previsional sustentada con la implementación de un sistema de capitalización individual. Ver PIÑERA, José. *El cascabel al gato. La batalla por la reforma previsional*. Santiago: Zig-Zag, 1991, p. 16.

40 Una manifestación de ello fueron los compromisos que asumía el Estado Peruano frente a organismos financieros multilaterales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (Cartas de Intención), en los que se obligaba a implementar una reforma que flexibilice la legislación laboral y privatice el ámbito de la previsión social.

41 ERMIDA URIARTE, Oscar. «La flexibilidad». En AUTORES VARIOS. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: Organización Internacional del Trabajo/Oficina de Área y Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos, 2000.

con el efecto pernicioso que ello tiene en la productividad del trabajo. Asimismo, se permite la intermediación laboral (provisión de personal) no solamente mediante empresas de trabajo temporal, sino también para actividades denominadas complementarias o altamente especializadas.

A ello habría que agregar que más de un tercio del empleo peruano es calificado como autoempleo⁴². Es decir, personas que no prestan servicios de manera dependiente, y en consecuencia no cuentan con protección laboral ni social de calidad, debido al modelo contributivo de seguridad social existente en el Perú. Modelo reforzado por un discurso ideológico predominante en el espacio público, por el cual, con el argumento de premiar la iniciativa privada, se hace a cada uno responsable de su suerte.

Más aún, la flexibilización externa de salida no fue acompañada de mecanismos de protección social implementados desde el Estado, ya que en el Perú no existe un seguro de desempleo, sino un beneficio de cesantía sustentado en el ahorro individual privado.

La cobertura poblacional de la seguridad social en el Perú es en salud de alrededor del 36% y de 22% en pensiones, existiendo una gran mayoría privada de acceso a protección social⁴³. Los programas de prestaciones familiares son prácticamente inexistentes y se concentran en programas de lucha contra la pobreza de manera focalizada.

Respecto del empleo, tan solo el 43% de las mujeres de Lima Metropolitana se encuentran adecuadamente empleadas, mientras que en el caso de los varones esta cifra asciende al 56%, datos que tienden a agravarse en el interior del país. Esto se condice con el hecho de que, si bien en los últimos años el empleo creció, el aumento se concentró en el subempleo. A su vez, el incremento de la demanda de mano de obra calificada ha acentuado el diferencial de ingresos y las desigualdades.

En buena cuenta, la flexibilidad laboral en el Perú no fue acompañada de seguridad social sino de indefensión, generando mayor inequidad y desprotección social, produciendo un modelo que podríamos denominar, sin exageraciones, de «flexi-inseguridad».

A partir del debate europeo sobre la flexiseguridad y los resultados de dos décadas de reforma laboral peruana, consideramos importante extraer algunas conclusiones para una futura reforma protectora del Derecho Social en el Perú:

42 En términos de Romagnoli, «Se ha erosionado la presunción favorable a la subordinación: el trabajo declina en plural y el autónomo está incrementado su dimensión. Por doquier» (ROMAGNOLI, Umberto. «¿Un arca de Noé para el Derecho del Trabajo?». Bolonia, 15 de septiembre de 2007. Lección inaugural Curso OIT - Universidad de Bologna-Universidad de Castilla - La Mancha.

43 VIDAL, Álvaro. «El Estado de Bienestar en el Perú: La distancia entre lo real y lo imaginario». En VILLAVICENCIO, Alfredo (coord.). *Temas Centrales del Derecho del Trabajo del S. XXI*. Lima: Ara Editores, 2009.

- La necesidad de una relación de equilibrio entre políticas de empleo y políticas sociolaborales que tengan en cuenta la realidad del mercado de trabajo y sus tendencias pasadas y futuras. Promover el crecimiento económico superando visiones ideologizadas que culpan al Derecho del Trabajo de la crisis del empleo.
- Evaluar el resultado de la extensión mayoritaria de la contratación temporal y su efecto en la productividad. A partir de ello, regular adecuadamente la flexibilidad externa de entrada, mediante causales objetivas y no subjetivas, (superar el errado argumento de fomento de la contratación de «frangas débiles»).
- Reconocer el valor del trabajo decente como herramienta para la inclusión social y construcción de ciudadanía, al interior y fuera de la empresa. Por ello, la importancia de regular el ejercicio del poder privado dentro de la organización productiva como ejercicio democrático (regulación protectora del trabajo al interior de la relación laboral).
- Fomentar la organización sindical y su función no solamente reguladora sino como sujeto político e interlocutor necesario en el diseño e implementación de políticas sociales.
- Desarrollar mecanismos de compensación de la flexibilidad laboral mediante sistemas de protección social. En particular, el establecimiento de mínimos de protección social en materia de desempleo, salud, pensiones y educación.
- Fomentar la capacitación permanente y la innovación como formas de generar mayor productividad. Establecer políticas activas de empleo y protección especial para los mercados transicionales (transición de empleos, entre formación y empleo, desempleo y empleo, actividades no comerciales y empleo, y entre empleo e inactividad).

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma

The labor guardianship of worker's fundamental rights:
A pending subject in times of reform

ELMER ARCE*

Resumen: El artículo tiene como punto de partida la penetración del Derecho Constitucional en las relaciones de trabajo impulsada principalmente por el Tribunal Constitucional, el cual, con sus reiteradas sentencias, ha precisado el contenido normativo de los derechos constitucionales de los trabajadores. A partir de ello, se sostiene que en materia de protección de los derechos fundamentales nos encontramos en medio de una vía ordinaria insuficiente y otra vía extraordinaria, la del amparo, también incapaz de asumir la protección adecuada del trabajador. El artículo analiza las particularidades que debe tener una demanda de violación de derechos fundamentales y que la diferencian de cualquier otra en sede laboral para recoger características como: celeridad acentuada, prioridad e impedir la improcedencia *in limine*. Finalmente, el texto concluye lamentando que la Nueva Ley Procesal del Trabajo no haya creado un proceso *ad hoc* para la protección de derechos fundamentales y que, por el contrario, se haya optado por un sistema disperso y caótico para la protección de los mismos.

Palabras clave: derechos fundamentales – tutela laboral – proceso laboral – acción de amparo – Nueva Ley Procesal del Trabajo

Summary: The article starts with the penetration of Constitutional Law in labor relations mainly promoted by the Constitutional Court, which with its repeated statements have specified the normative content of workers' constitutional rights. From this, it maintains that in protection matters of fundamental rights we are in the middle of an insufficient ordinary route and another extraordinary route, legal protection, also unable to assume adequate protection of workers. The article analyzes particularities that should have a claim of violation of the fundamental rights of any other in labor site to pick up characteristics such as: accentuated swiftness, priority and preventing inadmissibility "in limine". Finally, the text concludes regretting that New Procedural Labor Law hasn't created an *ad hoc* process for the protection of fundamental rights and that, on the contrary, it has opted for a disperse and chaotic system to protect them.

Keywords: fundamental rights – labor guardianship – labor process – appeal for legal protection – new procedural labor law

* Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España.

CONTENIDO: I. EL PORQUÉ DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES.– II. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE UN PROCESO ESPECIAL.– III. LAS LESIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ACTUAL.– IV. LOS PROCESOS ORDINARIOS LABORALES EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO.– V. COMPETENCIA DEL PROCESO ABREVIADO LABORAL EN MATERIA DE LESIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES.– V.1. LAS PRETENSIONES RELATIVAS A LA VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.– V.2. DE LA REPOSICIÓN CUANDO ESTA SE PLANTEE COMO PRETENSIÓN PRINCIPAL ÚNICA.– V.3. AFECTACIONES AL DERECHO DE REMUNERACIÓN CUANDO EL MONTO DE LA PRESTACIÓN SEA INFERIOR A 50 UNIDADES DE REFERENCIA PROCESAL (URP).– VI. COMPETENCIA DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL EN MATERIA DE LESIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES.– VI.1. LOS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO, EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.– VI.2. EL CESE DE LOS ACTOS DE HOSTILIDAD DEL EMPLEADOR.– VII. EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS, ¿ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE AMPARO?

Para nadie es un secreto que hoy día la empresa ya no es una zona franca irrespetuosa de la ciudadanía del trabajador y segregada de la sociedad civil¹. Los intereses del trabajador dentro de la empresa se han visto reforzados por el reconocimiento de sus derechos constitucionales, lo cual supone también el correlativo retroceso del poder de dirección empresarial.

Históricamente, el fenómeno más antiguo y consolidado es el de constitucionalización de los derechos laborales, cuyos titulares solo pueden ser trabajadores. Este es el caso, de los derechos colectivos o de la jornada máxima de trabajo. Sin embargo, hay un fenómeno más reciente denominado «laboralización de los derechos constitucionales», donde el trabajador, al entrar en la empresa, no pierde sus derechos como ciudadano. La doctrina también los ha denominado «inespecíficos»². La laboralización de los derechos constitucionales pretende explicar cómo un derecho constitucional se modula una vez que ingresa a la relación laboral. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión es un derecho de la persona también predicable en el seno de una relación laboral, no obstante admitirá ciertas restricciones propias del contexto empresarial y de la relación de subordinación.

Quizá el mayor exponente de esta suerte de penetración del Derecho Constitucional en las relaciones de trabajo ha sido el Tribunal Constitucional (TC), el cual con sus reiteradas sentencias ha precisado

1 PEDRAJAS MORENO, Abdón. *Despido y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 1992, p. 23.

2 Así los define Palomeque, «otros derechos de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercitados, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores, en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensiones laborales sobrevenidos» (PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «Los derechos laborales en la Constitución Española». En *Cuadernos y Debates*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 31.

el contenido normativo de los derechos constitucionales de los trabajadores. Paradigmáticas han sido sobre todo sus sentencias sobre el despido sin causa, por considerar que estos actos extintivos violan el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución)³.

A pesar de que este proceso de sedimentación de los derechos fundamentales como límite al poder empresarial es, desde nuestra perspectiva, irreversible, consideramos que el juez laboral es el llamado a continuar la labor iniciada por el TC. Frente a la concepción residual de la acción de amparo que preside el Código Procesal Constitucional, las violaciones de derechos constitucionales de los trabajadores difícilmente llegarán hasta el TC. Urge, por tanto, desarrollar el ordenamiento jurídico procesal con el fin de dotar al juez ordinario laboral de los elementos necesarios para abordar la difícil misión de tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores. Lejos de criticar al TC para que siga cubriendo el déficit de protección de la legislación laboral, creo que es hora de crear un procedimiento laboral *ad hoc* donde se ventile cualquier afectación de derechos constitucionales al trabajador.

En esta línea, la Nueva Ley Procesal del Trabajo (ley 29497) ha desperdiciado la gran oportunidad de crear un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, como lo tiene Chile o España, que permita a los jueces laborales asumir su función sin necesitar de la venerable ayuda del TC.

I. EL PORQUÉ DE UNA PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para nadie es un secreto que las relaciones laborales tienen un alto índice de lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Y ello, porque el poder de dirección cuenta con una fuerte presunción de legitimidad. De esta manera, si el trabajador alega una violación de un derecho constitucional, tendrá que presentar pruebas en contra de dicha presunción de legitimidad, lo cual resulta muy complicado, ya que un 99% de estas violaciones son encubiertas tras actos de aparente legalidad.

Creo que son dos los rasgos especiales que diferencian a una demanda de violación de derechos fundamentales de cualquier otra en sede laboral. El primer rasgo es la dificultad probatoria que tiene el trabajador en estos casos. Es por eso que en la mayoría de estos procesos, como sucede con la

437

LA TUTELA
LABORAL DE LOS
DERECHOS
FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR.
UNA ASIGNATURA
PENDIENTE EN
TIEMPOS DE
REFORMA

THE LABOR
GUARDIANSHIP
OF WORKER'S
FUNDAMENTAL
RIGHTS:
A PENDING
SUBJECT IN TIMES
OF REFORM

³ Ver la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC (demanda de amparo presentada por el Sindicato de Telefónica del Perú); la sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC (demanda de amparo presentada por Eusebio Llanos Huasco); y, finalmente, la recaída en el expediente 206-2005-AA/TC (demanda de amparo presentada por César Baylón Flores).

acción de amparo, se introducen mecanismos de facilitación probatoria que relajan los márgenes de certeza de la prueba⁴.

De otro lado, el segundo rasgo es el mecanismo reparador del que gozan los procedimientos especiales de tutela de derechos fundamentales. Como sucede con la acción de amparo, de lo que se trata es de «reponer las cosas al estado anterior de la violación del derecho fundamental». En otros procesos laborales se puede, como en los casos del mismo despido sin trascendencia constitucional o el cese de hostilidad, declarar ilícito el acto empresarial, pero no se declara la nulidad del acto. Este es el caso del despido arbitrario en el que se recibe el pago de una indemnización sin declararse la nulidad del despido⁵.

En la vía ordinaria laboral solo conocemos un caso de tutela especial, el cual es la regulación del despido nulo. Aquí el juez laboral puede declarar el despido como nulo y en el devenir del procedimiento otorgar facilidades probatorias. Sin embargo, su gran inconveniente está en su limitado ámbito de operatividad. A saber, solo se aplica a las causales a las que se refiere el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), así como a un acto concreto (despido), dejando de lado a la contratación y a la ejecución del contrato de trabajo.

II. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE UN PROCESO ESPECIAL

Junto a los mecanismos de facilitación probatoria y a los mecanismos restitutorios de reparación, la legislación comparada introduce otros instrumentos que confirman la naturaleza especial y urgente de la tutela de los derechos fundamentales. Vamos a enumerarlos a continuación.

1. Celeridad acentuada.— Se requiere una tramitación rápida. Sobre todo, esta clase de procesos debe acortar los plazos normales, ya que el bien jurídico protegido así lo aconseja.
2. Prioridad.— La naturaleza especial de los derechos fundamentales exige que las demandas que invocan su tutela deben ser tramitadas antes que otro tipo de procesos. Si se mira bien, este requerimiento no ha sido contemplado en nuestra legislación ni siquiera en el caso del despido nulo. Por el contrario, la acción de amparo sí tiene prioridad en su tramitación.
3. Impedir la improcedencia *in limine*.— Con ello se busca que la demanda no sea rechazada de plano por puras razones formales.

4 MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda. *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*. La Coruña: Netbiblio, 2007, pp. 160 y ss.

5 A propósito del restablecimiento del derecho fundamental laboral violado, ver BAZ TEJEDOR, José Antonio. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo*, Valladolid: Lex Nova, pp. 226 y ss.

El juez debe entrar al tema de fondo y relajar los controles de improcedencia razonablemente⁶.

4. Medidas cautelares eficaces.— Las medidas destinadas a garantizar la eficacia de la pretensión al final del proceso deben ser armas accesibles para cualquier juez laboral que se enfrenta a posibles afectaciones de derechos fundamentales. Las medidas cautelares deben estar dirigidas a reponer preventivamente las cosas al estado anterior a la violación del derecho violado. En este tema hay una mejora sustancial en la redacción de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (aun cuando se focaliza predominantemente en el despido), ya que la ley 26636 era bastante lacónica a este respecto⁷.

III. LAS LESIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ACTUAL

El campo de lo excluido del despido nulo es enorme. Lo más contradictorio es que cualquier violación de un derecho constitucional debe ser reconducida a una vía procesal ordinaria pensada para casos donde no existe afectación constitucional. Es evidente que las vías ordinarias no están preparadas para proteger este tipo de derechos.

Si el ámbito de operatividad del despido nulo está restringido solo a la libertad sindical, tutela judicial efectiva y prohibición de discriminación, ¿en qué vía procesal se protegerán los demás derechos fundamentales que podrían ser violados por el despido? Cuando nos referimos a los «demás» derechos fundamentales, lo hacemos pensando en la libertad de expresión, el derecho al trabajo, la intimidad, la libertad religiosa, etcétera. El despido arbitrario no podría asumir la defensa, ya que la reparación que ofrece es el simple pago de una indemnización. La respuesta más fácil podría ser la vía del amparo, ya que no existe otra vía procesal ordinaria igualmente eficiente, sin embargo, volvemos a tropezarnos con el problema de que el amparo no tiene etapa probatoria. El TC, en la sentencia recaída sobre el expediente 206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores, ha sido rotundo al afirmar que los amparos son improcedentes cuando se tenga que efectuar en el proceso una actividad probatoria. De esta manera, el trabajador sin amparo y con una vía ordinaria insuficiente se halla huérfano de protección de sus derechos fundamentales⁸.

6 Ver BAYLOS GRAU, Antonio, Jesús CRUZ VILLALÓN & María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Madrid: Trotta, 1995, pp. 208-209.

7 Para un comentario sobre este tema, ver el reciente libro de MENDOZA LEGOAS, Luis. *Las medidas cautelares laborales*. Lima: ARA Editores, pp. 220 y ss.

8 Caso típico de lo que se dice es el del despido fraudulento que es excluido del amparo por el TC porque requiere desplegar una actividad probatoria. Obviamente, tampoco el despido arbitrario

439

LA TUTELA
LABORAL DE LOS
DERECHOS
FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR.
UNA ASIGNATURA
PENDIENTE EN
TIEMPOS DE
REFORMA

THE LABOR
GUARDIANSHIP
OF WORKER'S
FUNDAMENTAL
RIGHTS:
A PENDING
SUBJECT IN TIMES
OF REFORM

Creo que las lesiones de derechos fundamentales en la contratación y durante la ejecución del contrato tampoco cuentan con vías procesales adecuadas. Veamos cada uno de estos supuestos: en primer lugar, en la contratación no tenemos mecanismos procesales de protección. Es verdad que la ley 27270, ley contra actos de discriminación, viene a prohibir la discriminación en las ofertas de empleo o en el acceso a centros de formación educativa, no obstante, la reparación es meramente resarcitoria (artículo 3), pues se impone solo el pago de una indemnización al afectado. Al menos, en el acceso a centros de formación educativa se puede sancionar con la reposición de las cosas al estado anterior de la violación. Salvo este caso puntual, no existe protección de otros derechos al momento del acceso a una relación de trabajo. Por ejemplo, el trabajador no estaría protegido por la normativa actual frente a la existencia de listas negras que impiden la contratación de ciertos dirigentes sindicales en diversos sectores. Nuevamente, queda la opción del amparo, con la ya mencionada limitación de la inexistencia de etapa probatoria.

En segundo lugar, durante la ejecución del contrato de trabajo también se pueden dar afectaciones de derechos fundamentales, comúnmente encubiertas en descensos de categorías, traslados, retraso en pagos, etcétera. Las pocas protecciones que se han introducido en esta materia se han sumado por la vía del cese de la hostilidad. Así, según el artículo 30 de la LPCL, un trabajador se puede sentir hostilizado si es presa de un acto discriminatorio, si no se observan normas mínimas de seguridad e higiene laboral, o si se afecta de manera genérica la dignidad del trabajador. Me llama la atención que se incorpore a los supuestos de hostilidad típicos, tales como traslados, reducciones de categoría o de salarios impuestos de modo arbitrario, afectaciones de derechos fundamentales cuya naturaleza es distinta a un simple acto de hostilidad.

Creo que esta crítica es fundada por cuanto según el artículo 35 de la LPCL, el trabajador que se considere hostilizado solo puede reclamar o bien la cesación de la hostilidad y el pago de una multa por parte del empleador o bien la terminación de su contrato de trabajo. Como se ve, esta vía procesal del cese de hostilidad no repone las cosas al estado anterior, ni tampoco introduce mecanismos de facilitación probatoria. Con ello me refiero a la necesidad de mecanismos indiciarios como el impedimento de cualquier acto de perjuicio a los dirigentes sindicales durante el período de su representación o a las madres gestantes durante el período de su embarazo. Esto permitiría mayores garantías procesales como se permite en el despido nulo. Dudo mucho que un

puede reparar una violación del derecho al trabajo con el pago de una indemnización. Por eso, con la legislación actual existirían supuestos huérfanos de protección.

juez laboral, saliéndose del marco del artículo 35 de la LPCL, ordene la reposición de las cosas al estado anterior de la violación⁹.

Nuevamente, ante la insuficiencia de la vía procesal ordinaria, quedará expedita la vía del amparo con el ya apuntado problema de la inexistencia de etapa probatoria.

IV. LOS PROCESOS ORDINARIOS LABORALES EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

Frente a esta inadecuada legislación laboral de cara a la protección de los derechos fundamentales, la Nueva Ley Procesal del Trabajo tuvo la ocasión de revertir esta situación. No obstante, por lo que podemos observar, parece que la tutela de los derechos fundamentales en sede laboral no fue un objetivo prioritario del legislador procesal. Antes al contrario, el tratamiento de esta materia es dispersa y heterogénea.

Al no existir un proceso especial de tutela de derechos fundamentales, la tutela de aquellos o bien debe tramitarse vía proceso ordinario laboral o bien por el proceso abreviado.

Es difícil hacer una ponderación acerca de cuál de estos procesos se corresponde mejor con la naturaleza de tutela urgente de los derechos fundamentales del trabajador, sin embargo, me parece que el proceso abreviado es el que reconoce mejor el rasgo de «celeridad acentuada».

En un intento por establecer coordenadas comparativas, vamos a decir que el proceso ordinario es bastante más lento que el proceso abreviado, debido a dos cuestiones principales. Primero, el proceso ordinario implica una etapa conciliatoria que no tiene el proceso abreviado. En efecto, las audiencias del proceso ordinario son dos: la de conciliación y la de juzgamiento. Habría que aclarar, además, que cuando las partes no asisten a la conciliación pueden pedir que se re programe la fecha de la conciliación. De este modo, si solo el proceso abreviado cuenta con una audiencia única no hay duda de que este reproduce de manera más exacta el principio de celeridad acentuada en materia de protección de derechos fundamentales. Además, resulta inocuo introducir una etapa de conciliación en un proceso de lesión de derechos fundamentales, puesto que estos son indisponibles e inconciliables.

Segundo, los plazos del proceso abreviado son en general menores que los del proceso ordinario. No solo porque no se podrá extender la conciliación más allá de una audiencia, sino porque la contestación de

441

LA TUTELA
LABORAL DE LOS
DERECHOS
FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR.
UNA ASIGNATURA
PENDIENTE EN
TIEMPOS DE
REFORMA

THE LABOR
GUARDIANSHIP
OF WORKER'S
FUNDAMENTAL
RIGHTS:
A PENDING
SUBJECT IN TIMES
OF REFORM

⁹ También critican la eficacia protectora del cese de hostilidad, ZAVALA COSTA, Jaime & VILCHEZ GARCÉS, Lidia. «El nuevo reto procesal de protección de la libertad sindical en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo: ¿Hacia un retorno a la vía laboral?». En *Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Academia de la Magistratura del Perú, p. 222.

la demanda se hará a los diez días de notificada la demanda. Esto permite que la parte demandante llegue a la audiencia única conociendo los argumentos del demandado. Asimismo, la realización de otra audiencia de juzgamiento será muy excepcional, cuestión que no parece tan clara desde la perspectiva del proceso ordinario.

Es obvio que la comparación formulada la hemos hecho a partir de un rasgo muy puntual: la celeridad acentuada que requieren los procesos de tutela de derechos fundamentales. En los demás rasgos, no hay prácticamente diferencias de grado. Por ejemplo, la prioridad para los derechos fundamentales no opera ni en un proceso ordinario ni en un proceso abreviado, las medidas cautelares prescritas en la ley se aplican indistintamente para uno o para otro, etcétera.

Pero, si claramente el proceso abreviado se adapta mejor a las necesidades de la tutela de derechos fundamentales, entonces, ¿por qué en ciertos casos la protección de estos derechos se ha encargado a la vía ordinaria? Este es un tema sin respuesta, aunque como veremos a continuación no parece tratarse de un *lapsus* legislativo. A continuación revisaremos las competencias de cada tipo de proceso en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

V. COMPETENCIA DEL PROCESO ABREVIADO LABORAL EN MATERIA DE LESIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Dado que el procedimiento abreviado laboral es aquel que respeta el principio de celeridad acentuada y, por ello, el que mejor corresponde a la tutela de derechos fundamentales, pasaremos a enunciar qué pretensiones se pueden ventilar en este procedimiento de conformidad con la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

V.1. Las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical

Toda vulneración de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga serán tramitados en el proceso abreviado (artículo 2.3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo). No importa el momento de la lesión, sea el acceso, la ejecución o la extinción de la relación laboral, pues el juez laboral, a través del procedimiento abreviado, es el encargado de proteger la libertad sindical.

Aunque a primera vista, este aporte legislativo sea un avance importante en esta materia, me temo que solo se trata de la apertura de una vía procesal específica. Hubiera sido muy interesante que la introducción de la nueva vía procesal venga acompañada de normas sustantivas que establezcan reglas de facilitación probatoria (por ejemplo, presunciones

legales como «la protección de los despidos antisindicales abarca el tiempo de la representación del dirigente y hasta 90 días posteriores al término de su representación», así como las que juegan en el despido nulo) y otras que matizan la nulidad de todo acto lesivo de la libertad sindical en función de su naturaleza. Es verdad que abrir la vía procesal ya es un avance, pero también es evidente que si no hay normas en este sentido será muy difícil probar la violación alegada o que el juez reponga las cosas al estado anterior de la vulneración de la libertad sindical.

Quizá alguien podrá decir que la nulidad de todo acto lesivo de la libertad sindical se deriva de la jurisprudencia del TC en materia de amparo. Sin embargo, no se debe olvidar que la mayoría de sentencias del TC, por no decir su totalidad, ha tratado de lesiones a la libertad sindical durante la ejecución del contrato (traslados, reducciones de categoría, etcétera) o durante su extinción. ¿Cómo se ha de reparar una lesión en el acceso de la relación laboral? ¿Basta con declarar la nulidad del acto de contratación?, obviamente, no. Es por eso que se requieren reglas específicas con el fin de solucionar todos estos problemas¹⁰.

V.2. De la reposición cuando esta se plantee como pretensión principal única

Aquí, el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo tiene una frase muy ambigua que puede generar muchos problemas de interpretación. En efecto, este artículo señala que se recurre al procedimiento abreviado cuando se demanda la reposición como pretensión principal única.

Es evidente que este inciso se aplica solo a casos de despido. Y no queda ninguna duda de que se aplicará a los despidos violatorios de derechos constitucionales que no tienen vía procesal específica en sede laboral¹¹. De este modo, ingresan las pretensiones de despido incausado, fraudulento y todos aquellos despidos que violen derechos excluidos del artículo 29 de la LPCL (exclusiones del despido nulo).

Se ha debatido académicamente sobre la inclusión del despido nulo laboral en este procedimiento, así como sobre su exclusión del mismo. El mayor argumento utilizado es que la pretensión procesal que subyace al despido nulo es la nulidad del despido. No así la reposición, pues la reposición sería solo un efecto de la nulidad. Esta postura ubicaría al

443

LA TUTELA
LABORAL DE LOS
DERECHOS
FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR.
UNA ASIGNATURA
PENDIENTE EN
TIEMPOS DE
REFORMA

THE LABOR
GUARDIANSHIP
OF WORKER'S
FUNDAMENTAL
RIGHTS:
A PENDING
SUBJECT IN TIMES
OF REFORM

¹⁰ Quizá la eficacia de la protección de derechos fundamentales no sea solo un problema logístico y técnico de aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, como afirman Zavala y Vilchez (ZAVALA COSTA, Jaime & Lidia VILCHEZ GARCÉS. Ob. cit. pp. 229-230), sino también un problema de desarrollo sustantivo legislativo en temas relevantes como prueba y reparación de la libertad sindical vulnerada.

¹¹ Sobre este tema, ver también el excelente trabajo de MURILLO FLORES, Luis Fernando. «La pretensión de reposición en la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497)». *Soluciones Laborales*, 39 (2011), pp. 80-88.

despido nulo en la vía ordinaria laboral, con todos los defectos que esta decisión conllevaría¹².

Considero que esta interpretación literal del precepto es equivocada por las siguientes razones: en primer lugar, resulta irracional que el legislador procesal haya optado por dividir los casos de despido lesivo de derechos fundamentales en dos vías procesales distintas. Es más, ni siquiera todos los casos del artículo 29 de la LPCL irían al procedimiento ordinario, ya que los relativos a la libertad sindical pasarían al procedimiento abreviado en función del artículo 2.3 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

En segundo lugar, sabiendo que el procedimiento abreviado calza mejor que el procedimiento ordinario con la naturaleza de los derechos fundamentales, sobre todo por el respeto a la celeridad acentuada, el desplazar el despido nulo a este último procedimiento constituye un atentado contra la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139.3 de la Constitución).

En tercer lugar, el despido nulo no encaja en un procedimiento ordinario laboral en la medida que este cuenta con una etapa de conciliación de intereses. ¿Se puede conciliar sobre la base de un derecho fundamental? Desde mi punto de vista, no es posible porque el mismo artículo 34 (tercer párrafo) señala que el demandante puede optar por la indemnización solo en la ejecución de sentencia. De esta manera, el juez que acepte una conciliación en un proceso de despido nulo estaría cometiendo un acto contrario a la ley imperativa y expresa. Entonces, si no se puede conciliar en este supuesto, ¿por qué razón el despido nulo será tramitado en el procedimiento ordinario laboral? La etapa conciliatoria constituiría una dilación irrazonable.

En conclusión, el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo abre las puertas en el procedimiento abreviado a todas las lesiones de derechos fundamentales producidas mediante el despido, incluido el despido nulo según lo dispuesto por el artículo 29 de la LPCL.

V.3. Afectaciones al derecho de remuneración cuando el monto de la pretensión sea inferior a cincuenta unidades de referencia procesal (URP)

Pareciera que el derecho a la remuneración no es un derecho fundamental o que ningún acto puede lesionarlo, debido a que el legislador procesal divide las competencias del procedimiento ordinario y del procedimiento abreviado solo en función del monto demandado.

¹² Ver ARÉVALO VELA, Javier. *Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo*. Lima: Jurista, 2011; y también, PRIORI POSADAS, Giovani & otros. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del trabajo*. Lima: Ara, 2011, p. 73.

Por ejemplo, si a un trabajador no se le paga su remuneración mínima vital (RMV), entonces se está lesionando el derecho constitucional a la remuneración mínima. Nada tiene que ver en esta calificación que el monto demandado pase las cincuenta URP o no. Cualquier violación de la RMV debe ser tramitada como una lesión a un derecho fundamental, al margen del monto.

Este es un caso más donde es patente que el legislador procesal no tuvo en mente una posible violación del derecho a la remuneración, sino simplemente se visualizó la misma como un problema de cálculo. Creo que igual error cometió el TC en la sentencia Baylón Flores cuando señala con rotundidad que «el pago de remuneraciones y beneficios económicos» debe tramitarse en la vía ordinaria laboral. Tampoco el TC pudo advertir que el derecho a la remuneración es un derecho fundamental del trabajador y que puede ser lesionado¹³.

VI. COMPETENCIA DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL EN MATERIA DE LESIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De entrada, por lo dicho en páginas anteriores, el proceso ordinario laboral no es ni puede ser aceptado como vía de protección de derechos fundamentales. No obstante ello, paradójicamente el legislador procesal ha incluido en este tipo de procedimiento algunas lesiones de derechos fundamentales.

VI.1. Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación de trabajo

El artículo 2.1.c señala que los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación de trabajo son tramitados en procedimiento ordinario. Llama poderosamente la atención qué es lo que tiene de diferente un acto violatorio de la libertad sindical de un acto violatorio del mandato de no discriminación. Simplemente, el adjudicar ambos tipos de violación de derechos fundamentales a procedimientos diferentes revela un error sistemático garrafal.

No creo que sea el único, por lo demás. El legislador menciona la generalidad de actos discriminatorios sabiendo que las discriminaciones producidas al momento de la terminación de la relación laboral son tramitadas vía despido nulo. Es una regulación caótica y contradictoria.

Finalmente, el juez ordinario laboral que se enfrente a una demanda donde se denuncia discriminación convocará a la audiencia de

¹³ Para una opinión en el mismo sentido, ver SARZO TAMAYO, Renato. *La tutela del contenido constitucional del derecho a la remuneración*. Lima, 2011, p. 12.

conciliación sin ningún sentido. Como ya se dijo, los derechos fundamentales de los trabajadores son indisponibles e irrenunciables. Quizá dentro de algún tiempo, la jurisprudencia subsane este error garrafal del legislador procesal y reconduzca estas lesiones por la vía del procedimiento abreviado.

VI.2. El cese de los actos de hostilidad del empleador

El Tribunal Constitucional peruano, en el considerando 18 del caso Baylón Flores, afirma sin ningún desparpajo que los amparos que se refieran a cese de hostilidad (artículo 30 de la LPCL), que por mandato de la ley son competencia de los jueces de trabajo, serán declarados improcedentes en la vía del amparo.

De esta manera, el TC afirma implícitamente que el cese de hostilidad es una vía específica e igualmente satisfactoria que el amparo y tramitada en vía ordinaria. Quizá el TC se guía por el hecho de que el artículo 30 de la LPCL reconoce como hostilidad a algunas violaciones de derechos fundamentales (no discriminación y dignidad). Sin embargo, hay dos razones de peso que cuestionan la decisión de nuestro TC. Primero, los supuestos de hostilidad son taxativos, de modo que muchos derechos fundamentales quedan excluidos. Segundo, la vía del cese de hostilidad está pensada para actos de hostilidad sin trascendencia constitucional (por ejemplo, traslados, reducciones de categoría, incumplimientos de pago de remuneración, etcétera) que conlleven el simple cese de la hostilidad (artículo 35.a de la LPCL), pero no puede utilizarse en los casos en que se debe declarar la nulidad de los actos lesivos de derechos fundamentales. La nulidad de la hostilidad no existe como un imperativo reparador en la LPCL.

En consecuencia, la vía del procedimiento ordinario laboral no calza con la eficacia reparadora del cese de hostilidad, pero tampoco podríamos afirmar que las violaciones de derechos fundamentales en la ejecución del contrato serían tramitadas en el procedimiento abreviado. Creo que inevitablemente quedarían en el proceso ordinario, con las complicaciones que ello supone, salvo para el caso de las violaciones de la libertad sindical. Ello, sin duda, devaluaría el mecanismo protector de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

VII. EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS, ¿ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE AMPARO?

El Código Procesal Constitucional en su artículo 5, inciso 2 señala que «no proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se

447

trate del proceso de hábeas corpus». Es decir, si existe un procedimiento ordinario específico para la tutela de derechos fundamentales y si este procedimiento otorga iguales garantías para los mismos, entonces no se podrá recurrir a la acción de amparo.

Sinceramente, la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha creado un proceso *ad hoc* para la protección de derechos fundamentales y ha optado por un sistema disperso y caótico para la protección de los mismos. Además, ya hemos visto que el proceso ordinario laboral no respeta el rasgo básico de «celeridad acentuada», con lo cual hay una evidente violación al derecho de tutela judicial efectiva que exige mecanismos reparadores eficaces y urgentes. Sin embargo, aunque el proceso abreviado sí lo hace, tampoco asegura una garantía similar a la de la acción de amparo respecto de los derechos fundamentales. Por ejemplo, no se establece la característica de prioridad que debe asumir un proceso donde se discuta la posible lesión de un derecho fundamental.

El otro tema que devalúa la utilidad de los procedimientos ordinario y abreviado es la ambigüedad que supuestamente tendría el juez laboral para reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho. Quizá con la única excepción del despido nulo, en la mayoría de las vías tramitadas por procedimiento abreviado es discutible si la nulidad se puede imponer sin base legal específica. En otros casos, como en el acceso al trabajo, el legislador no repara en que la nulidad de la contratación laboral no remedia la alegada violación del derecho fundamental.

De este modo, parece que el único camino es recurrir de vuelta a la acción de amparo, con lo cual la Nueva Ley Procesal del Trabajo habrá perdido una gran oportunidad para dotar al juez laboral de la posibilidad de evaluar con profundidad los atentados contra los derechos fundamentales del trabajador. Sin embargo, de lo que no se ha percatado el legislador procesal es que la acción de amparo no tiene etapa probatoria y el TC cada vez restringe más y más el acceso de estos temas por la vía constitucional del amparo¹⁴. Podríamos decir que la incapacidad del proceso laboral será subsanada por el TC, aunque esta vez todo parece indicar que no lo será¹⁵.

14 Paúl Paredes ha intentado explicar el motivo de esta omisión señalando que «crear un proceso *ad hoc* de tutela de derechos fundamentales en vía laboral hubiera significado la improcedencia del amparo» («La Nueva Ley Procesal del Trabajo y la Acción de Amparo». En *Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Academia de la Magistratura del Perú, 2010, p. 124). Creo que la visión es equivocada, ya que el TC, con o sin proceso *ad hoc*, ha optado por la improcedencia del amparo en la mayoría de casos donde se discuten derechos fundamentales laborales. Aquí el problema no es solo jurídico, sino también político jurisdiccional. En consecuencia, si este fue el motivo para rechazar un procedimiento específico y es previsible que el TC mantendrá su posición, entonces queda claro que los únicos perjudicados serán los trabajadores.

15 Como ya lo señaló el mismo TC (ver sentencia recaída en el expediente 206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores), solo se podrán tramitar amparos «atendiendo a la urgencia del caso o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea». Como se puede observar, son casos muy excepcionales y que requieren de una voluntad amplia de parte de los magistrados del TC.

LA TUTELA
LABORAL DE LOS
DERECHOS
FUNDAMENTALES
DEL TRABAJADOR.
UNA ASIGNATURA
PENDIENTE EN
TIEMPOS DE
REFORMA

THE LABOR
GUARDIANSHIP
OF WORKER'S
FUNDAMENTAL
RIGHTS:
A PENDING
SUBJECT IN TIMES
OF REFORM

448

En suma, nos encontramos en medio de una vía ordinaria insuficiente y otra vía extraordinaria, la del amparo, también incapaz de asumir la pesada carga de una limitada ley procesal en esta materia. Seguiremos esperando un proceso especial de tutela de los derechos fundamentales para continuar el camino que hace unos años abrió el mismo TC en sus sentencias.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

Validez y eficacia del contrato de trabajo

Validity and efficacy of the labor contract

JORGE TOYAMA*

Resumen: La validez y eficacia del contrato de trabajo así como los supuestos de nulidad y anulabilidad importan un análisis de los alcances de la aplicación supletoria del Código Civil teniendo en cuenta las peculiaridades del Derecho del Trabajo. El contrato de trabajo, en tanto negocio jurídico, tiene como marco de regulación a las disposiciones del Código Civil pero es necesario apreciar, en cada caso, si corresponde aplicar plenamente este cuerpo normativo, o modular su aplicación supletoria, o simplemente concluir que no resulta compatible su regulación por la naturaleza especial de las relaciones laborales. Especialmente, este tema será analizado a partir de los supuestos de nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo.

Palabras clave: contrato de trabajo – validez e invalidez – eficacia e ineficacia – nulidad y anulabilidad – Código Civil – elementos y presupuestos – supletoriedad

Summary: The validity and efficacy of the labor contract as well as cases of nullity and defeasibility import an analysis of scopes of the supplementary application of Civil Code taking into account the peculiarities of Labor Law. Labor contract, while legal business has as regulatory framework to the regulations of Civil Code but it is necessary to determine, in each case, whether to apply fully this normative body, or modulate its supplemental application, or simply conclude that it doesn't result compatible its regulation due to the special nature of labor relations. Specifically, this issue will be analyzed from cases of nullity and defeasibility of the labor contract.

Keywords: labor contract – validity and invalidity – efficacy and inefficacy – nullity and defeasibility – civil code – elements and budgets – supplementarity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO LABORAL.– III. EFICACIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO.– III.1. LA EFICACIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.– III.2. LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO.– III.2.1. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.– III.2.2. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.– IV. SUPUESTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.– IV.1. SUPUESTOS DE NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.– IV.1.1. LA FALTA DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD.– IV.1.2. LA INCAPACIDAD ABSOLUTA.– IV.1.3. EL OBJETO FÍSICA Y JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE.– IV.1.4. EL FIN ILÍCITO.– IV.1.5. LA SIMULACIÓN ABSOLUTA.– IV.1.6. LA AUSENCIA DE FORMALIDAD

* Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la misma Universidad. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Correo electrónico: jtoyama@mafirma.com.pe

PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD.- IV.1.7. LAS NULIDADES EXPRESA Y VIRTUAL.- IV.2. SUPUESTOS DE ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.- IV.2.1. LA INCAPACIDAD RELATIVA.- IV.2.2. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.- IV.2.3. LA SIMULACIÓN RELATIVA, CUANDO EL ACTO REAL QUE LO CONTIENE, PERJUDICA EL DERECHO DE TERCEROS.- IV.2.4. LA ANULABILIDAD EXPRESA.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas menos abordados por la regulación laboral se relaciona con la validez y eficacia del contrato de trabajo. No nos referimos al tratamiento de los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, remuneración y subordinación) sino a los presupuestos y características necesarios para que tenga virtualidad jurídica o, desde otro punto de vista, los supuestos de nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo.

Si bien el Derecho Civil ha tratado extensamente el negocio jurídico, las peculiaridades del Derecho Laboral no permiten una aplicación supletoria automática para anular un contrato de trabajo, aplicar las consecuencias de una simulación o apreciar los efectos de la ausencia o inobservancia de una formalidad. Tampoco puede decirse que la regulación laboral simplemente se rige por los principios propios (primacía de la realidad, irrenunciabilidad de derechos, condición más beneficiosa, etcétera) dado que, como veremos, no toda falta de requisitos para la validez de un contrato genera la conversión del mismo en uno laboral de plazo indeterminado.

A través del presente artículo, trataremos los casos de validez del contrato de trabajo a partir de la descripción de los supuestos de nulidad, anulabilidad e ineficacia del contrato de trabajo, pero previamente desarrollaremos brevemente la regla de la supletoriedad del Derecho Civil. En suma, describiremos los principales supuestos de validez y eficacia del contrato de trabajo, partiendo de las bases del Derecho Civil y comparándolo con las características propias del Derecho Laboral.

Aun cuando nos referiremos al contrato de trabajo, en realidad, el análisis se extiende a cualquier acto jurídico como una renuncia, un convenio de término laboral, un acuerdo para modificar la remuneración del trabajador, una negociación colectiva, etcétera.

II. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO LABORAL

Ante la ausencia de normas específicas que regulen los supuestos de validez y eficacia del contrato de trabajo (CT), tenemos que aplicar

451

VALIDEZ Y
EFICACIA DEL
CONTRATO DE
TRABAJOVALIDITY AND
EFFICACY OF THE
LABOR CONTRACT

supletoriamente las disposiciones del Código Civil (CC). Sobre las reglas de supletoriedad Neves apunta que «tenemos la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria»¹.

La aplicación del Derecho Civil es posible por la regla de la supletoriedad prevista en el título preliminar del CC. En efecto, el artículo IX de este dispositivo señala que «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza». Como precisa Rubio², estamos ante el «Derecho Común», cuyas disposiciones se aplican, en principio, «para todo el Derecho Nacional».

En materia laboral no es inusual que los jueces apliquen supletoriamente las disposiciones del CC para apreciar la validez de un CT. Por ejemplo, se ha indicado que si bien no hay regulación para determinar si «los contratos celebrados con fraude a ley devienen en nulos», se debe aplicar

el artículo quinto del Título Preliminar del Código Civil, norma que expresamente señala es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, pues este gesto fraudulento de la demandada de suscribir contratos de naturaleza civil con el demandante para sustraer derechos sociales que nacen de todo contrato de trabajo subordinado, contraviene obviamente las leyes que interesan al orden público, consecuentemente dichos contratos carecen de eficacia jurídica³.

La supletoriedad no es una regla inquebrantable que suponga que exista una aplicación inmediata o automática en todo lo no regulado, en este caso, por las disposiciones del CC. Resulta imprescindible apreciar si hay una compatibilidad entre la norma supletoria y las peculiaridades que rigen el área del Derecho donde se ubica la norma suplida.

Así, pues, es un requisito para la aplicación supletoria la compatibilidad con las características del derecho de la norma suplida. El Derecho Laboral es una de las ramas especiales del Derecho que requiere de una regulación especial dada la desigualdad en la que se encuentran los sujetos del CT, el trabajador ante el empleador.

Las características particulares del Derecho del Trabajo originan una serie de preceptos que se desprenden del principio protector. En definitiva, la consagración de un Estado Social (artículo 43), el

1 NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 107.

2 RUBIO, Marcial. *Título Preliminar. Serie Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. III. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, pp. 161 y ss.

3 Casación número 1739-2003-PUNO.

reconocimiento de la tutela judicial efectiva (artículo 133.3) y los principios protector (artículo 23) y de igualdad (artículos 2.2. y 26.1) recogidos en nuestra Constitución brindan el marco necesario para la existencia de reglas particulares en el Derecho del Trabajo. En esta línea, por ejemplo, nuestros jueces han indicado sobre la aplicación del principio de irrenunciabilidad que «respecto al no cuestionamiento de la validez del contrato por parte del actor debemos decir que de conformidad con el artículo 26° inciso 2) de la Constitución, los derechos de los trabajadores tienen carácter irrenunciable por lo que la no impugnación de la validez del contrato no es causal para que el acto contrario a la ley se convalide»⁴; y sobre el principio de continuidad han mencionado que

al trabajador injustificadamente se le rebajó sus remuneraciones, aunque haya existido aceptación del mismo perjudicado, toda vez que, existen principios esenciales del derecho del trabajo que no permiten la vulneración de derechos laborales [...], se advierte que bajo la supuesta suscripción de nuevos contratos se efectivizó la rebaja de las remuneraciones del trabajador, pues en ningún momento se ha acreditado la ruptura del vínculo laboral, por el contrario se ha establecido unidad en él, y por ello, le corresponde al trabajador el reintegro de sus remuneraciones⁵.

Si bien este carácter tutelar supone la elaboración de normas a favor de los trabajadores, ello no implica que las reglas del derecho común no puedan ser aplicables al Derecho del Trabajo⁶. Finalmente, existen una serie de principios y preceptos legales del CC que se aplican al Derecho del Trabajo tales como las reglas de capacidad negocial, responsabilidad y contratación⁷.

En la misma línea, se ha comentado que el «negocio jurídico laboral» tiene «elementos esenciales, presupuestos de validez y requisitos para su eficacia»⁸ y que la nulidad parcial del CT importa el traslado de instituciones del Derecho Civil —«conversión» o «convalidación», «ineficacia estructural y funcional»—; etcétera⁹.

En suma, al no haber regulación específica laboral, es posible trasladar las reglas sobre validez y eficacia del CC al Derecho Laboral en tanto no se produzca una «desnaturalización» de este derecho nacido para regular las relaciones laborales.

4 Sentencia de la Sala Laboral de Lima, recaída en el expediente 6264-2005-N.D.S.

5 Casación laboral 1282-2010 PIURA.

6 Las peculiaridades del Derecho del Trabajo han sido destacadas en incontables trabajos. Por todos, ver BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del Derecho del Trabajo*. Montevideo: FCU, 1995. Además, ver MONEREO PÉREZ, José. *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*. Madrid: Trotta, 1999.

7 Al respecto, ver la sentencia recaída en la casación 015-2001-LIMA.

8 DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. México D.F.: Porrúa, 1991, pp. 528 y ss.

9 PALOMEQUE, Manuel. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos, 1975, p. 74.

III. EFICACIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJO

Seguidamente, sobre la base de las instituciones del Derecho Civil, nos ocuparemos de la eficacia y validez del CT.

453

III.1. La eficacia del contrato de trabajo

La eficacia de un negocio jurídico es la «capacidad de producir efectos»¹⁰. Esta definición atiende al negocio jurídico en sí mismo y, apuntando a los efectos queridos por las partes, Rubio¹¹ anota que es la capacidad de un contrato «para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan».

VALIDEZ Y
EFICACIA DEL
CONTRATO DE
TRABAJOVALIDITY AND
EFFICACY OF THE
LABOR CONTRACT

A *contrario sensu*, la ineficacia se produce cuando un negocio jurídico, contando con los elementos y presupuestos necesarios para constituirse como tal, no reviste eficacia o no produce las consecuencias normalmente previstas por una «circunstancia de hecho extrínseca a él»¹². Así, si hay un supuesto de disenso (contemplado en el artículo 1359 del CC, que señala que no hay acuerdo mientras que las partes no estén de acuerdo en todas sus estipulaciones), no estamos ante actos nulos sino ineficaces.

En atención a los efectos, la ineficacia puede dividirse en estructural y funcional¹³. Será estructural si la ineficacia se produce por un hecho intrínseco al nacimiento del negocio jurídico y será funcional si la causal de ineficacia es sobreviniente a la formación del negocio jurídico: aquí el negocio no emana las consecuencias que, regularmente formado, debiera producir¹⁴ —ejemplos de esta última lo constituyen los ya mencionados supuestos de rescisión o resolución contractual, contemplados en los artículos 1370 y 1372 del CC respectivamente—. Dado los alcances de este artículo, nos ocuparemos de los casos de ineficacia estructural que se refiere a los supuestos de validez del CT.

III.2. La validez del contrato de trabajo

Los elementos son aquellos presupuestos indispensables para la existencia del CT, sin ellos este no puede nacer a la vida jurídica, ni por tanto producir efectos jurídicos¹⁵.

10 BIGLIAZZI, Lina & otros. *Derecho Civil*. t. I. vol. 2. Ediciones Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1992, p. 996.

11 RUBIO, Marcial. *Invalidez del acto jurídico*. Serie *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. IX. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 13.

12 BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943, p. 349.

13 Puede consultarse PALACIOS, Eric. «Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria». *Ius et Veritas*, 9 (1994), pp. 175-181, pp. 175 y ss.

14 DIEZ-PICAZO, Luis. «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», pp. 825 y ss. Citado por PALOMEQUE, Manuel. *Ob. cit.*, p. 77.

15 GARCÍA VELARDE, María. «Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial». *Documentación Laboral*, 45, 1 (1995), pp. 89-128, p.93.

De acuerdo con el CC, los actos jurídicos expresan una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir el CT y requieren cuatro elementos: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita en las normas bajo sanción de nulidad (artículo 140). La conjunción de estos elementos determina, como cualquier otro contrato o negocio jurídico, la validez del CT¹⁶.

Veamos rápidamente cada uno de estos elementos del CT. La capacidad de las partes supone que tengan la facultad para suscribir un contrato y prestar los servicios contratados (trabajador) así como brindar las condiciones de trabajo y pagar la remuneración (empleador).

Por su lado, el objeto del CT importa el intercambio de servicios subordinados del trabajador a cambio del pago de la remuneración por el empleador¹⁷. Se ha señalado que el objeto del CT importa «una utilidad material para los sujetos del acuerdo» y, en el caso de un CT, «el objeto está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado»¹⁸.

Esta descripción del objeto del contrato importa prácticamente una identificación con la causa misma del contrato: «se produce una cierta identificación de la causa del contrato y el propio trabajo como objeto material del mismo, de ahí que devenga prácticamente inoperante el análisis de la causa»¹⁹.

Ciertamente, el fin del CT debe ser lícito: los servicios no deben afectar el orden jurídico, estando descartados centralmente aquellos que importan la comisión de un delito o una afectación a las buenas costumbres.

Sobre la forma contractual, hay que señalar que comprende cualquier exteriorización de la voluntad y esta puede ser verbal (típico de los CT a plazo indeterminado) o escrita (propia de los CT a plazo fijo o tiempo parcial y las modalidades formativas aunque nada obsta para que se suscriba un CT escrito a plazo indeterminado)²⁰. A este respecto, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral destaca

16 La jurisprudencia nacional aplica supletoriamente el CC cuando se analiza la validez del contrato de trabajo. Por ejemplo, en la casación 048-2004 LIMA se abordó un caso donde se analizaba si correspondía aplicar una causal de nulidad o anulabilidad así como si la firma del contrato de trabajo y la prestación de servicios continuada ratificaron la validez del contrato de trabajo.

17 El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral indica: «En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado».

18 MARTÍN VALVERDE, Antonio, Joaquín RODRÍGUEZ-SAÑUDO & Fermín GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 496.

19 MOLERO, Carlos (dir.). *Estructura del contrato de trabajo. Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 215.

20 Sobre este tema se ha señalado: «Se dice, en Derecho, que forma es exteriorización de la voluntad de alguien. Siendo así, todo contrato adquiere alguna forma, todos los contratos son formales. Concepto distinto a la forma es la documentación del contrato. Un documento es una cosa que ha de reunir

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

En materia laboral, dado el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y los principios que del mismo se derivan (principios protector, de la irrenunciabilidad de derechos y de continuidad, principios que se relacionan con el tema que estamos abordando), no cabe el traslado automático de las instituciones del Derecho Civil y, por ello, podríamos indicar que existe cierta preferencia por la validez del CT y, especialmente del CT por plazo indeterminado. Al respecto, Cruz Villalón indica:

Una declaración de nulidad de un contrato de trabajo de ordinario a quien perjudica es al trabajador, pues para empezar lo coloca en situación de precariedad durante el tiempo de prestación laboral fáctica. Por ello, en lo laboral rige la regla de que la nulidad del contrato solo se produce cuando concurre una ausencia total de los requisitos de consentimiento, objeto y causa²¹.

Ciertamente, nos encontraremos ante un CT inválido si este carece de alguno de sus requisitos o presupuestos o cuando contraviene una norma de carácter imperativo²². Estos son los supuestos de invalidez del CT: la nulidad y la anulabilidad. Es a partir de los casos concretos de nulidad y anulabilidad donde apreciaremos los aspectos que se deben tener en cuenta en cualquier estudio sobre la validez del CT.

III.2.1. La nulidad del contrato de trabajo

La nulidad comporta la supresión de cualquier efecto al CT. Es un punto de encuentro entre la invalidez y la ineficacia. Los negocios jurídicos nulos no tienen fuerza vinculante entre las partes que los celebraron, ya que les falta «un requisito esencial» o son contrarios al «orden público» y «buenas costumbres», o infringen una «norma imperativa»²³. En el primer supuesto, estamos ante un caso de nulidad expresa y, en los restantes, en la llamada nulidad «virtual» (no existe una lista taxativa sino una enunciación genérica de las causales).

dos requisitos: la corporalidad (que consiste en determinada materia) y la docencia, entendida como la capacidad de incorporar y transmitir una comunicación o una declaración» (GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel. «La forma del contrato de trabajo (art. 8)». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100(1): *El Estatuto de Trabajadores veinte años después* (2000), pp. 331-350, p. 331.

21 CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2008, p.107.

22 BIGLIAZZI, Lina & otros. Ob. cit., p. 996.

23 STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 80.

Nuestro ordenamiento trata los casos de nulidad en el artículo 219 y siguientes del CC. Además, desarrolla ambos casos de nulidad: la expresa, en los primeros siete numerales de este dispositivo y la virtual, en la última.

Con relación a las características de la nulidad, podemos señalar que estamos ante un acto que carece de eficacia —por ello es insanable— y la causal que motiva la nulidad es consustancial al nacimiento del mismo (artículo 220 del CC). Además, con relación a la prescripción, la doctrina señala que esta es imprescriptible²⁴; sin embargo, el numeral 1 del artículo 2001 del CC establece que la acción prescribe a los diez años.

Ahora bien, aun cuando se declare la nulidad del CT, no se genera la devolución de la remuneración percibida, dado que el empleador se ha beneficiado del trabajo²⁵. Por ejemplo, en el caso de un CT nulo por vicio de consentimiento, es criterio reiterado de nuestros tribunales que el trabajador reciba la contraprestación correspondiente, dado que la otra parte se ha beneficiado del fruto de su trabajo. Sobre este tema volveremos más adelante.

Cualquier persona podría solicitar la declaración de nulidad de un negocio jurídico. Empero, nuestro ordenamiento prevé una limitación. El artículo VI del título preliminar del CC indica que «Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral».

La sentencia judicial que estima una demanda de nulidad tiene carácter declarativo ya que solo se limita a comprobar la existencia de la nulidad —recordemos que estamos ante un negocio jurídico nulo *ipso iure*—. Además, dada su naturaleza, la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez (artículo 220 del CC).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el ordenamiento no siempre sanciona la nulidad en forma drástica y absoluta. En materia de nulidad, dos manifestaciones del principio de conservación del CT son los casos de conversión del negocio jurídico nulo y de nulidad parcial.

Es posible que un negocio jurídico nulo pueda ser «convertido» en uno válido si reúne ciertos requisitos. En efecto, la doctrina señala que si un negocio jurídico nulo tiene los requisitos de fondo y forma de uno diferente y se aprecia que el fin querido por las partes conduce a este otro negocio jurídico válido²⁶, puede operar la conversión. A nivel de nuestra legislación, la conversión de un negocio jurídico no

24 TABOADA, Lizardo. «Causales de nulidad del acto jurídico». *Thémis*, II, 11 (1986), pp. 71-76, p. 71.

25 GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p.107.

26 BIGLIAZZI, Lina & otros. Ob. cit., p. 1038.

está regulada expresamente; empero, una interpretación finalista del artículo 170 del CC conduciría a recoger la conversión y tutelar los intereses de las partes²⁷.

En muchos casos, en sede laboral, se aprecia que la regulación laboral prevé la conversión del convenio a uno de carácter laboral por plazo indeterminado. Por ejemplo, estamos ante los supuestos de suscripción de un convenio de prácticas pre profesionales pero que cumple los requisitos de un CT y esta es la intención de las partes: se debe considerar que estamos ante un CT.

Finalmente, en la nulidad parcial se pretende conservar la validez y eficacia del negocio jurídico en su totalidad²⁸: «la nulidad de cláusulas concretas sobre ejecución del contrato solo provoca la expulsión del contrato de tales cláusulas, pero con mantenimiento de la validez del contrato como tal». Frente a un caso de nulidad de una cláusula, el ordenamiento prevé la sustitución automática de esta ya sea por una disposición legal o convencional²⁹.

Este supuesto se puede presentar en sede laboral. Se trata de casos donde se suscriben cláusulas que contravienen las normas como una calificación indebida como personal de confianza para extender el período de prueba, una consideración no adecuada a la realidad como trabajador no sujeto a fiscalización inmediata para evitar el pago de horas extras, un pacto de permanencia mínima sin una retribución o beneficio percibido por el trabajador, etcétera. En estos casos, la nulidad de las cláusulas respectivas no acarrea la nulidad del CT.

III.2.2. La anulabilidad del contrato de trabajo

La anulabilidad es una causal de invalidez: ataca a un negocio jurídico que produce efectos jurídicos pero que, producto de una irregularidad o vicio, es susceptible de una acción que conduzca a su extinción. Los supuestos de anulabilidad están reconocidos en el artículo 221 del CC y, a diferencia de la nulidad, no hay una lista abierta sino expresa —no existe la «anulabilidad virtual»—. Sobre estos supuestos, volveremos más adelante.

La anulabilidad también cuenta con características particulares. En primer lugar, como se ha dicho, es un acto que produce efectos jurídicos. Por ello, la sentencia, a diferencia de la nulidad, tiene carácter

27 El artículo citado señala lo siguiente: «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».

28 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. cit. p. 107.

29 El artículo 224 del CC indica: «La nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando estas sean sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal».

constitutivo (artículo 222 del CC) pero, al igual que esta causal de invalidez, el negocio jurídico anulable es «nulo desde su celebración».

Por otro lado, la acción de anulación es también prescriptible. En nuestro ordenamiento, a los dos años este tipo de acciones prescribe (numeral 4 del artículo 2001 del CC). Pasado el plazo, la anulabilidad no puede ser opuesta ante una demanda de ejecución de un negocio jurídico que ingresa en esta categoría. Al ser la sentencia judicial la que constituye al negocio como nulo, pasado el término de dos años, no es posible oponer, a diferencia de la nulidad, una excepción de «anulabilidad».

La legitimidad para obrar es relativa: solo pueden demandar el afectado o interesado y únicamente a su pedido se inicia un proceso de declaración jurisdiccional de anulabilidad (artículo 222 del CC).

El principio de conservación del negocio jurídico también se manifiesta en la anulabilidad. Dada su especial naturaleza —negocio jurídico inválido que produce efectos—, puede ser «saneado». En efecto, un negocio jurídico anulable puede ser «convalidado» o «confirmado» (artículo 230 y siguientes del CC): la parte afectada puede confirmar, voluntariamente y conociendo la causal de anulabilidad, la validez del negocio anulable y, si lo hace, el negocio será «definitivamente» válido³⁰.

IV. SUPUESTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

IV.1. Supuestos de nulidad del contrato de trabajo

Para un mejor estudio de los supuestos de nulidad de un CT, seguiremos la clasificación realizada por el CC (artículo 219).

IV.1.1. La falta de manifestación de voluntad

La existencia de una voluntad declarada es esencial para la celebración de un CT. Evidentemente, si uno de los sujetos no manifiesta correctamente su voluntad, no hay un CT. El artículo 140 del CC expresa que «El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a [...]». Esta voluntad, en función al artículo 141 de este mismo cuerpo normativo, puede ser expresa o tácita. Por ello, el primer inciso del artículo 219 del CC señala que es nulo el negocio jurídico si «falta la manifestación de voluntad del agente».

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita, y si fuera expresa será escrita o verbal. Ciertamente, en caso de que sea tácita, es necesario que se aprecien rasgos o manifestaciones inequívocos, actos de

³⁰ BIGLIAZZI, Lina & otros. Ob. cit., p. 1054.

las partes, etcétera³¹. Dentro de esta genérica causal de nulidad, pueden encontrarse los siguientes casos.

IV.1.1.1. La incapacidad natural

En esta categoría se encuentran todos los casos donde el sujeto que emite su declaración de voluntad, lo hace cuando estaba, al momento de celebrar el negocio jurídico, «privado de discernimiento»³².

La incapacidad natural se produce cuando, quien emite la declaración, por motivos psicológicos o internos, no tiene la plena conciencia de estar celebrando un negocio jurídico. Muestra de ello lo constituyen los supuestos de celebración de un CT donde una de las partes estaba hipnotizada, bajo los efectos de una droga, etcétera.

IV.1.1.2. La falsificación de documentos

Esta causal es simple. Cuando un CT se celebra con las firmas falsificadas del empleador o de los trabajadores, este resulta nulo.

IV.1.1.3. La violencia física y psicológica

Cuando el CT se celebra con el empleo de violencia de una de las partes laborales sobre la otra, estamos ante una causal de nulidad. Nótese que lo trascendente no es la discrepancia entre la voluntad declarada y la interna, sino la «ausencia absoluta de voluntad»³³.

De acuerdo a la doctrina civil, la violencia física conduce a la nulidad y la psicológica a la anulabilidad. No puede asimilarse ambos tipos de violencia: en la primera, no existe posibilidad de elección de quien sufre el acto violento. Además, como apunta Díez-Picazo³⁴, en el caso de la violencia física, esta ha sido el móvil directo por el cual se celebró el negocio jurídico; en cambio, en el caso de la violencia psicológica, la característica no reside en el objeto empleado sino «en el resultado obtenido mediante él».

El CC prevé una consecuencia diferente a la señalada por la doctrina: la anulabilidad de los negocios jurídicos celebrados bajo violencia física o psicológica (artículo 214). Así, se equipara la violencia física a la psicológica —típico caso de anulabilidad, de acuerdo a lo previsto en la doctrina civil—.

El empleo de la violencia psicológica motiva la nulidad del negocio jurídico. Ciertamente, debe ser una amenaza o intimidación determinante que la jurisprudencia española usualmente ha clasificado en

31 GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p. 98.

32 TABOADA, Lizardo. Ob. cit., p. 71.

33 BIGLIAZZI, Lina & otros. Ob. cit., p. 812.

34 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial* V. Madrid: Civitas, 1979, p. 112.

cuatro características: primera, que exista una amenaza con un mal inminente y grave para el sujeto pasivo; segunda, que tal amenaza o coacción sea determinante de una declaración de voluntad contraria a la verdadera voluntad o intereses del sujeto; tercera, que la amenaza intimidativa revista matiz antijurídico; y cuarto, que la conducta de quien amenaza no sea ajustada a derecho³⁵.

El Tribunal Constitucional ha fijado uno de los tipos de despido que motiva la reposición de un trabajador, el despido fraudulento basado en una amenaza o coacción al trabajador al momento de aceptar el término de la relación laboral. En definitiva, hay un vicio de la voluntad del trabajador que motiva la nulidad del despido³⁶.

IV.1.1.4. La declaración hecha en broma

En estos casos, nos encontramos ante supuestos donde la declaración, realizada con fines didácticos, teatrales, de «jactancia», etcétera, es determinante en la celebración de un CT. Existe en doctrina y en ciertos países una causal adicional: la reserva mental. Aquí la nulidad se produce cuando el agente celebra, de manera expresa, un negocio jurídico sin declarar su verdadera voluntad. Sin embargo, teniendo en cuenta que nuestra legislación civil se afilia a la teoría, predominantemente, «declaracionista», el ocultamiento consciente de la voluntad interna no es una causal de nulidad.

Muestra de lo dicho se puede encontrar en el articulado del CC. En efecto, una interpretación de los artículos 1359 —el requisito de la conformidad de las disposiciones contractuales para la existencia del contrato—, 1361 —la obligatoriedad de los contratos con relación a lo expresado en ellos— y 1363 —la obligatoriedad del contrato para las partes y los herederos— permite inferir que la postura que adopta el CC peruano es la preeminencia de la declaración sobre la voluntad. No hay, pues, una posición «voluntarista» en el CC.

De esta forma, la reserva mental es un negocio jurídico válido y no ingresa en el tipo de falta de voluntad³⁷. Sin embargo, algunos, a partir de una posición voluntarista, estiman que la reserva mental sería un supuesto de falta de manifestación de voluntad, inmersa dentro de los casos de nulidad³⁸.

35 GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p.105.

36 En la sentencia recaída en el expediente 628-2001-AA/TC se señaló: «[...] aparece también que al pie del anverso de las liquidaciones de compensación por tiempo de servicios y de ayuda económica [...] la demandante dejó constancia que «su renuncia no fue voluntaria», y al dorso de la carta de fs. 11, mediante la cual Telefónica del Perú S.A. aceptó su renuncia [...], aparece [...]. «El presente documento no significa que la trabajadora renuncia a los beneficios y derechos que le correspondan y que judicialmente pueda iniciar»».

37 TABODA, Lizardo. Ob. cit., p. 72.

38 Por todos, ver LOHMANN, Juan. *El negocio jurídico*. Segunda edición. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 1994, pp. 123 y ss.

IV.1.2. La incapacidad absoluta

De acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 140 del CC, un elemento del negocio jurídico es el «agente capaz». Concordante con ello, el numeral 2 del artículo 219 señala que una causal de nulidad del negocio jurídico es la incapacidad absoluta. Los supuestos de incapacidad absoluta están reseñados en el artículo 43 del propio Código.

Así, estaremos ante un CT nulo si este ha sido celebrado por las personas que tienen una incapacidad absoluta: los menores de dieciséis años, los privados de discernimiento y los sordomudos, ciego sordos y ciego mudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable. La existencia de una lista de incapacidades —absolutas o relativas— tiene como correlativa causa a la seguridad del tráfico jurídico.

IV.1.3. El objeto física y jurídicamente imposible o indeterminable

El numeral 3 del artículo 219 del CC señala que es nulo el negocio jurídico cuando el objeto es física y jurídicamente imposible o indeterminable. Ello es concordante con lo establecido en el numeral 2 del artículo 140 del CC —que dispone que el objeto sea un elemento del negocio jurídico—. En esta línea, un CT donde el objeto de la prestación será laborar las 24 horas del día durante todos los días del año será nulo.

IV.1.4. El fin ilícito

La cuarta causal que encontramos en el artículo 219 es la referida al fin ilícito. El artículo 140 dispone que el fin lícito sea un elemento esencial en la configuración del negocio jurídico. Cuando el CC se refiere al fin, deberíamos entender por este a la causa del negocio jurídico. Por causa, siguiendo a estos autores, entenderíamos el fin económico y social que caracteriza al negocio jurídico como tal³⁹.

Sin embargo, teniendo en consideración lo establecido en el último literal del artículo 219 del CC, debe entenderse por fin al «querer» buscado por las partes y que está expresado en el negocio jurídico. En efecto, teniendo presente que el último supuesto del artículo 219 del CC se refiere a negocios jurídicos que contravienen una norma de orden público o buenas costumbres (artículo V del título preliminar del CC), el fin ilícito no puede asimilarse a la «causa ilícita» ya que se produciría una «duplicidad» de supuestos.

Nos explicamos. La causa ilícita se presenta si el negocio jurídico que la contiene atenta contra los supuestos contemplados en el artículo V del título preliminar del CC; por ello, el fin contemplado en el numeral que analizamos del artículo 219 se refiere a la finalidad perseguida por

39 RUBIO, Marcial. *Invalidez del acto jurídico*. p. 55 y TABOADA, Lizardo. Ob. cit., pp. 74 y ss.

las partes —finalidad subjetiva— y no a la «socialmente» relevante —finalidad objetiva—.

Por ejemplo si en un CT se pacta que una trabajadora se exhiba semidesnuda en la calle, estaríamos ante una causal de nulidad. Una consecuencia distinta fue establecida para un servicio de «captación de varones»: «hay una relación laboral entre una «señorita de alterne» y el club al que prestaba servicios, los cuales consistían en la permanencia en el mismo en horas fijas cada día a fin de captar clientes varones, mediante su atractivo, cobrando o bien un 50 por 100 de los consumos»⁴⁰.

IV.1.5. La simulación absoluta

La simulación absoluta está prevista como causal de nulidad en el numeral 5 del artículo 219 del CC. De acuerdo al artículo 190 del mismo Código, nos encontramos ante un supuesto de simulación absoluta en los casos donde «se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo».

Como destaca Neves, «la simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito»⁴¹. En este caso, hay capacidad para actuar, manifestación de voluntad, pero no se aprecia una concordancia entre voluntad interna y declarada⁴².

Hay casos donde se suscriben sendos CT y hay cotizaciones a la seguridad social, pero, en los hechos, no existe un trabajo efectivo pues los acuerdos solamente se suscribieron para acceder a las prestaciones de la seguridad social: «Se produce una apariencia externa de que un determinado contrato de trabajo existe, e incluso se dan determinadas consecuencias jurídicas propias de un contrato real y válido (cotizaciones a la Seguridad Social e, incluso en ocasiones, el reconocimiento de prestaciones)»⁴³.

La simulación, entonces, es una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, producida por un acuerdo previo de ambas partes. Si no existe este acuerdo, estamos ante «un mero disfraz que, por carencia de causa, determina la inexistencia del contrato»⁴⁴.

Además, existe otro caso de simulación, llamado relativa por la doctrina. Este supuesto está considerado como causal de anulabilidad (numeral 3

40 GIL SUÁREZ, Luis. «Validez e invalidez del contrato de trabajo (art. 9)». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100(1): *El Estatuto de Trabajadores veinte años después* (2000), pp. 351-274, p. 363.

41 NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 30.

42 GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p.99.

43 GIL SUÁREZ, Luis. Ob. cit., p. 353.

44 VIDAL SORIA, José, José MONEREO & Cristóbal MOLINA. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2007, p. 452.

del artículo 221 del CC). Aquí, a diferencia de la simulación relativa, detrás del negocio jurídico simulado, existe uno oculto. En materia laboral, usualmente se denomina a esta institución como «desnaturalización» del contrato y la consecuencia, en el marco del principio de primacía de la realidad, es que existe un CT a plazo indeterminado.

Un supuesto típico es la celebración de un contrato de locación de servicios cuando, en la realidad, se aprecian elementos de un CT (servicios subordinados por cuenta ajena) y, por ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se debe considerar que hay una relación laboral. La celebración de un contrato civil, la remisión de honorarios profesionales, así como la negación misma de los elementos esenciales del CT son irrelevantes: estamos realmente ante un CT.

En la misma línea, si un CT a plazo fijo no cuenta con la indicación expresa de la causa temporal que justifica su utilización, se debe considerar que estamos ante un CT a plazo indeterminado: «Tal omisión supone, a lo más, la conversión de modalidad, no la nulidad del contrato, que es otra cosa; pues contrato de trabajo por igual es el temporal o indefinido; su diferencia está en un elemento accidental en cualquier contrato»⁴⁵.

IV.1.6. La ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad

En la doctrina laboral, se acostumbra definir a este tipo como «faltas de formalidades para convenir»⁴⁶. La llamada formalidad *ad solemnitatem* está contemplada en el numeral 6 del artículo 219 del CC —«El acto jurídico es nulo: [...] Cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad»— y recogida como elemento esencial del negocio jurídico en el numeral 4 del artículo 140 del mismo Código.

Por ejemplo, si una empresa quiere otorgar una renta vitalicia a ciertos trabajadores de la misma en retribución por los servicios prestados y lo formaliza solo en un acuerdo privado. En este caso, teniendo en cuenta lo expresado en el artículo 1925 del CC, el acuerdo es nulo porque la renta vitalicia solo procede si se constituye por escritura pública.

En sede laboral usualmente nos encontramos ante una formalidad *ad probationem* y la celebración del CT solo podrá ser cuestionada en relación con su existencia (sistemas de video tape, grabaciones magnetofónicas, testigos, etcétera) pero no debería deducirse su nulidad inmediata. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 144 del CC: la inobservancia de una formalidad que no tiene la cláusula «bajo sanción de nulidad», representa un supuesto de formalidad *ad probationem*. No puede aplicarse el supuesto de nulidad virtual (ver *infra*

45 GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel. Ob. cit., p. 341.

46 LINARES, Juan. «Motivos de nulidad de los convenios colectivos». En *Jornadas sobre cuestiones actuales del enjuiciamiento laboral*. Madrid: IELSS, 1985, p. 524.

el punto IV.1.7.), porque en materia de formalidades, las nulidades o son expresas o no⁴⁷.

Los CT a plazo indeterminado pueden ser celebrados en forma escrita o verbal, con excepción del personal de intermediación laboral que es destacado a empresas usuarias⁴⁸. Para los CT a plazo fijo, las normas indican que deben celebrarse «necesariamente por escrito»⁴⁹ e igualmente para los CT a tiempo parcial se precisa que «necesariamente» se celebran por escrito⁵⁰ mientras que para las modalidades formativas simplemente se indica que los convenios se celebran «por escrito»⁵¹ así como para la contratación de personal extranjero⁵².

La contratación de extranjeros es la única modalidad que exige una formalidad específica y la autorización previa del Estado para que tenga efectos jurídicos⁵³. Su falta de formalidad o aprobación no genera una conversión del CT en uno a plazo indeterminado sino que se debe estimar que no genera efectos jurídicos en el ordenamiento. En este caso, si no hay autorización del CT de personal extranjero y no se observa la formalidad, estamos ante un contrato nulo de pleno derecho⁵⁴ pero si hubiera servicios que se han prestado en la práctica, no puede desconocerse que estamos ante una relación laboral y debe reconocerse la remuneración y los beneficios sociales⁵⁵.

IV.1.7. Las nulidades expresa y virtual

Los numerales 7 y 8 del tantas veces citado artículo del CC disponen que estamos ante un negocio jurídico nulo cuando la ley lo declara como tal (nulidad expresa) o cuando nos encontramos ante negocios

47 LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*, vol. I. Bogotá: Temis, 1991, p. 175 y LOHMANN, Juan. Ob. cit., p. 141.

48 El artículo 11 del decreto supremo 003-2002-TR, reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, indica: «Los contratos de trabajo celebrados entre la entidad y el trabajador destacado, sean indeterminados o sujetos a modalidad, se formalizan por escrito, y se presentan para su registro dentro de los quince (15) días naturales de suscritos [...]».

49 El artículo 72 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala «Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral».

50 El artículo 13 del reglamento de la Ley de Fomento del Empleo precisa: «El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito».

51 El artículo 46 de la Ley de Modalidades Formativas Laborales anota que «El Convenio se celebra con carácter individual y por escrito y debe contener como mínimo los siguientes datos [...]».

52 El artículo 5 de la Ley de Personal Extranjero menciona «Los contratos de trabajo a que se refiere esta Ley deberán ser celebrados por escrito, y a plazo determinado, por un período máximo de tres años prorrogables, sucesivamente, por períodos iguales».

53 El artículo 52 de la Ley de Contratación de Extranjeros destaca: «[...] El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo».

54 MARTÍN VALVERDE, Antonio & otros. Ob. cit., p. 494.

55 Sobre este tema, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha indicado que «si bien está establecido legalmente que los contratos de trabajo celebrados con extranjeros surtirán efecto a partir de la fecha de su aprobación por la autoridad administrativa competente, los servicios prestados con anterioridad a esta fecha no podrán ser desconocidos, ya que, en virtud del principio de supremacía de la realidad, prevalece la prestación de servicios realizada por común acuerdo entre las partes» (casación 452-97-CAJAMARCA).

jurídicos que incumplen disposiciones que son contrarias a normas que pertenecen al orden público o las buenas costumbres, de acuerdo al artículo V del título preliminar del CC (nulidad virtual). Todas estas normas, las expresas o genéricas, se aplican al área laboral.

Sin embargo, a diferencia del Derecho Civil, en el Derecho del Trabajo es raro encontrar una consagración expresa en relación con la sanción de nulidad. La mayor parte de las normas laborales, cuando sancionan con nulidad su inobservancia, no lo hacen de manera expresa sino virtual. Ello se justifica por el carácter eminentemente «protector» del Derecho Laboral que importa la existencia de normas mínimas (solo puede negociarse la mejora y no puede suscribirse acuerdos en contra de los «mínimos legales»).

Por ello, interesa analizar el tema de la nulidad virtual. ¿Qué significan las normas de orden público y de buenas costumbres? ¿Cómo saber cuando estamos en estos supuestos? Imposible tarea delimitadora. Sin duda nos encontramos ante estándares jurídicos y, por tal, son conceptos trascendentes, exteriores a la norma⁵⁶. Así, decir que estamos ante normas imperativas no resuelve el problema.

Creemos que deberá determinarse en cada caso la configuración de estos supuestos en función a todos los mecanismos de interpretación del Derecho: la amplitud de los términos no facilita una comprensión conceptual plena; estamos ante un concepto indeterminado pero que debe ser precisado al momento de su aplicación. Se trata de normas o principios donde solo existe una posibilidad, una forma de ejercicio que es la prevista en la norma imperativa y que usualmente se manifiesta en la nulidad de aquellos actos contrarios al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento de la persona no protege sus verdaderos intereses, a tal punto que si hubiera actuado de modo razonable hubiera mostrado su acuerdo con la prohibición del acto de renuncia⁵⁷.

Por ejemplo, una relación laboral no procede si la prestación laboral consiste en llevar drogas en el cuerpo del trabajador (es decir, trabajar como *burrier*) o para ejercer la prostitución donde también no existe un fin lícito. En un proceso judicial se resolvió la nulidad del CT porque el convenio de remuneración integral fue suscrito por una persona que no ocupaba un cargo de dirección —al momento de la firma del contrato se exigía esta condición— (casación 048-2004 LIMA):

Que, bajo este contexto, el supuesto contenido en el artículo cuarentiuno del Decreto Supremo número cero cinco —noventicinco— TR, estaba

56 DE BUEN, Néstor. Ob. cit., p. 529.

57 ÁGUILA-REAL, Jesús. «Autonomía privada y derechos fundamentales». *Anuario de Derecho Civil*, XLVI, 1 (1993), pp. 57-122, pp. 102, 122.

restringido a los trabajadores de dirección, por consiguiente, a la fecha de suscripción del contrato de trabajo no estaba permitido pactar la remuneración integral anual con un trabajador de confianza [...], por lo que deviene en nulo el contrato de trabajo del primero de mayo de mil novecientos noventa y seis; pues para que la modificatoria del artículo cuarentiuno dispuesta por el Decreto Legislativo número ochocientos cincuenticinco pueda variar la situación jurídica del actor y surtir sus efectos, la empresa a la entrada en vigencia del aludido Decreto Legislativo debió celebrar con el trabajador un nuevo pacto, lo cual no se produjo.

Y sobre este mismo tema, en otra sentencia la Corte Suprema señaló:

[...] el demandante a la fecha del primer de mayo de mil novecientos noventa y seis no ostentaba el cargo de trabajador de dirección, por lo tanto al suscribir los contratos en los que se establecía el pago por remuneración integral, colisionaba con lo dispuesto en el texto original de artículo cuarenta y uno del Decreto Supremo cero cero cinco noventa y seis-TR, consecuentemente el contrato suscrito por el demandante deviene en nulo por atentar contra normas de orden público y de obligatorio cumplimiento (casación 2023-2006 LIMA).

Otro ejemplo pueden ser los casos donde se pacte en un convenio que el trabajador no puede afiliarse a un sindicato o realizar actos que promuevan la actividad sindical: estamos ante actos nulos por afectar la libertad sindical⁵⁸.

IV.2. Supuestos de anulabilidad del contrato de trabajo

Al igual que los supuestos de nulidad, debemos acudir a las normas del Derecho Civil para describir los supuestos de anulabilidad que puede presentar un CT. Todos ellos están contenidos en el artículo 221 del CC.

IV.2.1. La incapacidad relativa

El numeral 1 del artículo 221 del CC establece que el negocio jurídico es anulable si estamos ante un supuesto de incapacidad relativa. El artículo 44 del mismo CC menciona los casos de incapacidad relativa:

los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años [...], los retardados mentales [...], los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad [...], los pródigos [...], los que incurrir en mala gestión [...], los ebrios habituales [...], los toxicómanos [...] y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil [...]

⁵⁸ Sobre los alcances de la libertad sindical ver VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Lima: OIT, 1999, pp. 26 y ss.

467

VALIDEZ Y
EFICACIA DEL
CONTRATO DE
TRABAJOVALIDITY AND
EFFICACY OF THE
LABOR CONTRACT

Las normas laborales exigen que, en el caso de los adolescentes, se cuente con una autorización de los padres para que puedan trabajar. Cabe precisar que no se trata de una representación de los padres sino de una aprobación para que sus hijos laboren pues estos últimos tienen capacidad para demandar inclusive directamente por sus derechos laborales⁵⁹. Por su lado, el trabajo de niños está vedado en el país pues se presume que no debe afectarse la educación, salud y desarrollo⁶⁰.

Si un adolescente trabajara sin tener la autorización de sus padres, creemos que estamos ante un acto subsanable en tanto los padres ratifiquen su autorización para laborar de sus menores hijos⁶¹. En otras palabras solo habría una infracción administrativa para el empleador contratante por iniciar la relación laboral sin la autorización respectiva. Si no hubiera autorización de los padres ni convalidación de los mismos, estaríamos ante un supuesto de anulabilidad del CT.

IV.2.2. Los vicios del consentimiento

De acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 221, los supuestos de vicios del consentimiento son tres: error, dolo y violencia. Como ya destacamos al describir los supuestos de nulidad, la violencia no es un vicio del consentimiento sino una causal de nulidad. En la mayoría de estos supuestos entra en juego la actitud de las partes en la negociación y celebración del CT. Nuevamente, aun cuando se declare la nulidad del CT, no corresponde la devolución de la remuneración del trabajador para evitar que se configure un enriquecimiento indebido del empleador⁶².

A continuación, analizamos los supuestos de vicios del consentimiento por separado.

IV.2.2.1. El error

En doctrina se acostumbra distinguir dos tipos de error: «obstativo» y vicio. Empecemos por el error «obstativo». Este tipo de error se produce cuando la declaración de voluntad se ha emitido correctamente pero se

59 El Código de Niños y Adolescentes (artículo 65) indica: «Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica».

60 BOZA PRO, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 156.

61 Al respecto se ha mencionado que «La contratación con un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años (trabajador con capacidad de obrar limitada por razón de edad) sin la oportuna autorización de los padres o representante legal conlleva no a la nulidad de pleno derecho, sino solo a un contrato meramente anulable» (GARCÍA VELARDE, María. Ob. cit., p. 101). En sentido contrario, se ha indicado: «Un contrato celebrado por un menor es por consiguiente, nulo de pleno derecho» (MARTÍN VALVERDE, Antonio & otros. Ob. cit., p. 492).

62 Sobre este tema, Cruz Villalón destaca: «Por medio de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto podemos percibir como trasfondo la tutela del contratante débil: el supuesto empleador ya ha obtenido la utilidad patrimonial del trabajo efectuado en tanto que quien realizó la actividad profesional no ha percibido cantidad compensatoria por ello» (CRUZ VILLALÓN, Jesús. Ob. cit., p. 108).

verifica una equivocación en la propia declaración del agente (un error en la transmisión).

Así, existe una «discordancia entre la voluntad y la declaración»⁶³. Los casos donde el empleador acepta la suscripción de una cláusula de un CT, por equivocación al momento de su declaración, pueden asimilarse a este supuesto. La consecuencia que prevé la doctrina es la nulidad⁶⁴.

De otro lado, estamos ante un error vicio cuando la voluntad se formó de manera inadecuada, «sobre la base de representaciones que no correspondían a la situación de hecho o de derecho», lo que trae como consecuencia la anulabilidad del negocio jurídico⁶⁵. Estamos, pues, ante estas causales de anulabilidad, cuando «existe una equivocada o inexacta creencia o representación mental»⁶⁶.

Un común supuesto en las relaciones laborales son aquellos casos donde el trabajador presenta documentación o destaca capacidades para poder postular a un puesto de trabajo. Y, el empleador, confiado de la capacidad del trabajador revelada en la documentación e información que presenta, opta por contratar al trabajador: «La falta de esos títulos vicia el consentimiento, pudiendo dar lugar a un error *«in persona»* o al desencadenamiento de los mecanismos de ineptitud (legal)»⁶⁷.

Ciertamente, también el error puede concentrarse no solo en las cualidades o características de las partes laborales, también puede recaer en las condiciones laborales o las cláusulas del CT tales como lugar de trabajo, remuneración básica y retribución flexible, etcétera⁶⁸.

Finalmente, como anota el artículo 201 del CC, el error debe ser «esencial» —por ejemplo, cuando recaiga sobre cualidades personales de la contraparte o del objeto del negocio— y «reconocible» —cuando una persona de normal diligencia, de acuerdo al contexto o calidad de las partes, hubiese podido advertirlo—.

IV.2.2.2. *El dolo*

Cuando una de las partes laborales, producto del engaño, celebra un CT, puede emplear los mecanismos que prevé la normativa para anular el mismo (artículo 210 del CC). En estos casos tenemos «la realización

63 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial V*, p. 122.

64 La jurisprudencia laboral ha utilizado este concepto para declarar nulo un contrato de trabajo y salvaguardar derechos de un trabajador (sentencia de fecha 23 de febrero de 1993, emitida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Lima, recaída en el expediente 3205-93-CD).

65 BIGLIAZZI, Lina & otros. Ob. cit., p. 817.

66 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial V*, p. 119.

67 VIDAL SORIA, José, José MONEREO & Cristóbal MOLINA. Ob. cit., p. 445. En la misma línea se ha indicado: «resultará, por tanto, nulo el acuerdo por el que se contrata para realizar un trabajo a una persona sin la titulación necesaria para ejercerlo» (MARTÍN VALVERDE, Antonio. Ob. cit., p. 494).

68 *Ibidem*, p. 498.

consciente y voluntaria de un acto antijurídico»⁶⁹. Un ejemplo de ello puede ser el CT que contiene una serie de obligaciones que debe realizar el trabajador a cambio de una prestación inexistente del empleador, quien, de esta forma, engañó a la contraparte. Otros casos son aquellos donde el trabajador falsifica documentos para acceder a un puesto de trabajo y, ante ello, el empleador puede optar por el término del CT pues se configura una falta grave laboral del trabajador (que incluso puede generar una responsabilidad penal).

IV.2.3. La simulación relativa, cuando el acto real que lo contiene, perjudica el derecho de terceros

De acuerdo al penúltimo numeral del artículo 221 del CC, estamos ante una causal de anulabilidad si existe una simulación relativa y el acto real que lo contiene perjudica al derecho de un tercero. Aquí, las partes negociales celebran un negocio jurídico —simulado— tratando de ocultar otro —disimulado— (artículo 191 del CC). Como ya anotamos, el negocio simulado es nulo; en cambio, el disimulado será anulable.

En el área laboral, este supuesto puede darse cuando el sindicato y la empresa celebran un convenio tratando de ocultar otro negocio jurídico que perjudica a terceros: en concreto, cuando en un convenio la empresa dona un bien mueble inscrito al sindicato, ocultando una compraventa para enervar el derecho de retracto de un copropietario del bien cedido⁷⁰. Aquí, en realidad existe una compraventa pero si se hubiera empleado esta figura contractual, el copropietario podría ejercer su derecho de retracto.

IV.2.4. La anulabilidad expresa

Como describimos anteriormente, los supuestos de anulabilidad solo pueden ser expresos. En tal sentido, cualquier cláusula del CT que transgreda una disposición que contenga la expresión «bajo sanción de anulabilidad» puede ingresar en este supuesto. Lo que dijimos sobre la nulidad es trasladable para estos casos. Resulta difícil encontrar un supuesto de anulabilidad expresa en el Derecho Laboral: toda la construcción jurídica supone la existencia de normas imperativas o dispositivas, resultando marginal la anulabilidad.

Recibido: 16/01/2012
Aprobado: 23/03/2012

69 Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial V*, p. 115.

70 El artículo 1592 del CC establece que «El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa [...]».

La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

The protection against dismissal in the evolution of the Constitutional Court jurisprudence

VÍCTOR FERRO*

Resumen: El presente trabajo parte por analizar los esquemas de estabilidad laboral recogidos en las Constituciones de 1979 y 1993, con el fin de advertir la evolución de la protección otorgada por el ordenamiento constitucional frente al despido ilícito y su plasmación legal en modelos de tutela restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización). Seguidamente, se evalúan las opciones que sobre esta materia recogen los tratados internacionales suscritos por el Perú para luego tratar la evolución de la jurisprudencia constitucional. Así, se examinan pronunciamientos en que la tutela restitutoria estuvo inicialmente orientada a proscribir el despido que agravió derechos fundamentales, para luego analizar fallos recientes en los que se concede dicha tutela frente al despido injustificado, configurándose, por esta vía, un modelo de estabilidad laboral distinto al establecido por la Constitución de 1993.

Palabras clave: Constitución de 1993 – estabilidad laboral – protección – despidos – reposición – tutela restitutoria – indemnización – tutela resarcitoria – Tribunal Constitucional – Protocolo San Salvador – derechos fundamentales – razonabilidad y tipicidad

Abstract: This paper is based on the analysis of the job security schemes embodied in the Constitutions of 1979 and 1993, so as to point out the evolution of the protection granted by the constitutional system against unlawful dismissal and the legal application thereof to the models of restitutory protection (reinstatement) or compensatory protection (indemnification). Then, an analysis is made with respect to the options covered in this field by the international treaties executed by Peru and the evolution of different constitutional case law. Thus, judgments in which restitutory protection was initially oriented to outlaw the dismissal that violates fundamental rights are examined, in comparison to recent rulings in which such protection is granted against unlawful dismissal, resulting in a labor stability model different from the one set forth by the 1993 Constitution.

Keywords: 1993 Constitution – job security – protection – dismissals – reinstatement – restitutory protection – indemnification – compensatory protection – Constitutional Court – San Salvador Protocol – fundamental rights – reasonableness and legal description

* Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.- II. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN EL CONVENIO OIT 158 Y LA TUTELA RESSTITUTORIA Y RESARCITORIA.- IV. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 DESDE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.- V. EL DESPIDO ARBITRARIO A TRAVÉS DE SUS DISTINTAS VARIANTES: EL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO INJUSTIFICADO.- V.1. EL DESPIDO INCAUSADO Y LA LÓGICA JURÍDICA EN LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CASOS: COSSIO TAPIA, FETRATEL, LLANOS HUASCO Y BAYLÓN).- V.2. RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA JUSTICIA LABORAL ORDINARIA.- V.3. LA INCONSISTENCIA DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS DE PERSONAL DE DIRECCIÓN O CONFIANZA.- V.4. EL RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS).- V.5. LA INCERTIDUMBRE RESPECTO DEL DESPIDO DEL PERSONAL CON JORNADA MENOR A CUATRO HORAS.- VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LUEGO DEL CASO BAYLÓN.- VI.1. FALTA DE TIPICIDAD: EXAMEN DE LA FALTA GRAVE O CALIFICACIÓN DEL DESPIDO.- VI.2. FALTA DE PROPORCIONALIDAD, RAZONABILIDAD Y/O AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO.- VII. DESPIDO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

INTRODUCCIÓN

La regulación de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador es, claramente, el tema más polémico en nuestro sistema de relaciones laborales. La mayor o menor eficacia del ámbito de protección ante el despido ilícito, la tutela resarcitoria, que indemniza al trabajador, o la tutela restitutoria, que determina la reposición en el empleo, han sido aspectos cruciales de las relaciones laborales que han polarizado las posiciones de empleadores y trabajadores.

Desde su instauración en la década del setenta, en que se estableció la denominada estabilidad laboral absoluta, hasta los esquemas flexibles de contratación temporal implementados en nuestro ordenamiento en los años noventa conjuntamente con la regulación de la estabilidad laboral relativa, es ostensible que los interlocutores sociales no han llegado a consensos básicos sobre los aspectos centrales de este derecho.

Para el sector laboral, las posibilidades de despido deberían encontrarse rigurosamente limitadas en la legislación, acentuándose la tutela restitutoria a opción del trabajador. Para el sector empresarial, cualquier restricción a su prerrogativa de extinción unilateral del vínculo laboral constituye una afectación a la libertad de empresa con el consiguiente perjuicio a su capacidad de organización del centro de trabajo. Se cuestiona, a su vez, que la reposición constituye un cumplimiento

473

LA PROTECCIÓN
FRENTE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

forzoso de una obligación de hacer —lo que entraña una inconsistencia jurídica— y se destaca que el esquema predominante en el derecho comparado corresponde a la denominada estabilidad relativa. Se afirma, igualmente, que derechos laborales rígidamente plasmados en la ley solo se aplican a un número escasamente significativo de la población económicamente activa y de ahí que incentiven la informalidad.

La plasmación del derecho a la estabilidad laboral en un determinado ordenamiento exige, a su vez, que otros institutos jurídicos sean desarrollados de manera consistente. En efecto, carecería de eficacia un firme derecho a la conservación del empleo, si, paralelamente, la ley no limitase la contratación modal a supuestos de causalidad objetiva. De no ser así, es previsible que el empleador opte por la contratación modal de corto plazo y que recurra al expeditivo recurso de no renovar el contrato de trabajo cuando desee extinguir la relación laboral, evitándose con ello la justificación y acreditación de su decisión extintiva. Paralelamente, la existencia de un régimen de la estabilidad laboral obliga a que la subcontratación, a través de mecanismos de tercerización o intermediación laboral, opere bajo supuestos de excepcionalidad o causalidad. De otro modo, el empleador optaría por recurrir a contratistas para que le suministren personal, el cual, a su vez, sería contratado a plazo fijo, con la salvedad que la no renovación del contrato sería formalmente ejecutada por el contratista, pero ordinariamente decidida por la empresa principal. Más aun, esta incluso podría prescindir del contratista, y con ello generar la desvinculación del personal, cuando lo que en realidad estaría implementando es un cese colectivo de los trabajadores destacados a su centro de trabajo.

Por análogas consideraciones, la limitación en el período de prueba, la contratación a tiempo parcial y el mecanismo de cese del personal de dirección y confianza son objeto de regulación particular, precisamente porque suele estimarse que en tales escenarios la estabilidad laboral debe operar de manera particular.

I. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

El derecho a la estabilidad laboral tiene sus raíces en el principio de continuidad de la relación laboral que consagra el derecho del trabajador a permanecer en el empleo. Como señala Horacio de la Fuente, el derecho a la estabilidad laboral consiste en una garantía jurídica para la conservación del empleo, pudiendo variar el modo o la forma con la que se protege este derecho y, por ende, su eficacia¹. Pasco, por su

1 DE LA FUENTE, Horacio. *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*. Buenos Aires: Víctor López de Zavala, 1976, p. 19.

parte, define a la estabilidad laboral como «la garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legalmente justificada para su extinción»². De ahí, pues, que existen distintas vías conforme a las cuales opera la estabilidad en el empleo a lo largo de la relación laboral, identificándose una estabilidad de entrada y otra de salida, cada una, a su vez, con distintos subesquemas.

Así, la estabilidad laboral de entrada erige una primera barrera de protección destinada a la conservación del empleo con base a la preferencia por la contratación a plazo indefinido, mientras que la contratación temporal será regulada en vía de excepción y limitada a supuestos demostrables objetivamente. Una segunda protección consistirá en la determinación del período adquisitivo del derecho a la estabilidad laboral a través de la regulación tanto del plazo del período de prueba como de los casos de exoneración del mismo.

A ello se agregan limitaciones en la contratación indirecta de personal, conforme a las cuales, en caso de desnaturalización de los supuestos legales aplicables, se reputará que la relación laboral de los trabajadores involucrados debe entenderse con la empresa principal.

Por su parte, la estabilidad laboral de salida se configura como una garantía destinada a limitar la capacidad extintiva del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. La eficacia de la protección prevista por el ordenamiento estará conectada con las consecuencias que se generen en caso que el trabajador sea objeto de un despido ilícito, respecto del cual podrá operar la tutela restitutoria, también denominada estabilidad absoluta, o la tutela resarcitoria, también denominada estabilidad relativa. Recogiendo el esquema planteado por Ermida, la estabilidad absoluta será aquella que considere nulo el despido sin causa y por ende determine la reincorporación del trabajador³. En cambio, la estabilidad relativa concederá eficacia al despido sin justa causa, extinguiendo el vínculo laboral sobre la base del pago de una indemnización. Esta variante es la que cuenta con recepción predominante en el derecho comparado.

La promulgación de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por el decreto legislativo 728 del año 1991 (LFE), introdujo una modificación sustancial en el modelo de estabilidad laboral absoluta vigente hasta ese entonces en el Perú.

Dentro de las modificaciones más destacadas, cabe notar la variación del esquema de estabilidad laboral de salida, al otorgar al despido

2 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «Estabilidad en el empleo y contratación precaria». En *Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla: noviembre de 1987, pp. 37-76, p. 39.

3 ERMIDA URIARTE, Óscar. *La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia?*. Montevideo: Acace, 1983, p. 31.

incausado o injustificado eficacia extintiva de la relación laboral. De esta forma, la tutela restitutoria resultó limitada a supuestos de despidos discriminatorios vía la calificación de la nulidad del despido por la justicia laboral ordinaria. Así, el legislador optó por la predominancia de la estabilidad relativa, mientras que la estabilidad absoluta quedaba reservada a despidos particularmente odiosos.

Con la promulgación de la Constitución de 1993, el derecho a la protección contra el despido es trasladado del capítulo de Derechos Fundamentales —en el que lo ubicaba la Constitución de 1979— al capítulo relativo a los Derechos Sociales y Económicos. Conforme a este esquema, el artículo 22 de la Constitución establece que el trabajo es un deber y un derecho; para luego señalar en su artículo 27 que «la ley otorgará adecuada protección contra el despido arbitrario». De esta forma, respecto a la protección contra el despido, el constituyente efectúa una reserva de ley y, como bien señala Blancas, «el citado artículo 27° podría catalogarse más bien como un derecho de configuración legal, que es aquella categoría de derechos previstos por las Constituciones en los que la posibilidad del ejercicio de derecho se hace pender de un necesario desarrollo legislativo»⁴.

Cabe destacar que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) asumieron pacíficamente que la adecuada protección prevista por el marco constitucional se encontraba adecuadamente recogida por la LFE, la cual, conforme ya se adelantó, preveía la reposición o tutela restitutoria en los casos de nulidad de despido, esto es, despidos discriminatorios, mientras que la tutela resarcitoria operaba para los demás casos. No obstante, como veremos más adelante, este esquema fue modificado en el año 2002 como resultado de un significativo cambio de criterio por parte del TC.

En resumen, pues, el régimen de protección contra el despido en nuestro ordenamiento es uno de consagración constitucional pero de configuración legal, habida cuenta que el constituyente optó porque sea la ley la que desarrolle el alcance efectivo de este derecho y la tutela aplicable al mismo.

II. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El derecho a la estabilidad laboral como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empleador ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales.

4 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 544.

Así, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 —aprobada por el Perú mediante resolución legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1948— se proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de protección: «Art. 23. Toda persona tiene *derecho al trabajo*, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la *protección* contra el desempleo»⁵.

Análogamente, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —aprobado por el Perú mediante el decreto ley 22129— dispone lo siguiente: «Art. 6. Los Estados Parte del presente Pacto reconocen *el derecho a trabajar*, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y *tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*»⁶.

Sobre este aspecto, Canessa señala que, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha pronunciado en el sentido que los Estados deben prever «adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso»⁷.

En el ámbito regional europeo, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea establece lo siguiente:

Art. 1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: acceso al empleo, *protección contra el despido* y reinserción profesional⁸.

De lo expuesto surge que tanto el derecho al trabajo como la protección contra el despido cuentan con firme reconocimiento en diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, cabe destacar que los mismos no establecen un esquema especial de tutela contra el despido, vale decir, una opción resarcitoria (estabilidad relativa) o una opción restitutoria (estabilidad absoluta). De ahí que se advierta que tales opciones dependerán del modelo constitucional y legal establecido en cada ordenamiento, sin perjuicio que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales correspondientes.

5 Las cursivas son nuestras.

6 Las cursivas son nuestras.

7 CANESSA MONTEJO, Miguel. «La protección contra el despido en el Derecho Internacional». En: OJEDA AVILÉS, Antonio & otros. *Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. Lima: ARA Editores, 2009, pp. 291-309, p. 293.

8 Las cursivas son nuestras.

III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN EL CONVENIO OIT 158 Y LA TUTELA RESTITUTORIA Y RESARCITORIA

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con diversos instrumentos relativos a limitar la voluntad extintiva de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en los cuales se constata como común denominador la exigencia de la causalidad del despido, conforme precursoramente ya preveía la recomendación 119 adoptada el 26 de junio de 1968. Posteriormente, en 1982 el Convenio OIT 158 sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, es estructurado sobre la necesidad de que la terminación de la relación de trabajo se fundamente en causa justificada. Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) señaló que «al adoptarse este principio (de causalidad del despido) el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización»⁹. Repárese que la indemnización a que alude la CEACR estaría referida a la que correspondería por omisión del pre aviso en mención y no así a la tutela resarcitoria que podría resultar de un despido ilícito por incausado.

En efecto, en lo que se refiere a las consecuencias derivadas de un despido injustificado, el artículo 10 del referido convenio expresamente señaló:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada 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.

De esta forma, el Convenio OIT 158 establece claros lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela restitutoria (reposición) como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo, mientras que la tutela resarcitoria (indemnización) operará en defecto de la anterior conforme haya sido regulada por la legislación nacional. Así, y aun cuando se otorgue preferencia a la readmisión en el empleo, el artículo 10 del Convenio OIT 158 preserva la posibilidad de que el ordenamiento establezca distintos tipos de reparación frente al despido, entre los que se incluye la tutela resarcitoria.

⁹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEACR). *Informe sobre la protección contra el despido injustificado*. Ginebra, 1995, p. 76.

IV. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 DESDE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

La Constitución de 1993 consagra que el trabajo es un deber y un derecho, además de ser base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22 capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos). Según Neves, este artículo admite una acepción genérica y otra específica:

De este modo, en su acepción genérica se entenderá que la Constitución ha consagrado un derecho de preceptividad aplazada, dado que para ser exigido necesita un desarrollo infraconstitucional; mientras que, en la específica, tiene carácter de preceptividad inmediata, siendo exigible por el solo texto constitucional¹⁰.

Asimismo, puede inferirse que el derecho al trabajo, previsto en el artículo 22 de la Constitución de 1993, también consagra el derecho a conservar el empleo, toda vez que al ser el derecho al trabajo la base del bienestar social de la persona, el modelo de estabilidad laboral de salida limitará la voluntad extintiva del empleador.

Ahora bien, el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario previsto en la Constitución de 1993, sea en la modalidad de despido *ad nutum* (aquel que solo se basa en la voluntad del empleador) o el despido injustificado (aquel cuya causa no se demuestra en juicio), se previó igualmente como un derecho de preceptividad aplazada, derivando a la ley el establecimiento del correspondiente régimen de tutela.

De este modo, pues, el modelo de protección frente al despido arbitrario previsto en la LFE no resultaba *per se* contrario al mandato constitucional, no obstante que admitía el despido incausado, pero lo sancionaba con el pago de una indemnización. En efecto, la LFE había establecido dos mecanismos de protección frente al despido ilícito, al disponer, de modo general, una tutela restitutoria para los despidos nulos —aquellos que obedecían a motivos discriminatorios— mientras que para los demás operaba la tutela resarcitoria, esto es una reparación económica. En otras palabras, se erigió un modelo dual de estabilidad laboral relativa para los despidos ilícitos por injustificados e incausados; y de estabilidad laboral absoluta para los despidos ilícitos por nulos.

¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. «Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho a la Estabilidad en el Trabajo». *Derecho & Sociedad* (revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), 17 (2001), pp. 24-26, p. 25.

Ahora bien, corresponde evaluar si los modelos de estabilidad laboral adoptados por el Perú, como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva del empleador, cumplen con los parámetros fijados en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos sobre la materia. Como ya se ha visto, los instrumentos internacionales analizados consagran el derecho al trabajo, pero no disponen una única alternativa, exclusiva y excluyente, respecto a las medidas reparadoras o de protección contra el despido ilícito. Sin embargo, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) ambos ratificados por el Perú, sí se proclamaron parámetros específicos para la protección del derecho al trabajo al mismo tiempo que se le reconoce como un Derecho económico social y cultural.

En particular, en lo relativo al derecho al trabajo y a la protección contra el despido, el Perú quedó obligado a lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador:

Art. 7.– Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo

Los estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo [...] supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, para lo cual dichos 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 casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional*¹¹.

Ciertamente, desde el 16 de noviembre de 1999, en que el Protocolo de San Salvador alcanza el número de ratificaciones necesario para entrar en vigor, forma parte del ordenamiento legal peruano, conforme a lo expresamente señalado por el artículo 55 de la Constitución vigente.

En consecuencia, el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, consagrado en el artículo 27 de la Constitución y desarrollado por vía legislativa en el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), quedó además configurado dentro de los alcances previstos en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador. En efecto, conforme a la cuarta disposición final

11 Las cursivas son nuestras.

de la Constitución «las normas relativas a los derechos de las libertades que la Constitución reconocen se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». De ahí que los modelos de reparación frente al despido ilícito por injustificado, incausado o nulos, previstos en la LPCL, y en su antecedente la LFE, resultaban compatibles con los lineamientos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y del Protocolo de San Salvador.

V. EL DESPIDO ARBITRARIO A TRAVÉS DE SUS DISTINTAS VARIANTES: EL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO INJUSTIFICADO

Como ha quedado señalado, la Constitución de 1993 estableció una reserva de ley respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha jugado un rol protagónico en la configuración del régimen de estabilidad laboral en el país, al haber calificado de inconstitucional el despido *ad nutum* previsto en la LPCL respecto del cual la ley había previsto únicamente la tutela resarcitoria. A su vez, el TC ha clasificado los despidos arbitrarios o ilícitos en incausados, fraudulentos o nulos. Por esta razón, cabe efectuar una revisión de las principales sentencias sobre las cuales se ha construido el actual régimen en materia de despidos.

V.1. El despido incausado y la lógica jurídica en los criterios del Tribunal Constitucional (Casos: Cossio Tapia, Fetratel, Llanos Huasco y Baylón)

El primer antecedente relevante sobre esta materia corresponde al caso Cossio Tapia (expediente 1112-98-AA/TC) en el cual el TC, acertadamente, hace la precisión de que no realizaría una calificación del despido en los términos de la LFE sino que verificaría si el despido lesionaba un derecho fundamental. En este supuesto, corresponderá otorgar la cautela restitutoria en razón que el proceso constitucional de amparo importa reponer las cosas al estado anterior a la afectación del derecho fundamental. En este proceso, el TC estimó que en la medida que en la carta de imputación de falta grave no se cumplió con identificar los hechos que fundamentaban la falta, se había lesionado el principio de tipicidad y, por ende, su derecho de defensa que son aspectos constitutivos del derecho al debido proceso. En consecuencia, señaló:

la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales [...] trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo

22 de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad.

Luego, con fecha 11 de setiembre de 2002, y mediante la sentencia recaída en el caso Fetratel (expediente 1124-2001-AA/TC), el TC determina la incompatibilidad del despido incausado (previsto en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL) con el derecho al trabajo (consagrado en el artículo 22 de la Constitución). El TC estimó que el derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido resulta desconocido cuando por vía legislativa se admite el despido incausado, lo cual atenta contra el contenido esencial del derecho al trabajo entendido como el derecho a no ser despedido si no es por justa causa. Más aun, el TC señaló que la postura adoptada constituye un nivel de protección superior al consagrado en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador.

Posteriormente, mediante sentencia del 13 de mayo de 2000 expedida en el caso Eusebio Llanos Huasco (expediente 976-2001-AA/TC), el TC consolidó su criterio al establecer que ante el despido incausado el trabajador puede optar por la vía restitutoria, la cual, vía el proceso de amparo, le permite su reposición en el empleo.

Sin embargo, como hemos mencionado en otro trabajo¹², dicho criterio resultaba controversial toda vez que tanto el despido incausado como el injustificado resultan igualmente ilícitos. Por ende, no parece consistente concluir —en la línea del criterio del TC— que procede la readmisión ante el despido incausado y no así en el injustificado.

Lo cierto, sin embargo, era que el esquema de protección frente al despido vigente en nuestro país (pago de la indemnización en los casos de despido injustificado e incausado; y reposición en los casos de despido nulo) superaba perfectamente, a nuestro entender, un control de convencionalidad, conforme al cual las normas internas deben ser interpretadas con base a las obligaciones internacionales asumidas por el Perú a raíz de la suscripción del Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador.

Sobre este particular, cabe traer a colación la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano* y otros *versus* Chile, en que se señaló

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella [...] En otras palabras, el Poder Judicial

12 Ver FERRO DELGADO, Víctor. «Unificación de la doctrina jurisprudencial laboral y constitucional». Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Arequipa: SPDTSS, noviembre de 2006.

debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por esta razón, estimamos que al analizar la constitucionalidad de las disposiciones de la LPCL con la Constitución, el TC debió concluir que el modelo de protección previsto en la ley era compatible con el modelo dispuesto en el Protocolo de San Salvador, en cuanto este instrumento admite la reposición o la indemnización, según haya sido así previsto en las legislaciones nacionales.

Seguidamente, al clasificar los despidos arbitrarios por ilícitos en nulos, incausados y fraudulentos, el TC acotó que estos despidos resultaban lesivos al derecho constitucional al trabajo, por lo que se encontraban viciados de inconstitucionalidad. A su vez, el TC señaló que mediante el proceso de amparo no se efectúa una calificación del despido arbitrario en los términos de la LPCL, esto es, si procede la reposición o la indemnización, sino la evaluación en sí misma de si el despido resulta lesivo de los derechos fundamentales.

Luego de la masificación de los procesos de amparo en materia laboral (el neologismo más adecuado parece ser el de «amparización» de los reclamos laborales en materia de despido), se promulga el Código Procesal Constitucional, que estableció que dicho proceso tiene naturaleza residual. Posteriormente, a través de la sentencia recaída en el caso César Antonio Baylón Flores, expediente 206-2005-AA/TC, el TC pasa a establecer con carácter de precedente vinculante determinadas reglas para la procedencia del amparo: solo procederán las demandas de amparo en materia laboral que se sustenten en despidos nulos, incausados o fraudulentos, en caso que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. A su vez, el TC precisó que el proceso de amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido cuando se trate de hechos controvertidos o, cuando existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de mayores elementos probatorios.

No obstante, y como veremos más adelante, el TC no se viene sujetando a su propio precedente vinculante, habida cuenta que en diversos fallos dispone la readmisión en el empleo con base a la ponderación de la causa justa del despido.

V.2. Recepción de los criterios del Tribunal Constitucional en la justicia laboral ordinaria

Los fallos del TC y en particular el precedente vinculante emitido en el caso Baylón Flores (expediente 0206-2005-PA/TC) ya han tenido eco en

483

LA PROTECCIÓN
FRENTE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

sede de la justicia laboral ordinaria. En efecto, en el fundamento jurídico 5 de la sentencia recaída en el expediente Baylón, el TC señaló que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios, quienes incluso están facultados a aplicar el denominado control difuso conforme establece el artículo 138 de la Constitución.

Así, con base a dicho criterio, en sede ordinaria ya se ha adoptado postura respecto a la admisión a trámite de demandas de despido fraudulento destinadas a obtener la tutela restitutoria, a pesar que con base a lo señalado en el artículo 34 de la LPCL, y a lo prescrito en la Ley Procesal del Trabajo, en la vía laboral ordinaria solo cabe la reposición en los casos de nulidad de despido por las causales prescritas en el artículo 29 de la LPCL y la indemnización en todos los demás casos. Dicho en otros términos, el cuestionamiento de un despido presuntamente fraudulento ante la justicia laboral ordinaria solo podría recibir el tratamiento de un proceso de impugnación de despido y, por ende, acceder a la tutela resarcitoria y sin embargo ya vienen surgiendo criterios que admiten la tutela restitutoria en esta vía jurisdiccional.

En efecto, y no obstante la limitación legal antes acotada, mediante Acuerdo de Sala Plena de Chiclayo del 6 de junio de 2009 se ha adoptado el acuerdo de conceder tutela restitutoria frente al despido fraudulento tramitado en la vía ordinaria; e, igualmente, el 19 Juzgado Laboral de Lima (expediente 0028-2007) ha declarado fundada una demanda por despido fraudulento ordenando la reposición del trabajador. Si bien puede estimarse que tanto el acuerdo como el fallo judicial comentado son consecuentes con lo señalado por el TC, no puede dejar de señalarse que este hecho conduce a un derrotero evidente, esto es, el paulatino restablecimiento de un modelo de estabilidad laboral no recogido en la Constitución pero que surge como resultado de los criterios emanados de los pronunciamientos del TC. En efecto, bastará con invocar la existencia de un despido fraudulento —lesivo al derecho constitucional al trabajo conforme al criterio del TC— para que se desplacen los mecanismos de protección contra el despido previstos en la LPCL, esto es, el pago de la indemnización por despido injustificado, para dar paso a la reposición.

V.3. La inconsistencia de los fallos del Tribunal Constitucional en casos de personal de dirección o confianza

El TC declaró contrario a la Constitución el marco de protección previsto por el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL contra los despidos incausados, respecto de los cuales la LPCL prevé el pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido

a consecuencia del despido. Sin embargo, respecto del personal de dirección y de confianza, se valida el despido por retiro de confianza sin que medie otra justificación y se establece que, para dichos casos, la adecuada protección consiste en el pago de la indemnización por despido.

El TC ha considerado que «los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con la realización de sus fines, y con su dirección, administración, entre otras actividades» (Sentencia del TC 2358-2005-PA). En consecuencia, la pérdida de confianza constituye motivo suficiente para que opere la extinción del vínculo laboral. Así, el TC, ha señalado:

16. [...] si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (expediente 0351-2006-PA/TC).

Debe hacerse notar que, ciertamente, la LPCL no ha previsto una causal de extinción del contrato de trabajo por pérdida de confianza, sino que esta resulta de la interpretación jurisprudencial del TC, sin que en este supuesto resulte exigible señalar una causa justa de despido. En términos prácticos, el TC no considera en este caso que el despido *ad nutum* resulte lesivo al contenido esencial del derecho al trabajo desarrollado en su jurisprudencia y, por ende, admite la exclusión de una categoría de trabajadores, no obstante que sus pronunciamientos enarbolean que la causalidad del despido integra el núcleo duro del derecho constitucional al trabajo.

V.4. El régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

La exigencia de causalidad de despido, que a juicio del TC surge del derecho del trabajo consagrado en el artículo 22 de la Constitución, adopta un contraste llamativo cuando se trata de definir el mecanismo de protección contra el despido que corresponde a los trabajadores sujetos al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios en el sector público. En efecto, para estos casos, el TC convalida que un trabajador pueda ser despedido sin expresión de causa con cargo al pago de la indemnización por despido. Más aun, sostiene que este régimen sustantivo reparador de eficacia resarcitoria es compatible con el derecho a la adecuada protección contra el despido prescrito en el

artículo 27 de la Constitución (literal c. del fundamento jurídico 7 de la sentencia del TC 03819-2009-AA).

Así, pues, resulta revelador que los criterios protectores esgrimidos por el TC sean, por lo menos, dialécticos con relación a lo establecido en el caso Fetratel. No parece, pues, consistente que una amplísima categoría de trabajadores comunes (ya no de dirección o confianza) se encuentre fuera del ámbito de protección del núcleo duro con el que se pretende configurar al derecho al trabajo, esto es, a no ser despedido sin justa causa. En buena cuenta, conforme al criterio del TC, los trabajadores del CAS están excluidos del contenido esencial del derecho al trabajo que en otros pronunciamientos del mismo TC propugnan.

V.5. La incertidumbre respecto del despido del personal con jornada menor a cuatro horas

La LPCL dispuso que para la configuración del derecho a la estabilidad laboral de salida, esto es, el derecho a que el despido deba estar fundamentado en una causa justa relacionada a la capacidad o conducta, el trabajador debe laborar cuatro o más horas diarias para un mismo empleador (artículo 22 de la LPCL). Con ello, la LPCL no reconoce efectos resarcitorios ni restitutorios a los trabajadores que cumplen jornadas inferiores a cuatro horas diarias y que hayan sido objeto de un despido sin expresión de causa.

Empero, con base en el criterio del TC respecto a la inconstitucionalidad del despido *ad nutum*, debería concluirse igualmente que tales despidos lesionan el contenido esencial del derecho del trabajo, por lo que, de promoverse una demanda de amparo, el trabajador afectado podría obtener la reposición en su puesto de trabajo, a pesar de que la misma LPCL no estableció dicho mecanismo de protección. Es, pues, previsible que aquí podría surgir también un nuevo supuesto de reposición en el empleo, no previsto en la legislación respecto de los trabajadores que prestan servicios a tiempo parcial.¹³

VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LUEGO DEL CASO BAYLÓN

Como ya se precisó en el caso Baylón, el TC estableció determinadas reglas de procedencia del proceso de amparo en materia laboral, limitando el conocimiento de las causas a los casos de despidos nulos, incausados y fraudulentos. Estableció así que el amparo no será la vía idónea en aquellos casos que se cuestione la causa justa de despido, o cuando se requiera la actuación de una intensa actividad probatoria

485

LA PROTECCIÓN
FRENTE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

¹³ *Ibidem*, p. 481.

para determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la causa justa de despido.

Sin embargo, a pesar de que dichas reglas fueron establecidas a través de un precedente vinculante de observancia obligatoria, el TC se aparta frecuentemente de su propio precedente sin pasar a establecer uno nuevo, con todo lo que ello implica en materia de seguridad jurídica. Así, en los hechos se evidencia, cada vez con mayor frecuencia, que el TC efectúa el análisis que correspondería al juez laboral ordinario llamado a pronunciarse respecto a la justificación del despido. Para ello, el TC recurre a calificar como despido fraudulento lo que en rigor correspondería a un despido injustificado por causa no acreditada en el proceso, o procede a sustentar su pronunciamiento en que el despido adolece de falta de tipicidad, proporcionalidad o debido proceso sustantivo, no obstante que no se evidencie afectación a derechos fundamentales.

VI.1. Falta de tipicidad: examen de la falta grave o calificación del despido

En diversos pronunciamientos, el TC ha otorgado la calificación de despido fraudulento a aquellos despidos cuya causa imputada por el empleador no ha sido demostrada en juicio, no obstante que en otros fallos ha sido enfático en puntualizar que en la vía de amparo no se realiza una calificación del despido. En efecto, el TC procede a evaluar si los hechos imputados por los empleadores se subsumen en las faltas graves tipificadas en el artículo 25 de la LPCL, para que, en caso contrario, estime que ha existido una infracción al principio de tipicidad y, por ende, que el despido califica como fraudulento.

Diversas sentencias evidencian dicha posición. En la sentencia del TC 05185-2009-AA/TC se discutió si la falta de entrega por parte de la trabajadora de los certificados de incapacidad temporal para el trabajo (CITT), que a pesar de de los reiterados requerimientos de su empleador la trabajadora no cumplía con presentar —impidiendo así al empleador recuperar de Essalud el subsidio por incapacidad que le venía abonando a lo largo de varios meses— constituía un incumplimiento de obligaciones de trabajo que implican el quebrantamiento de la buena fe laboral, disposición de bienes del empleador y reiterada resistencia a órdenes del empleador, a que se refiere el inciso a) del artículo 25 de la LPCL (caso Escudero Vigil). Al respecto, el TC señaló:

EJ. 6 (...) [...] corresponde evaluar si los hechos imputados se subsumen en las faltas tipificadas en los incisos a) y c) del artículo 25° del D.S. 003-97-TR, imputadas a la demandante.

[...]

10. [...] es válido concluir que, en el presente caso, la demandante ha sido objeto de un despido fraudulento porque los hechos imputados no están previstos legalmente como faltas graves [...]. Con este proceder la demandada ha inobservado el principio de tipicidad, el cual limita la potestad de las entidades en el marco de la aplicación de sanciones.

En la sentencia del TC 02893-2009-AA/TC, se discutió el despido de una trabajadora por haberse ausentado tres días consecutivos a su centro de trabajo, previsto en el inciso h) del artículo 25 de la LPCL. Al respecto, en los fundamentos jurídicos 3 y 5, el TC indicó lo siguiente:

3. Conforme a lo señalado en el fundamento anterior, a la demandante se le imputa haber faltado injustificadamente 3 días [...] lo cual contraviene lo dispuesto por el artículo 25.h del Decreto Supremo 003-97-TR, que establece como causa justa de despido «el abandono del trabajo por más de tres días consecutivos».

[...]

5. En el presente caso [...] queda acreditada la configuración de un despido fraudulento, razón por la que procede estimar la demanda, al haberse vulnerado el derecho al trabajo en agravio de la demandante, porque nunca abandonó su puesto de trabajo por más de tres días consecutivos para que sea despedida válidamente.

A su vez, en el fundamento jurídico 6 de la sentencia del TC 02240-2011-PA/TC, se indicó:

[...] Siendo así este Tribunal concluye que el demandante no ha sido objeto de un despido fraudulento, por cuanto no se le ha imputado la comisión de hechos falsos o imaginarios, por tanto procederá a analizar si la información que brindó el demandante sobre el que era su centro de trabajo, originó el quebrantamiento de la buena fe laboral que debe existir entre un trabajador y su empleador, pues de ser así estaría justificado su despido.

En el mismo sentido, en la sentencia del TC 01420-2008-PA/TC, en la que se examinó si un jefe de almacén tenía responsabilidad por el retiro de algunos productos sin haber actuado con la diligencia necesaria en la salida de los mismos, el TC analizó si los hechos expresados en la imputación de falta grave configuraban las causales tipificadas en los incisos a) y c) del artículo 25 de la LPCL. Culminado dicho examen, el TC estimó se trataba de un despido fraudulento por considerar que los hechos imputados como faltas graves eran inexistentes, no obstante que los mismos no estaban en controversia sino la determinación respecto a la configuración de las faltas graves que motivaron el despido.

Como es notorio, el TC ya no solo agota su análisis en la existencia de un despido fraudulento, sino que además pasa a analizar si los hechos

invocados guardan correspondencia con el supuesto previsto en la ley. Claramente, este análisis no se condice con los criterios contenidos en el caso Baylón. En efecto, en todos los casos citados se invocaron las faltas graves contempladas en la ley por lo que no existió, propiamente, falta de tipicidad. Distinto es que pueda estimarse que exista inadecuación entre el supuesto de hecho y la norma legal citada, en cuyo caso se habrá producido un despido injustificado, pero no un despido que adolece de tipicidad. Por el contrario, atribuirle a esta inadecuación la característica de un despido fraudulento por falta de tipicidad, implica, simplemente, trasladar a la justicia constitucional la evaluación de la justificación del despido, no obstante que el precedente vinculante de Baylón, sustentado en el caso Llanos Huasco, había establecido que en la vía de amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de la causa justa de despido.

De estos pronunciamientos, se logra advertir la orientación adoptada por el TC, conforme a la cual un despido cuya causa no se logre acreditar en juicio (lo que calificaría como un despido injustificado al que en la vía ordinaria le correspondería la tutela resarcitoria), al ser discutido en un proceso de amparo genera que se conceda la reposición en el empleo.

VI.2. Falta de proporcionalidad, razonabilidad y/o afectación al debido proceso sustantivo

En la sentencia del TC 03169-2006-PA/TC, se discutió el despido de un trabajador del Municipio de Chorrillos despedido por negarse a someterse al dosaje etílico, no obstante evidenciar síntomas de haber ingerido alcohol. El fundamento jurídico 15 de la sentencia estableció lo siguiente:

Por ello este Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en el fundamento que precede, al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada.

En la sentencia del TC 06757-2008-PA/TC, se discutió sobre la procedencia del despido de una trabajadora que fue despedida por la falta grave prevista en el inciso a) del artículo 25 de la LPCL por no presentarse a las labores dispuestas en la hora establecida. El TC estimó que la sanción de despido impuesta resulta desproporcionada e irrazonable.

A su vez, en la sentencia del TC 05104-2008-PA/TC, se examinó la validez del despido efectuado por las faltas relativas al incumplimiento de las obligaciones de trabajo, la inobservancia al reglamento interno de trabajo y la apropiación frustrada de bienes del empleador, faltas tipificadas en los incisos a) y c) del artículo 25 de la LPCL. Esto tiene como consecuencia que los demandantes abandonaron su área de trabajo sin la autorización de su jefatura haciendo uso no autorizado de un vehículo de la empresa.

Los fundamentos jurídicos 13 y 14 de la sentencia establecieron lo siguiente:

[...] el despido del trabajador también viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo debido a que la empresa emplazada al momento de imponer a los 2 trabajadores la sanción de despido laboral, lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad [...]

[...] este Tribunal considera que la sanción impuesta por la demandada resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien [...] a los demandantes se les puede reputar que hayan incurrido en falta disciplinaria, no es menos cierto que los demandantes (carecen) de antecedentes disciplinarios [...] se debe concluir que la sanción del despido no fue la más adecuada e idónea, pues teniendo en cuenta la falta incurrida por parte de los trabajadores, la emplazada podría haberles impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias [...].

De otro lado en la sentencia del TC 01059-2009-AA, emitida por mayoría luego de una serie de votos singulares, el TC ordenó la reposición de una tripulante auxiliar despedida por transportar bienes (*laptop* y proyector) que se encontraba prohibida de portar de acuerdo, tanto a la normativa legal vigente al momento del despido, como a lo establecido en el reglamento interno de trabajo (RIT) de la aerolínea, disposición, a su vez, que había sido expresamente reiterada por la empresa en forma previa a la comisión de los hechos.

En efecto, en uno de los votos estimatorios de la demanda se señaló que

[...] estando claro que la *laptop* de la demandante y el proyector portátil no podían ser considerados como efectos personales, según la legislación glosada, y que aquella conocía de la prohibición de los tripulantes de llevar como equipaje los mencionados artículos, debe entenderse que se ha configurado la comisión de la falta imputada a la trabajadora, descartando, por tanto que haya existido un despido fraudulento. Sin embargo, resta analizar si el despido efectuado satisface los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia¹⁴.

14 Las cursivas son nuestras.

Ahora bien, las sentencias glosadas presentan un común denominador. No solo evidencian un sensible apartamiento respecto del precedente Baylón, sino que pasan a ponderar lo que consideran que debió corresponder a la medida disciplinaria pertinente. De esta forma, no solo se reincide en el apartamiento del examen sobre los supuestos de despido incausado, nulo o fraudulento —a pesar que no se plantea un nuevo precedente vinculante— sino que sobre la base de expeditivos argumentos como la proporcionalidad, la razonabilidad o el debido proceso sustantivo, se ingresa al océano proceloso de la evaluación de la falta grave. Como es claro, si un despido resulta desproporcionado o irrazonable devendrá en injustificado y por ende le resultará aplicable la tutela resarcitoria más no la restitutoria.

VII. DESPIDO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme a lo previamente examinado, con base al precedente vinculante del caso Baylón, resulta que la vía del amparo solo procederá en los casos de despido incausado, nulo y fraudulento en los que un pronunciamiento estimatorio determinará la ineficacia del despido y, por consiguiente, la reposición en el empleo.

Repárese que al emitir este pronunciamiento el TC señaló que «los criterios jurisprudenciales emitidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. 0976-2001-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia» (fundamento jurídico 7 sentencia del TC 0206-2005-PA/TC).

En tal virtud, para determinar el supuesto conforme al cual se admite que el despido deba ser materia de protección a través del amparo debe examinarse el criterio contenido en los fundamentos jurídicos del caso Llanos Huasco. En este el TC había señalado que

la extinción unilateral de la relación laboral fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad —y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal— *cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción defensa y protección de los derechos humanos*¹⁵.

[...] por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional, no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales¹⁶.

15 Fundamento jurídico 15 de la sentencia del TC 0976-2001-PA/TC. Las cursivas son nuestras.

16 Fundamento jurídico 13 b.2 de la sentencia del TC 0976-2001-PA/TC.

491

LA PROTECCIÓN
FRENTE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

Es este criterio el que merece particular análisis. En efecto, no es la afectación al derecho al trabajo en su aspecto vinculado a la permanencia en el puesto de trabajo el que *per se* abre el camino a un pronunciamiento de tutela restitutoria, sino únicamente cuando este lleva aparejado la violación de un derecho fundamental reconocido por la Constitución o por los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Precisamente, al redactar el artículo 27 de la Constitución, el constituyente previó que ante el despido arbitrario la ley debía otorgar al trabajador adecuada protección. En consecuencia, solo procederá reconocer el ejercicio de las garantías constitucionales a que se refiere el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución —que consagra la acción de amparo ante la vulneración o amenaza de los derechos reconocidos por la Constitución— cuando el despido implique la afectación de derechos fundamentales previstos en la propia Constitución. De otro modo, el artículo 27 de la Constitución resultaría innecesario, porque hubiera bastado con el reconocimiento al derecho al trabajo consagrado en el artículo 22.

En efecto, como quiera que cualquier despido injustificado determina una afectación al derecho al trabajo, bastaría recurrir a una acción de amparo para obtener un pronunciamiento de eficacia restitutoria por parte de la justicia constitucional. Sin embargo, el constituyente optó por una fórmula distinta, ya que mediante el artículo 27 de la Constitución previó que, respecto del despido arbitrario, la ley otorgará adecuada protección, vale decir, que trasladó al desarrollo infraconstitucional el esquema de protección aplicable en caso de despido arbitrario, el cual no necesariamente implicaba la ineficacia del despido y la reposición del trabajador.

Dicho en otros términos, la afectación del derecho al trabajo no necesariamente conlleva una tutela restitutoria como consecuencia de su impugnación jurisdiccional, sino solo en la medida que el despido entrañe, adicionalmente, la violación de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales están desarrollados en los artículos 1 al 3 de la Constitución, con la precisión que en este último se consagra la fórmula *numerus apertus* conforme a la cual no resultan excluidos «los demás (derechos) que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre [...]».

Ahora bien, podría argüirse que en atención a que el derecho al trabajo también es un derecho consagrado en la Constitución, el despido injustificado resulta lesivo a dicho derecho y por ende pasible de ser cuestionado para invalidarlo con eficacia restitutoria. Sin embargo, ello

no enerva el hecho de que la definición de la adecuada protección contra el despido arbitrario —que prevé el artículo 27 de la Constitución— no emana de la propia Constitución sino del ulterior desarrollo legal, y de ahí que no se podría descalificar de inconstitucional la tutela resarcitoria respecto de los despidos injustificados y la reserva de la tutela restitutoria para los despidos que agravien derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales que pudieran ser afectados mediante un despido y dar lugar a la tutela restitutoria son los que Palomeque denomina derechos fundamentales laborales inespecíficos¹⁷, esto es, aquellos que resultan inherentes a todo individuo y que por tanto no pueden ser objeto de menoscabo por el hecho de encontrarse sujeto a una relación laboral. Como señala Valdés Dal-Ré, los derechos inespecíficos no surgen de la condición propia del trabajador, sino de su calidad de persona, pero se expresan y reivindican frente al empleador, vale decir, son derechos que corresponden a todos los individuos, pero son ejercidos por quienes son trabajadores y ejercen estos derechos en el marco de una relación laboral¹⁸. Así, el derecho a la libertad de conciencia, a la no discriminación, a la libertad de expresión, a la intimidad, entre otros, son objeto de plena salvaguarda en el marco del contrato de trabajo y, por ende, cualquier despido cuyo propósito entrañe una afectación de estos derechos implicará su ineficacia y, por tanto, abrirá la vía a su impugnación con efecto restitutorio.

El despido podría afectar igualmente derechos que son merecedores del mayor nivel de protección, en cuanto importan afectación a derechos humanos reconocidos por tratados internacionales. Así, despidos cuyo verdadero propósito sea afectar la libertad sindical, o el ejercicio legítimo del derecho de huelga, o impliquen actos de represalia derivada de reclamos planteados contra el empleador, o la afectación a la maternidad justificarán igualmente un pronunciamiento jurisdiccional de eficacia restitutoria.

De ahí que la afectación al derecho al trabajo, en supuestos distintos a los indicados, no determina una tutela restitutoria con base al Protocolo de San Salvador, conforme al cual debe interpretarse el derecho al trabajo previsto en la Constitución. Dicho en otros términos, la mera afectación al derecho al trabajo, que no guarde vinculación con la afectación de derechos fundamentales u otros derechos humanos de reconocimiento universal, admite que la vía resarcitoria sea la adecuada para reparar el derecho al trabajo afectado.

17 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos». En *Derecho del Trabajo y razón crítica*. Salamanca: Caja Duero, 2004, p. 163.

18 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «Los Derechos Fundamentales del Trabajador: un ensayo de noción lógico-formal». *Relaciones Laborales*, 2 (2003), pp. 69-76.

De ahí que resulta reñido con el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario y el Protocolo de San Salvador que los pronunciamientos del TC antes analizados estimen que corresponde tutela restitutoria ante despidos que adolecen de falta de tipicidad, proporcionalidad, razonabilidad o que afectan el debido proceso sustantivo. Así, concluir que la causa justa de despido prevista en el ordenamiento legal no resulta subsumida en el supuesto de hecho del despido y que, por ende, se ha incurrido en una falta de tipicidad, o que la medida del despido resulte, a juicio del TC, excesiva o desproporcionada, determinará que tales despidos sean injustificados y por tanto sujetos a tutela resarcitoria pero no resultará válido que en tales casos procedan pronunciamientos de eficacia restitutoria. Conforme hemos señalado, el TC viene reiteradamente efectuando una apreciación del despido que importa una evaluación de los hechos desprovista de toda vinculación con un derecho fundamental o un derecho humano de reconocimiento universal, apartándose así de su propio criterio vinculante y omitiendo sustituirlo por otro, afectando con ello la predictibilidad de sus pronunciamientos.

No puede perderse de vista, a su vez, que el derecho al trabajo y la protección frente al despido se encuentran reconocidos en numerosos instrumentos internacionales, varios de los cuales han sido examinados, al igual que en diversos ordenamientos constitucionales. Sin embargo, en ellos no se constata que el simple despido desprovisto de vinculación con la afectación de derechos fundamentales determine una tutela restitutoria. Es, pues, esta una opción particular de la jurisprudencia del TC que no se condice con el tratamiento predominante en el derecho comparado.

Por último, al pasar a examinar directamente si se ha acreditado la falta grave que motiva el despido disciplinario, el TC viene progresiva, pero inexorablemente, sustituyendo al juez laboral ordinario en el examen de las controversias vinculadas al despido, no obstante que corresponde a este calificar la prueba en toda su extensión y determinar si los hechos controvertidos ameritaron el despido. Por ende, creemos que los pronunciamientos en referencia importan no solo una distorsión del mandato constitucional relativo a la protección contra el despido arbitrario, sino que, además, implican el sutil retorno a un modelo de estabilidad laboral no consagrado por la Constitución vigente, el mismo que, incluso, empieza a ser paulatinamente acogido por la justicia laboral ordinaria.

Confiamos que, de ser promulgado el Ante Proyecto de Ley General del Trabajo, contribuiría a reconducir adecuadamente la orientación de los pronunciamientos del TC, en la medida en que dicho cuerpo normativo

493

LA PROTECCIÓN
FRENTA AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONALTHE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

limitaría la tutela restitutoria a los supuestos de despido nulo tipificados por la LPCL y a los casos en los que se agravie derechos fundamentales, conforme corresponde al esquema prevaleciente en el derecho laboral comparado.

Recibido: 16/01/2012
Aprobado: 23/03/2012

Los contratos temporales: exposición y crítica

Temporary contracts: exposition and critic

MARIO PASCO*

Resumen: El contrato a término o plazo fijo o de duración determinada constituye una de las modalidades más frecuentes de la llamada contratación atípica. Efrén Córdova, en su célebre ponencia en el XI Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas 1985), señaló que, siendo típico el contrato celebrado entre un empleador y un trabajador, para ser ejecutado a jornada completa en el centro de trabajo de aquel y por tiempo indefinido, atípico viene a ser aquél que carece de alguno de esos atributos, esto es: (i) en el que participa más de un empleador, o (ii) la jornada es parcial o no se ajusta a los parámetros clásicos de ocho horas por día y cuarenta y ocho a la semana como máximo, o (iii) se desempeña fuera del local habitual, o (iv) es por tiempo definido. Es a estos últimos que está dedicado el presente artículo.

Palabras clave: contratos temporales – contratos modales – contratación laboral – contrato de trabajo

Summary: The contract of term or fixed term or determined period constitutes one of the most frequent modalities of so-called atypical contracting. Efrén Córdova, in his famous presentation at XI World Congress of the International Society for Labor Law and Social Security (Caracas 1985), noted that, being typical the contract celebrated between an employer and a worker, to be executed to full time at the center of work and for an indefinite atypical period, comes to be one that lacks any of these attributes, this is: (i) in which involves more than one employer, or (ii) the journey is partial or doesn't fit to traditional parameters of eight hours per day and forty-eight a week at most, or (iii) performs out the usual local, or (iv) is for a defined time. It is about these lasts that is dedicated the present article.

Keywords: temporary contracts – modal contracts – labor contracting – contract of employment

CONTENIDO: I. LOS CONTRATOS TEMPORALES.- II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL CLÁSICA.- III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y LA SITUACIÓN ACTUAL: LOS CONTRATOS MODALES.- III.1. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.- III.2. LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD O CONTRATOS MODALES EN LA LEY VIGENTE.- III.2.1. CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL.- III.2.2. CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL.- III.2.3. CONTRATOS DE OBRA O SERVICIO.- IV. CONTRATACIÓN

* Catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Ex ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

I. LOS CONTRATOS TEMPORALES

Contratos de duración determinada los ha habido siempre. Las legislaciones más antiguas los aceptaba sin mayores requisitos, librándolos al simple acuerdo de las partes. En buena cuenta, la posibilidad de contratar a una persona por un tiempo definido de antemano estaba abierta a la sola voluntad del empleador.

La evolución doctrinaria y legislativa que fue desarrollando el concepto de la estabilidad laboral trajo aparejada una regulación restrictiva de esta modalidad contractual. De la estabilidad se predica, en efecto, que suele ubicarse, bien al inicio, bien a la terminación de la relación laboral: al inicio, al restringirse o incluso prohibirse la concertación de contratos a término fijo, salvo cuando mediare la existencia de una justa causa para ello; al término, al restringirse o prohibirse el despido, excepto ante la existencia de una causa justa para la terminación.

Como expresa Villavicencio, «la estabilidad laboral no solo está referida a la terminación justificada de la relación laboral (estabilidad laboral de salida), sino también a la imprescindible congruencia que debe existir entre el carácter de las labores a realizar (permanentes o temporales) y la duración del contrato de trabajo (indefinido o temporal), de manera que en materia laboral se impone el respeto al principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica»¹.

En tal orden de ideas, la estabilidad podía ser definida como la subsistencia necesaria de un contrato de trabajo mientras se mantenga la causa que le dio origen y no sobrevenga otra que justifique su conclusión.

Si es que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, su duración debiera ser la de la causa que lo motivó: de persistir esta, el contrato debiera continuar. En esa línea, la contratación temporal debiera corresponder a una necesidad transitoria, que recién al desaparecer haría posible la extinción del contrato. Es esta la característica que, elevada a la categoría de principio del Derecho Laboral, se reconoce como Principio de Continuidad.

1 VILLAVICIENCIO RÍOS, Alfredo. «Prólogo». En ARCE ORTIZ, Elmer. *La contratación laboral en el Perú*, Lima: Grijley, 2008, p. 13.

De acuerdo con ello, el contrato temporal tendría que ser necesariamente causal, fundarse siempre en una necesidad transitoria. Resultaría así no admisible, y hasta reprobable, la contratación temporal incausada, no sustentada en un requerimiento objetivo, sujeta o derivada de la simple voluntad de una de las partes —el empleador—, encubierta bajo la apariencia de bilateralidad contractual. Sabido es que, en efecto, el común de los contratos de trabajo se celebra bajo un estado virtual de necesidad del laborante y resulta ser para este, en la práctica, casi un contrato por adhesión ya que la voluntad del empleador prevalece de modo absoluto, mientras que la del trabajador está casi ausente, a no ser como pasiva aceptación. Así las cosas, admitir el contrato temporal no causal representa permitir que el empleador fije, de modo unilateral y hasta arbitrario, un plazo cualquiera, no determinado por una contingencia constatable. Por eso las legislaciones por lo general limitan su utilización, llegando incluso a la prohibición del plazo no derivado de un hecho verificable.

497

LOS CONTRATOS
TEMPORALES:
EXPOSICIÓN Y
CRÍTICATEMPORARY
CONTRACTS:
EXPOSITION AND
CRITIC

II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL CLÁSICA

De otro lado, y ya dentro del campo de la contratación temporal por causa específica, existen situaciones que, por su propia naturaleza, imponen la transitoriedad de la contratación. Tal sucede, sin más, con los trabajadores de la construcción civil, actividad que se desarrolla en períodos determinados de tiempo; a diferencia de actividades como la industria, el comercio, la minería y muchas otras, la construcción se liga a obras específicas que siguen una ruta crítica que se desenvuelve en períodos más o menos breves, dependiendo de la envergadura de la edificación. En la construcción cabe distinguir, por tanto, entre la empresa, que es permanente y tiene personal en esa condición, y las obras que ejecuta, para las que debe servirse de trabajadores eventuales, lo cual no obsta para que, cuando se trata de empresas de gran magnitud y que realizan obras simultáneas o sucesivas, el personal vaya rotando de unas a otras, generándose así una relativa continuidad.

Son también temporales los contratos de artistas y deportistas. En el caso de los primeros, por lo general deben trabajar en obras que tienen también un ciclo predeterminado que comprende un período previo de ensayos y otro posterior de representaciones, lo cual vale igual para teatro que para ballet, ópera, conciertos, etcétera. Solo por excepción puede una obra permanecer en cartelera más allá de unas pocas semanas o meses, como también es excepcional la formación de conjuntos estables, que asumen sucesivos espectáculos. La temporalidad de los contratos está, por ende, impregnada en la naturaleza de la prestación.

Los deportistas están sometidos a un régimen privativo en el que entran en juego regulaciones de índole nacional e internacional

y que conjugan intereses económicos del jugador, pero también de los clubes, de empresarios privados y de representantes, en una compleja trama de pases, primas, premios, etcétera. Lo fundamental es que, en el contrato deportivo, la regla es la discontinuidad, sujetos los deportistas a un itinerario que los desplaza por sucesivos equipos, dentro y fuera de su país de origen.

En las tres categorías señaladas —construcción civil, artistas, deportistas—, la eventualidad es connatural al trabajo mismo y tiene carácter prácticamente universal, es decir, afecta a todas las plazas comprometidas².

Hay también, sin embargo, otras formas de eventualidad, nacidas de las características de una determinada prestación, mas no con aplicación genérica y universal, sino específica y concreta. Tales son las de los contratos para obra o servicio determinado, los contratos eventuales por circunstancias de producción y los contratos para trabajos fijos de carácter discontinuo.

El contrato para obra o servicio determinado está sometido a término final de carácter relativamente incierto, pues depende del tiempo que se invierta para la ejecución de la obra o la realización del servicio. No resulta adecuado al respecto el señalamiento de un plazo en tiempo fijo, pues si la obra o el servicio no quedaran concluidos se haría necesaria, bien una prórroga del contrato, bien una recontractación para el mismo objetivo; en la otra mano, si concluyeran antes de la fecha fijada, la obra estaría terminada pero el contrato subsistiría formalmente vigente. Ambas anomalías se superan si el término del contrato es la obra o el servicio mismos, pudiéndose, sí fijar un plazo máximo a efectos de que la ejecución no quede librada a la voluntad de la propia parte obligada.

La naturaleza especial del contrato eventual por circunstancias de la producción radica en la necesidad de atender necesidades coyunturales y transitorias, aun cuando normales, de la empresa. Opera este tipo de contrato como consecuencia de un incremento de los requerimientos productivos, inducido por el mercado, que no puede ser absorbido por la plantilla fija de la empresa.

Los contratos para trabajos fijos de carácter discontinuo pueden corresponder a dos situaciones: los contratos de temporada y los de interinidad o suplencia. En ambos se trata de tareas normales de la organización, pero que no se presentan de manera permanente sino cíclica, en el primer caso, o eventual en el segundo, aunque en este puede haber también situaciones cíclicas.

2 La ley peruana impone que la contratación de personal extranjero sea a plazo determinado, sin que exista otra explicación posible que la protección a la mano de obra nacional. La norma resulta inocua y muy fácil de superar en la práctica subsistiendo solo como un anacronismo burocrático.

Según Martínez Emperador, trabajos de temporada son aquellos que surgen en la empresa «en épocas coincidentes, durante períodos de extensión análoga y con repetición cíclica» generando una «necesidad de fuerza de trabajo con intensidad similar en cada período, que haya de ser atendida por trabajadores distintos a los que componen la plantilla permanente de la empresa, cuyo número y categorías profesionales sean también similares en cada período»³.

Su tratamiento legal oscila, en las diversas legislaciones, entre tres opciones: contratos independientes, que se celebran en cada oportunidad en que los servicios son requeridos; derecho de preferencia, que otorga una prioridad para el reingreso; y suspensión, que supone un solo contrato que sufre interrupciones.

La interinidad o suplencia está referida a la sustitución transitoria de un trabajador cuyo contrato está temporalmente suspendido o interrumpido, pero que goza de estabilidad y, por ende, de derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Finalmente, son a término fijo por mandato legal los contratos del personal extranjero.

III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y LA SITUACIÓN ACTUAL: LOS CONTRATOS MODALES

La Ley de Fomento del Empleo —decreto legislativo 728— propendía a facilitar la contratación temporal, privilegiando así lo que, con anterioridad, constituía la excepción y transformándola virtualmente en la nueva regla. Introdujo así contratos «precarizados por ley», según expresión de Goldín⁴.

En efecto, la norma abrió un variado elenco de formas o modalidades de contratación basadas en muy diversas causas. Dichas modalidades corresponden, casi exactamente, a las previstas en su momento por la legislación española de la década anterior, que se vio reflejada además en la legislación argentina⁵, que fue coetánea de la nuestra. Sin embargo, en España se ha producido un retorno a las fuentes, que ha sido también seguido por Argentina. Los dos países privilegian hoy nuevamente la contratación por tiempo indeterminado, por motivos y razones que

3 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, p. 212.

4 GOLDÍN, Adrián: «Las empresas de mano de obra». En *Memorias del Décimo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Gobierno del Estado de Tlaxcala 1997, p. 229.

5 La Ley Nacional de Empleo (número 19, promulgada en 1991) de la República Argentina es una compleja norma de 160 artículos, que incorporó una gama muy variada de contratos de duración determinada (por lanzamiento de nueva actividad, de práctica laboral, de trabajo-formación, de fomento de empleo, etcétera), muchos de los cuales constituyeron formas promovidas o estimuladas a través de la exoneración de contribuciones al sistema previsional.

asumen considerable peso. Solo el Perú mantiene el esquema implantado en 1991 con la Ley de Fomento del Empleo⁶.

Tal línea, empero, va a contramano con lo que refleja el artículo 4, de la propia LPCL, según el cual: «En toda prestación de servicios remunerados y subordinado, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado». Así, lo que parecería ser una vocación teleológica se reduce a una simple presunción *iuris tantum*.

La incongruencia de esta legislación, destinada en esencia a desmontar la estabilidad absoluta que regía desde 1970, era que participaba en cierta forma de la misma desmesura de esta. Si dicha legislación abarcaba los dos extremos de la estabilidad, limitando tanto la contratación como el despido, la nueva recayó también en ambos extremos al permitir, en uno de ellos, contratar a plazo casi con total libertad, dada la enorme variedad de formas ofrecidas, mientras en el otro permitía también despedir a sola decisión del empleador, con el simple pago de una indemnización tarifada.

El Tribunal Constitucional, con su jurisprudencia sobre ambas materias, ha modificado sustancialmente la situación y de algún modo ha reimplantado la estabilidad en su extremo relativo al despido, ajustando un tanto, pero sin obtener totalmente, la contratación modal.

Una legislación más centrada y coherente, que hubiera tenido esa esencial finalidad, se habría concentrado solo en la facilitación del despido, acompañándola de una auténtica promoción de la contratación permanente.

III.1. La contratación temporal en la evolución legislativa

En tiempos ya remotos, cuando campeaba la libertad de contratación, el empleador, así como podía despedir sin expresar causa alguna, podía contratar a plazo fijo sin tampoco hacerlo. La única limitación —que, en puridad, provenía del derecho civil— era que el contrato no podía durar más de tres años, por extensión del límite temporal establecido para la locación de servicios.

Eso cambió abruptamente en 1970 con la aparición del decreto ley 18138, seguido al poco tiempo por el decreto ley 18471, la famosa ley de estabilidad en el empleo que cerró el circuito contratación temporal-despido, sujetando ambos a la existencia de una causa justificatoria.

⁶ Aunque la Ley de Fomento de Empleo ha conservado su articulado, ha perdido totalmente su estructura puesto que, a partir de 1997, fue desdoblada en dos normas de nombre y contenido diferentes: la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que es la que mantiene todo lo relativo a esta materia, y la Ley de Formación y Promoción Laboral (LFPL), que recoge lo atinente a los contratos formativos y cooperativas de trabajadores.

Decía escuetamente el decreto ley 18138

Artículo 1°.— En los Centros de Trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada solo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.

El artículo 3 añadía que el contrato individual a plazo fijo o para una obra determinada debía ser necesariamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, y el 4 reputaba sin valor o ni efecto legal cualquier estipulación contraria.

Esta norma fue recibida como la virtual prohibición del contrato a término, porque, más allá de su texto, que alguien ingenuamente podría entender como flexible, sometía sin embargo la validez del contrato a la verificación de su causa, ya que debía ser «aprobado» por el Ministerio de Trabajo.

No era importante, entonces, la aparente fluidez del enunciado, sino que la rigidez de su interpretación y aplicación determina el verdadero designio de la norma, complementada poco tiempo después por la ley de estabilidad en el empleo (decreto ley 14371). Una norma no se explica sin la otra, y quien quiera entender que una flexibilizaba lo que la otra rigidizaba debe estudiar cómo, en su aplicación, ambas implantaron en nuestro país el régimen más riguroso de estabilidad laboral.

Por el contrario, en 1978 se dio la Ley de Fomento de las Exportaciones No Tradicionales —decreto ley 22342— que constituye la ampliación máxima de la capacidad de contratación temporal, porque, asumiendo como causa justificada la actividad en sí, no pone límites temporales y, por ende, permite la renovación de los contratos en forma prácticamente indefinida.

Esta norma, que nunca ha sido revisada ni reformada, es objeto de numerosas críticas y frecuentes ataques, acusada de desmesura por colocar a los trabajadores en situación de perpetua inestabilidad.

Con similar contradicción, en la segunda mitad de los ochenta se dio la ley 24514 que consolidaba la estabilidad laboral absoluta, al tiempo de permitirse una forma indiscriminada y generalizada de contratación temporal a través del llamado Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM).

El decreto ley 18138 fue abrogado con la dación de la Ley de Fomento del Empleo —decreto legislativo 728— que abrió una panoplia amplísima de modalidades justificatorias de la contratación temporal.

501

LOS CONTRATOS
TEMPORALES:
EXPOSICIÓN Y
CRÍTICATEMPORARY
CONTRACTS:
EXPOSITION AND
CRITIC

Lo curioso es que, con la misma lógica, pero con técnica y propósitos diametralmente opuestos, el decreto legislativo 728 abrió aquello que el decreto ley 18138 había férreamente cerrado.

En efecto, el sentido de ambas normas es el mismo y se expresa en la invalidación del contrato temporal si la causa no es, a su vez, transitoria.

Empero, la norma de los años setenta se quedó en el enunciado abstracto y con ello casi eliminó la contratación a término, lo cual, complementado con la ley de estabilidad laboral (decreto ley 14371), ocluyó de modo absoluto la contratación.

El decreto legislativo 728, por el contrario, extendió un abanico tan extenso y variado que bastaba un poco de imaginación para encajar cualquier situación fáctica dentro de alguna de las nueve modalidades abiertas por la norma, con el agregado de que, a esas se añadía una fórmula tan extensiva como «Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse».

En efecto, llama la atención en la legislación peruana la gran variedad de formas modales de contratación y de su tratamiento, sea en materia de requisitos, sea en materia de plazos o renovaciones, etcétera. La cuestión que surge es preguntarse si era necesaria tanta minuciosidad o habría sido suficiente una autorización genérica para contratar a plazo cuando la obra a desempeñar o el servicio a contratar lo justifiquen (o lo hagan necesario); esto es, una simple autorización abstracta y abierta a la contratación temporal y no una específica que la sujetara a la existencia de una causa explícita y concreta.

Como ya se ha dicho, el decreto ley 18138 decía más o menos eso, pero con la diferencia ostensible de que la norma no tenía un sentido promotor o estimulante de la contratación a término, sino todo lo contrario, uno restrictivo y casi prohibitivo. Por ende, y con un antecedente así, un enunciado amplio habría dado margen para intensas disputas sobre la legitimidad o legalidad de las contrataciones, en la medida en que la apreciación de la causa y de su necesidad o justificación tendría una fuerte carga subjetiva, variable según la perspectiva de quien la examinara: la empresa, el trabajador, el sindicato, la autoridad administrativa, los jueces y tribunales, etcétera.

Un catálogo de contratos modales, en cambio, parecía permitir una mejor y más precisa definición de cada causa y, correlativamente, de cada contrato, así como el ajuste preciso de los elementos accesorios (requisitos, plazos, renovaciones), que no pueden ser iguales, verbigracia, para un contrato de reemplazo o interinidad que para otro de temporada.

III.2. Los contratos sujetos a modalidad o contratos modales en la ley vigente

Según lo dicho, la Ley de Fomento del Empleo, hoy llamada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, abrió una gama de posibilidades de contratación a término muy amplia a través de una clasificación dos veces triple, al distinguir las siguientes posibilidades:

III.2.1. Contratos de naturaleza temporal

a. Por inicio o incremento de actividad

Referidos al inicio de una actividad productiva, apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa. Su duración máxima es de tres años.

b. Por necesidades del mercado

Tiene por objeto atender incrementos coyunturales de la producción, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa que no puedan ser satisfechas con personal permanente. Puede ser renovado sucesivamente hasta por cinco años. En estos contratos debe constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal, la cual debe sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

c. Por reconversión empresarial

Referidos a la sustitución, modificación o ampliación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general a toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años.

III.2.2. Contratos de naturaleza accidental

a. Contrato ocasional

Para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año.

b. Contrato de suplencia

Su objeto es sustituir temporalmente a un trabajador estable de la empresa cuyo vínculo se encuentre suspendido o desarrollando

temporalmente otras labores dentro de la misma empresa, por razones de orden administrativo. Su duración depende de las circunstancias, pero el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión, con la cual opera la extinción del contrato de suplencia.

c. Contrato de emergencia

Para cubrir las necesidades producidas por caso fortuito o de fuerza mayor. Su duración debe coincidir con la de la emergencia.

III.2.3. Contratos de obra o servicio

a. Contrato para obra determinada o servicio específico

Tiene un objeto previamente establecido y de duración determinada. Su vigencia será la requerida para la culminación de la obra o la prestación del servicio, pudiendo celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio.

b. Contrato intermitente

Para cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Estos contratos pueden celebrarse con el mismo trabajador, quien goza de un derecho preferencial para la contratación, pudiendo consignarse tal derecho en el contrato primigenio, el que opera de forma automática sin necesidad de celebración de nuevo contrato ni renovación. En el contrato deben consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones a observar para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contratado. El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador se determinan en función del tiempo efectivamente laborado.

c. Contrato de temporada

Tiene por objeto atender necesidades propias del giro de la empresa que solo se cumplen en determinadas épocas del año, y que están sujetas a repetición en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva. El trabajador contratado durante dos temporadas consecutivas o tres alternadas tiene derecho a serlo en las siguientes. Para hacer efectivo tal derecho, deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caduca su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo. Se asimilan a esta modalidad los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad

normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año. Igualmente se asimilan a este régimen las actividades feriales.

505

LOS CONTRATOS
TEMPORALES:
EXPOSICIÓN Y
CRÍTICATEMPORARY
CONTRACTS:
EXPOSITION AND
CRITIC

IV. CONTRATACIÓN TEMPORAL Y DERECHOS LABORALES

En la regulación de los contratos temporales, determinados aspectos apuntan a la garantía de derechos básicos de los trabajadores, en orden, por un lado, al respeto del principio de igualdad y no discriminación, así como a lo relativo a la extinción del contrato en circunstancias diversas a las contempladas en sus estipulaciones. Otra cuestión gravitante tiene que ver con la eventual disfuncionalidad entre el contrato y la realidad, ante el uso impropio de contratos, que tienen una finalidad, requisitos y características específicos, para cubrir el desempeño de tareas ordinarias, que debieran en puridad ser objeto de contratación común; esto es, situaciones de desnaturalización del contrato o de divergencia entre el contenido del mismo y la realidad.

IV.1. Desnaturalización de los contratos

Los contratos modales se considerarán como de duración indeterminada: a) si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden el límite máximo establecido; b) cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación; c) si el titular del puesto sustituido no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas.

No pueden ser contratados bajo modalidad de trabajadores permanentes que hayan cesado, salvo que haya transcurrido un año del cese.

IV.2. Derechos de los trabajadores

Los trabajadores eventuales gozan de los mismos derechos que los permanentes, cualquiera sea su origen (ley, pacto o costumbre), lo que aparece consagrado en el artículo 79 de la LPCL, la que agrega que el trabajador contratado tiene asimismo derecho a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba, de donde se colige que, a diferencia de otras legislaciones, verbigracia la colombiana, es factible estipular un período de prueba aun dentro de un contrato a plazo fijo.

Es regla absoluta que los trabajadores eventuales deban gozar de los mismos derechos que los permanentes, pues, como precisa de la Villa «el contrato temporal solo se diferencia del indefinido en la duración y en los efectos de su extinción, mientras que en todo lo demás no se justifican excepciones ni en beneficio ni en perjuicio del trabajador, por lo que en principio las diferencias de trato basadas en el mero dato de la «temporalidad» son necesariamente discriminatorias; frente a esa regla operan lógicamente las excepciones legales o las diferencias anejas a la permanencia en el empleo que constituyen condiciones *ad personam* o que respondan al distinto valor del trabajo efectivamente realizado, ninguna de cuyas circunstancias tolera la presunción»⁷.

IV.3. Terminación natural y *ante tempus*

La duración natural del contrato es la de su plazo, cuyo término acarrea la terminación de aquel en forma automática, sin necesidad de aviso o requerimiento previo. Interesa, sin embargo, dadas ciertas peculiaridades, examinar la conclusión del contrato *ante tempus* por acción o iniciativa del empleador. Las opciones que se le presentan al legislador son básicamente dos: (i) conferir a la extinción anticipada tratamiento idéntico al despido o (ii) darle carácter de incumplimiento contractual. En el primer caso, la derivación sería la misma que en los contratos por tiempo indeterminado, esto es, reinstalación si hay estabilidad absoluta o pago de una indemnización tarifada. En el segundo caso, la consecuencia suele ser el pago de las remuneraciones hasta el vencimiento del plazo convenido, vale decir, el cumplimiento de la obligación estipulada.

Sin embargo, la legislación ha innovado en esta materia de modo un tanto errático. Así, en nuestro país ocurre un hecho paradójico, por la evolución de la legislación ocurrida en la última década, muchas veces resulta más oneroso despedir a un trabajador sujeto a un contrato fijo que a uno vinculado por tiempo indeterminado. De modo inconsciente, ya que no deliberado, con ello se fomenta la contratación típica (o plazos cortos en la contratación precaria), pues si el empleador decide extinguir el contrato en el primer supuesto debe abonar una remuneración y media por cada mes que el trabajador deje de laborar, con un tope de doce remuneraciones. En cambio, si el mismo trabajador se encuentra vinculado por un contrato típico le corresponde como indemnización una remuneración y media por cada año de antigüedad que tenga en la empresa. Ergo, un trabajador con ocho años de antigüedad recibe doce remuneraciones como indemnización, al igual que el trabajador nuevo contratado por veinte meses que es despedido arbitrariamente al décimo segundo mes, es decir, con solo un año de antigüedad.

7 DE LA VILLA, Luis Enrique. «Nueve reglas sobre duración de contratos». En DE LA VILLA, Luis Enrique (coord.). *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*. Madrid: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Marcial Pons, 1995, p. 112.

IV.4. Formalidades y sanciones

Los contratos temporales deben celebrarse por escrito; es exigible la verificación posterior de la causa que los justifica y del plazo a que se sujetan, el cual normalmente no puede ser probado por medio distinto, presumiéndose *juris et de jure* que si no hay documento escrito, el contrato es necesariamente por tiempo indefinido. El contrato, cualquiera sea su modalidad, debe ser objeto de registro ante la autoridad competente.

El fraude a la ley nulifica el plazo, mas no el contrato; consecuentemente, queda transformado en uno de duración indeterminada, con todo lo que ello signifique en términos de estabilidad laboral absoluta o relativa, según el régimen legal común.

IV.5. Otras modalidades contractuales a término

Como se ha adelantado, es posible contratar a plazo determinado a cualquier trabajador, aun sin encajar dentro de alguno de los supuestos de contrato modal expresamente autorizados por ley, cuando se trata de labores vinculadas a la exportación no tradicional; sin embargo, deben aplicárseles por analogía las normas previstas para aquellos. A tal efecto, basta que la industria se encuentre comprendida en el decreto ley 22342, sobre exportación no tradicional, para que proceda la contratación excepcional autorizada a dicho régimen.

Finalmente, aunque la ley hace un cuidadoso y exhaustivo listado de modalidades, permite contratar a término siempre que el objeto del contrato sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse, lo cual deja abierta una ancha puerta a cualquier forma de contratación, siempre que se pueda demostrar la naturaleza transitoria del encargo.

V. CONTRATACIÓN TEMPORAL, EMPLEO Y REMUNERACIONES

Ningún enfoque, por teórico que pudiera ser, podría sustraerse a la necesidad de revisar, aunque sea someramente, los efectos que la contratación promovida por la legislación vigente ha tenido en el empleo. Es evidente que todos estos modos de contratación precaria fueron introducidos con una doble finalidad: por un lado, promover empleo; por otro, otorgar a las empresas un instrumento flexible que les permitiera adaptar de modo rápido su plantel de trabajadores a las necesidades fluctuantes del mercado⁸.

⁸ Antonio Ojeda y Juan Gorelli entienden que la recurrencia de los empleadores al uso de contratos temporales obedece a tres causas: poder evadir el despido, disfrutar de un doble período de prueba y ahorrar costos marginales. Ver GORELLI HERNÁNDEZ, Juan & OJEDA AVILÉS, Antonio. *Los contratos de trabajo temporales*. Madrid: lustel, pp. 43 y ss.

¿Se han conseguido estos propósitos? Respecto de lo primero, la respuesta es rotundamente negativa: la contratación modal no ha estimulado la creación de nuevos puestos de trabajo. Solo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos. En un estudio que sobre el tema desarrollaron Tokman y Martínez, en Argentina, Colombia, Chile y Perú, se destaca además que uno de los efectos de esa precarización es la reducción de los niveles de salarios que perciben los trabajadores según tipo de contrato que posean.

El menor salario [dicen] puede explicarse por las características personales de los trabajadores, ya que los que tienen contrato por tiempo indeterminado son de mayor edad y con mayor nivel educativo. Los mayores costos de los contratados permanentes responden también a las condiciones de las empresas, pues los contratos temporales y los sin contrato predominan en las microempresas que poseen menor capacidad de pago. Por último, los diferenciales de costo se asocian también a la mayor debilidad en la negociación colectiva, resultado del mayor peso de las formas atípicas de contrato asalariado⁹.

Respecto de lo segundo, es indudable que las empresas disfrutaban de márgenes de decisión en materia contractual de los que carecían tradicionalmente, y que se benefician de los menores costos salariales¹⁰, lo cual «sugiere [según Tokman y Martínez] que, al menos en este aspecto, la reforma habría logrado los objetivos buscados»¹¹. De ese modo, es indudable que las empresas disponen de una mayor capacidad de adaptación a los cambios. La pregunta que subsiste, empero, es si el mejor medio para conseguirla era la precarización del trabajo o si hubiera sido posible un resultado semejante o aun mejor a través de otros mecanismos.

Es que la contratación temporal o precaria adolece de graves limitaciones y las ventajas que podría acarrear se ven ampliamente superadas por sus inconvenientes, algunos de los cuales son —según Sanguinetti— el que «además de traducirse en una elevación puramente coyuntural de los índices de empleo, terminó por generar una marcada «dualización» de los trabajadores entre un contingente cada vez más reducido de «fijos» y una cantidad progresivamente amplia de «temporales», una degradación de los niveles de formación y profesionalización de estos últimos y una importante elevación de los índices de «rotación» laboral para la

9 Los «sin contrato» aluden al contrato «en negro», aquel que no tiene contrato escrito, no figura en planilla y no se le hacen los descuentos establecidos por ley para financiar las diversas prestaciones sociales. En Argentina se refiere también a aquel que, aun teniendo un contrato temporal, no recibe beneficio social alguno y no está en las obras sociales (MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael. Ob. cit., p. 212).

10 El trabajador con contrato temporal representa un costo 34% inferior al contratado por período indeterminado. A su vez, el trabajador sin contrato representa en promedio una disminución del costo laboral de entre el 15% y el 30% en relación con el trabajador temporal.

11 MARTÍNEZ, Daniel & TOKMAN, Víctor. *Flexibilización en el margen: la reforma del contrato de trabajo*. Lima: OIT, 1999, pp. 33-34.

cobertura de los mismos puestos de trabajo...»¹². Federico Durán López, con asiento en la realidad española, apunta asimismo que

un desarrollo continuado de las modalidades de contratación temporal parece que provoca perjuicios innegables para la productividad y para la competitividad de las empresas y de la economía en general. Presiona indebidamente sobre los costos del desempleo (por la rotación mano de obra que produce), aumenta la siniestralidad laboral (en España, la tasa de siniestralidad laboral de los trabajadores vinculados a la empresa por contrato temporal fue, en 1993, exactamente el doble que la de los trabajadores vinculados por un contrato de duración indefinida) y dificulta o impide las actividades de formación continua de los trabajadores, cada vez más importantes. Además, por último, dificulta también el desarrollo de los mecanismos de colaboración y de participación de los trabajadores en la empresa¹³.

Arce coincide con ello al señalar que,

al margen del éxito o fracaso de los objetivos perseguidos por la contratación temporal en las actividades permanentes de las empresas, los efectos de aquella sobre el mercado de trabajo se traducen principalmente en una marcada segmentación de la clase trabajadora. Los contratos de trabajos sujetos a modalidad [...] han venido a crear distintos niveles de protección respecto de los contratos indefinidos. Es cierto, que un trabajador contratado a plazo fijo puede tener una remuneración superior a la de un trabajador a plazo indeterminado, pues todo dependerá de las características concretas de la prestación de servicios. Sin embargo, lo más frecuente es que por su propia situación de desempleado, el trabajador acepte condiciones inferiores a las que le corresponden. Aun más, los beneficios de carácter económico acumulables por el transcurso del tiempo difícilmente serán percibidos por prestaciones de servicios de tiempo limitado, por cuanto en teoría cada contrato representa un vínculo jurídico distinto¹⁴.

Y en una nota asaz preocupante añade: «La excesiva temporalidad conlleva una dinámica de rotación de mano de obra que pone en riesgo, a menudo, la integridad o la vida del trabajador. La necesidad de cambiar de trabajo permanentemente cede el paso a la impericia y, por ende, a los accidentes de trabajo»¹⁵.

Hay otras desventajas que se suman a las ya anotadas, esta vez desde la óptica del simple interés empresarial, como los gastos extra de

12 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Lima: ARA, 1999. p. 14.

13 DURÁN LÓPEZ, Federico. Citado por DE BUEN LOZANO, Néstor. «Las empresas de mano de obra». En *Memorias del Décimo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Ob. cit., p.132.

14 ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 42.

15 *Ibidem*, p. 43.

administración derivados de la proliferación de los contratos, que exigen siempre una formalización escrita, su legalización o registro ante las autoridades, controles internos que deben ser implementados para el seguimiento de los plazos, medidas a ser aplicadas al momento de su renovación (o no renovación), etcétera, todo lo cual se traduce en auténticos sobrecostos, invisibles pero reales, puesto que un manejo desaprensivo puede derivar en la transformación de los contratos en permanentes, no por acto de decisión sino por simple descuido.

Tampoco es desdeñable el que muchas veces los contratos temporales son utilizados de mala manera para cubrir como temporales actividades de suyo permanentes o para generar una especie de período de prueba más prolongado del legalmente autorizado. La desnaturalización de los contratos, sea por no corresponder a la realidad, sea por haberse despegado de ella durante su ejecución, provoca idéntica consecuencia no querida. Por eso resulta explicable que los desarrollos modernos apunten en la dirección opuesta a aquella seguida al inicio de las reformas.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es indudable que la reforma laboral en el Perú, introducida a comienzos de la década postrera del siglo XX, tuvo como uno de sus núcleos emblemáticos el de la modalización del contrato de trabajo.

La Ley de Fomento del Empleo, más allá de su nombre y de su explícita intención, era, en realidad, una Ley del Contrato de Trabajo, ya que son más trascendentes las normas que a este se refieren que las que, casi tangencial o coyunturalmente, se vinculan al propósito expresado en su nombre.

Como ya se ha señalado, la ley no contribuyó el fomento del empleo, pero sí a su precarización: estadísticamente, en un momento determinado eran muchísimos más los contratos que se celebraban sujetos a modalidad que a tiempo indeterminado, lo que generó una intensa movilidad en la mano de obra.

Algunas medidas legislativas —fruto más de la impericia que de la meditación— introdujeron, sin embargo, algunas incongruencias, como la relativa a la indemnización por terminación *ante tempus*, que han hecho onerosa y hasta peligrosa la contratación a plazo. De ese modo, sin querer queriendo, se ha limitado su utilización.

No es tal, a nuestro ver, la vía adecuada de legislar. La ley debe tener metas y propósitos claros, y uno de ellos debiera ser fortalecer la contratación permanente, reservando a la temporal un espacio reducido y condicionado. Esa es la línea de tendencia moderna de las legislaciones

en España y Argentina, que fueron, en su momento, las inspiradoras de la contratación modal en nuestro ordenamiento.

Expresa muy bien estos conceptos Sanguinetti:

Para conseguir la esperada flexibilidad laboral no es preciso [...] renunciar a la exigencia de causalidad de la contratación temporal, sino diseñar fórmulas que contemplen de la manera lo más fiel posible las necesidades reales de personal no permanente de las empresas. La clave está, así, en proyectar un sistema que, sin dar lugar a la arbitrariedad, sea capaz de adaptarse con plasticidad a las demandas de trabajo eventual de las empresas¹⁶.

En esa línea, el proyecto de Ley General de Trabajo, elaborado en el año 2002 por una Comisión *ad hoc*¹⁷ y revisado en 2011 por otra¹⁸, tiene por vocación modular en parte la profusión de la legislación vigente, al reducir el número de contratos modales. En el proyecto se consignan únicamente los siguientes: por inicio de actividad, por necesidades coyunturales, del mercado, el contrato ocasional, el de suplencia, el contrato por obra determinada o para servicio específico y el contrato expresamente autorizado por ley. Un importante cambio es que los contratos intermitente y de temporada, que anteriormente figuraban en el elenco de los contratos temporales, ahora son considerados de duración indeterminada.

En los actuales momentos, se ignora si el proyecto logrará tener curso y concretarse finalmente, cuestión que será tamizada por el Ministerio de Trabajo y por el Consejo Nacional del Trabajo.

De aprobarse, algo de racionalidad se introducirá en un área bastante enrarecida, por la legislación en sí, pero sobre todo por su distorsionada aplicación.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷ Comisión integrada por Carlos Blancas Bustamante, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos, actuando como secretario técnico Adolfo Ciudad Reynaud.

¹⁸ Integrada por Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Alfredo Villavicencio Ríos y Jaime Zavala, bajo la presidencia de Carlos Blancas Bustamante y actuando como secretario técnico Guillermo Miranda.

Una visión ponderada de la legislación laboral: comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de «Ley de la Nueva Empresa»*

A weighted view of labor law: commentaries on the MSE regime and the proposal «Law of New Enterprise»

CHRISTIAN SÁNCHEZ**

Resumen: El presente artículo evalúa el carácter constitucional del Régimen de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) y de la propuesta legislativa de la «Ley de la Nueva Empresa» a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Con dicho propósito parte de analizar los caracteres propios del derecho a la igualdad, que como derecho liberal clásico es base de derechos sociales como el derecho al trabajo. Finalmente, el artículo busca despejar la duda de si los referidos regímenes, MYPE y Ley de la Nueva Empresa, obedecen a una política de promoción del empleo o más bien introducen un trato diferenciado sin sustento objetivo y, en consecuencia, inconstitucional.

Palabras clave: Ley de Nueva Empresa – regímenes laborales – derechos fundamentales laborales – principio – derecho a la igualdad

Summary: The present article evaluates constitutional character of the regime of Micro and Small Enterprises (MSE) and the legislative proposal of «Law of New Enterprise» from the jurisprudence of the Constitutional Court. With this purpose it starts with analyzing own characters of the right to equality as a classical liberal right that is based on social rights as the right to work. Finally, the article seeks to dispel doubt of whether those regimes, MSE and the Law of New Enterprise, they obey to a policy of promotion of employment or rather they introduce a differentiated treatment without objective basis and therefore unconstitutional.

Keywords: Law of New Company – labor regimes – fundamental labor rights – principle – right to equality

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I.– REGÍMENES LABORALES ESPECIALES, EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS.– II. EL ENFOQUE PREDOMINANTE EN LA FORMALIZACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LA MICROEMPRESA: LA REDUCCIÓN DE COSTOS LABORALES.– III. EL RÉGIMEN DE LA LEY MYPE Y LA AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL.– IV. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA «NUEVA EMPRESA».– IV.1. PERMANENCIA EN EL RÉGIMEN.– IV.2. BENEFICIOS SOCIALES EN LA NUEVA EMPRESA.– V. COMENTARIO.– VI. CONCLUSIONES.

* Agradezco a Willman Meléndez por sus valiosos comentarios y reflexiones que contribuyeron a la versión final de este artículo.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[...] la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho.

LUIS PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*

INTRODUCCIÓN

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, nuestra Constitución declara que nuestro Estado encarna el modelo «democrático y social de derecho», a partir de una interpretación conjunta de sus artículos 3 y 43.

Este modelo de Estado requiere, según el mismo tribunal, de dos requisitos básicos: i) la existencia de «condiciones materiales» para alcanzar sus presupuestos y ii) la identificación del Estado con los fines de su «contenido social». Precisamente, los fines de su denominado «contenido social» no son más que el logro de la plena efectividad de todos los derechos fundamentales, incluidos por cierto los derechos económicos, sociales y culturales. Para ello, dentro del mismo modelo de Estado «democrático y social de derecho» se requiere de

[...] una decidida labor del Estado, por un lado orientada a «realizar acciones» que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad), salud, trabajo y educación (por ejemplo, mejorando los servicios de salud, creando más puestos de trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y por otro a «abstenerse» de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad, o no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes)¹.

Pero el Tribunal Constitucional también ha dejado sentado que el modelo de Estado se define como uno «constitucional de derecho»; ello a partir de una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 38, 45 y 31 de la Constitución². Con ello, el tribunal reafirma el tránsito de la

1 Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el expediente 4232-2004-AA/TC. Así, en dicha sentencia, el TC señala que dentro de los fines de contenido social que identifican a este modelo del Estado se encuentran, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, por lo que para lograr la mayor efectividad de estos, tal como se ha mencionado en los párrafos precedentes, el Estado tiene tanto «obligaciones de hacer» (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como «obligaciones de no hacer» (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos), por lo que no resultan válidas las posiciones que solo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de no hacer, y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación) solo obligaciones estatales de hacer.

2 Sentencia del TC recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC: «2. La Constitución como norma jurídica. 3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido

disciplina jurídica de lo que se denomina paleo-iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho o Estado legal a un modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho o Estado constitucional, donde no solo en la forma se busque la primacía constitucional por sobre la literalidad de las normas inferiores en jerarquía; sino que ello —yendo más allá de la simple declaración— se irradie en la práctica que del Derecho hagan los operadores jurídicos, sean estos jueces, funcionarios y/o servidores públicos y defensores en general³.

Dicho modelo, nos referimos al modelo del «Estado constitucional y social de Derecho», se inserta dentro del modelo de Estado delineado por una «presuntamente nueva cultura jurídica» —para utilizar la denominación empleada por Prieto Sanchís— conocida como neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o «constitucionalismo a secas», que ejerce una poderosa influencia, como señala el autor, en la configuración de un nuevo modelo o forma de organización jurídica política, una nueva teoría del derecho que trata de explicar aquel y una ideología que justifica y trata de defender aquella forma de organización jurídico-política⁴.

Pues bien, no cabe duda que el Tribunal Constitucional ha definido el derrotero que debe seguir nuestra cultura jurídica y con ello la «nueva» teoría del derecho que por cierto debe también servir de marco de referencia del Derecho del Trabajo.

En palabras de Prieto Sanchís, la nueva teoría del Derecho puede definirse con los siguientes cinco rasgos:

[...] más principios que reglas, más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos

dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso —de la mano del principio político de soberanía popular— al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”.

3 Consecuentemente: i) cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no solo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales; ii) se disciplinan las formas de producción legislativa, imponiendo prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constar para que sean eliminadas o corregidas; iii) se altera el papel de la jurisdicción, aplicándose la ley solo si es constitucionalmente válida, siendo su aplicación e interpretación un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional; iv) se introduce una dimensión sustancial en la naturaleza de la democracia que la limita y complementa a la vez. Lo primero en tanto que introduce prohibiciones y obligaciones a los poderes de la mayoría que de otro modo serían absolutos. Lo segundo, en tanto que tales prohibiciones y obligaciones se configuran como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de dichos poderes. Al respecto, ver FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de derecho». En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 18-19.

4 PRIETO SANCHÍS, Luis. «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». En CARBONELL, Miguel (ed.). Ob. cit., p. 123.

los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas⁵.

Consecuentemente, la ponderación juega un papel central en esta nueva versión de la teoría del derecho. Así, como método de argumentación ha sido víctima de muchas críticas debido principalmente al evidente uso de valoraciones (que abren campo a una amplia discrecionalidad); al incremento de la indeterminación del derecho por la utilización de principios; y a la evaluación de las «circunstancias del caso» que por su indeterminación plantean la utilización de «jerarquías móviles» que varían según la particularidad del caso haciendo que unos principios aparezcan derrotados, mientras que en otros casos que enfrentan los mismos principios, se produzca un resultado diferente; en fin, todas estas y otras tantas son las críticas que se formulan a este método argumentativo⁶.

Sin embargo, en su defensa se afirma que aun cuando «exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el palpito o las corazonadas»⁷, pues como bien señala Sanchís y con quien coincide Atienza, se trata de aplicar con seriedad las exigencias de la argumentación, lo cual requiere de «motivar y razonar» en función a las más importantes propiedades relevantes de un caso para llegar a la construcción de verdaderas reglas para resolver casos futuros dotando así de universalidad los resultados provenientes de la ponderación.

En resumen, ni este método ni sus resultados deben estar privados de racionalidad (racionalidad práctica), manteniendo las decisiones que emanen de él «entre sí un considerable grado de coherencia» que se fundamenten en «criterios que pretenden ser universales» y que produzcan «consecuencias socialmente aceptables» sin contradecir ningún extremo constitucional como bien señala Atienza.

Pues bien, no cabe duda que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de este método argumentativo con un rol protagónico en el nuevo paradigma de la teoría del derecho y ello queda demostrado en

5 L. cit.

6 Sobre los argumentos a favor y en contra de la ponderación y en especial sobre la defensa de esta, ver PRIETO SANCHÍS, Luis. «El juicio de ponderación constitucional». En CARBONELL, Miguel & Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010; ATIENZA, Manuel. «A Vueltas con la ponderación». *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, 1 (2010).

7 PRIETO SANCHÍS, Luis. «El juicio de ponderación constitucional». p. 105.

innumerables sentencias en las que ha recurrido a él para resolver un conflicto entre principios.

Lamentablemente, en lo que atañe a casos vinculados al derecho del trabajo, como es el caso de la sentencia recaída en el expediente 00027-2006-PI, en la que se tratan de ponderar principios en pugna vinculados a los efectos de políticas de «fomento del empleo» en un determinado sector productivo, el alto tribunal no tomó en consideración todas las propiedades relevantes del caso para resolverlo adecuadamente conforme a la Constitución.

Desde nuestro punto de vista, las propiedades relevantes de un caso como el que a continuación analizaremos exigen ir más allá de los argumentos jurídicos y acercarnos a otras disciplinas como la economía del trabajo para obtener suficientes datos de la realidad que nos permitan comprender, en su real magnitud, los efectos que pueden generar este tipo de políticas. Cabe también realizar a futuro una reflexión profunda sobre la base del nuevo paradigma que el alto tribunal defiende acerca de las instituciones del derecho del trabajo, materia que obviamente escapa al presente artículo.

En este escenario, el presente artículo evalúa el carácter constitucional del régimen de la micro y pequeña empresa (MYPE) y de la propuesta legislativa de la «Ley de la Nueva Empresa».

A tal fin, iniciaremos el análisis asentando los caracteres propios del derecho a la igualdad que como derecho liberal clásico es base de derechos sociales como el derecho al trabajo.

Hecho ello, haremos hincapié en cada uno de los caracteres del régimen MYPE como de la «Ley de la Nueva Empresa» para poder determinar si su regulación es o no acorde al modelo constitucional de estado social de derecho, el cual no solo se debe limitar al reconocimiento del derecho al trabajo; sino que debe procurar el goce de los derechos sociales en condiciones equitativas para todos los ciudadanos y ajenas, evidentemente, a todo viso discriminatorio.

Se buscará determinar si los referidos regímenes, MYPE y Ley de la Nueva Empresa, obedecen a una política de promoción del empleo o más bien introducen un trato diferenciado sin sustento objetivo y en consecuencia, inconstitucional.

517

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

I. REGÍMENES LABORALES ESPECIALES, EL PRINCIPIO-DERECHO A LA IGUALDAD⁸ Y LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la necesidad de efectuar un

[...] adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. [...] la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. [...], cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable⁹.

A partir de lo señalado por el Tribunal, no todo trato diferenciado es discriminatorio pues allí donde hay elementos objetivos y razonables (diferencias) para distinguir o tratar de manera distinta no hay discriminación.

Según Ferrajoli

[...] las diferencias —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas identidades de cada persona; las segundas, a formar las diversas esferas jurídicas¹⁰.

De este modo, mientras las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas por el principio de igualdad formal frente a discriminaciones o privilegios y como tales merecen una especial atención de parte del legislador para relevarlas; por otro lado, las desigualdades deberían ser removidas o al menos reducidas por la igualdad sustancial a la que apunta la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales sociales.

Más aun, Ferrajoli conecta claramente el principio de igualdad con los derechos fundamentales de la persona: «[...] a los de libertad en cuanto

8 Sobre el particular, ver QUIÑONES, Sergio & Christian SÁNCHEZ. «Igualdad ante la Ley y Regímenes Laborales Especiales». En SANGUINETI, Wilfredo & otros. *Estudios de derecho del trabajo y la seguridad social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, 2009, pp. 291-307.

9 Expediente 0048-2004-AI, fundamento 62.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 82.

derechos al igual respeto de todas las “diferencias”; [y] a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las “desigualdades”»¹¹.

En definitiva, cuando nos encontremos frente a diferencias, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque formal) debe garantizar su valoración y respeto, relevando dichas diferencias e introduciendo tratos diferenciados razonables y proporcionados. Cuando nos encontramos frente a desigualdades, en cambio, la igualdad ante la ley (desplegando su enfoque sustancial) debe apuntar a reducirlas o compensarlas, buscando eliminar las referidas desigualdades.

Nótese, pues, que identificar una situación de desigualdad y buscar su reducción, compensación y —eventualmente— su eliminación constituye la garantía esencial del principio de igualdad ante la ley desde su enfoque sustancial y se vincula íntimamente con el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de contenido social, dentro de los que destaca —naturalmente— el derecho al trabajo y el de la protección social.

De esta forma, las diferencias en el trabajo, esto es, las particularidades de la prestación de servicios son pues el primer sustento de un trato diferenciado en materia laboral que autoriza a un trato diferenciado legítimo, ejemplo de ello es el régimen especial de los trabajadores portuarios, el de construcción civil, entre otros¹².

De otro lado, tenemos a los tratos diferenciados que tienen como sustento el rol estatal de promoción del empleo o de un determinado sector productivo que por sus características particulares (por sus diferencias objetivas en contraposición a otros sectores productivos) merece una política de promoción.

Según el artículo 23 de la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo: a) promover condiciones para el progreso social y económico, para tal efecto, tiene la obligación de

11 *Ibidem*, p. 83.

12 Sobre el particular podemos reseñar: «En el empleo privado existen al menos 12 regulaciones diferenciadas según sector de actividad y oficio, y en el empleo público al menos 15 regulaciones diferenciadas también por sector de actividad. En ocasiones, las diferencias de trato obedecen a razones válidas como la eventualidad de la labor o la multiplicidad de empleadores (p.e. construcción), el régimen de apropiación de los frutos del trabajo (p.e. artistas) o la presencia de condiciones de trabajo diferenciadas, indispensables para la realización del contrato de trabajo (pe. labores mineras o vacaciones de docentes). Pero también, en otros casos, las diferencias legislativas van más allá de las particularidades propias de determinadas labores y se convierte en arbitrarias. Por ejemplo, la previsión de beneficios económicos recortados o la inaplicación de la remuneración mínima en el régimen del trabajo del hogar carecen de justificación objetiva y convierten la diferenciación en discriminatoria por el efecto adverso o negativo que su aplicación origina en las mujeres. Otras veces, como ya se ha adelantado, las diferenciaciones obedecen a supuestos fines promocionales como ocurre, principalmente, con la norma que establece el régimen de contratación temporal para las empresas que realizan exportaciones no tradicionales, las normas de promoción del sector agrario y el régimen de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa» (GAMERO, Julio & Edgardo BALBIN. «Diagnóstico y agenda de los trabajadores para los candidatos presidenciales». Documento de Trabajo, mayo de 2011, p. 35).

establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; b) asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador; c) asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento; y d) proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

El artículo 58 de la Constitución reconoce que la iniciativa privada se ejerce en el marco de una economía social de mercado¹³, y que en dicha economía el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

La economía social de mercado y la cláusula de Estado Social imprimen al Estado el deber de adoptar medidas legislativas que, además de fomentar la inversión privada, estén orientadas al cumplimiento de fines sociales de relevancia constitucional como son alcanzar una distribución equitativa del ingreso, la prestación eficaz, eficiente y plena de los servicios sociales, el efectivo goce de los derechos económicos y sociales consagrados en la Constitución y la verificación del principio de igualdad en lo atinente a la elaboración y aplicación de la ley; y, singularmente, en lo pertinente a la consolidación de la igualdad real de oportunidades.

En estos casos, en los que se pretende juzgar si un trato diferenciado es o no discriminatorio, o, de otro modo, si una política pública de fomento de la formalización del empleo (expresada a través de una norma con rango de ley) afecta de manera desproporcionada o irrazonable un conjunto de derechos fundamentales; se aprecia un conjunto de principios que juegan en sentido contrario u opuesto: de un lado, el deber estatal de promoción o fomento del empleo y, de otro, los derechos fundamentales laborales y de protección social.

Así pues, si bien el rol estatal de promotor del empleo encuentra acogida en nuestra constitución, ello no obsta que ninguna política de fomento del empleo puede afectar derechos fundamentales¹⁴ de

¹³ El TC ha señalado que: «[...] la economía social de mercado [...] trata de un modelo de economía de mercado que pone atención y preocupación en la corrección de desigualdades y en promover el desarrollo económico en un marco de justicia social [...]», añadiendo que «[...] la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho. [...] debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada [...] por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. [...] b) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social» (expediente 00008-2003-AI/TC, fundamento 13 (a)).

¹⁴ Adoptamos la definición propuesta por el TC, según la cual, los derechos fundamentales son aquellos que la Constitución reconoce y que se derivan del principio-derecho de dignidad humana,

manera desproporcionada o irrazonable, precisamente por el carácter fundamental y propiamente universal de los derechos fundamentales, en este caso, de los de naturaleza laboral y de protección social.

El instrumento utilizado por el Tribunal para determinar si un trato diferenciado es razonable y proporcional se ha denominado el test de igualdad (a partir de un ejercicio argumentativo que se realiza sobre tres sub principios: el de idoneidad o adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad), expresión metodológica de una técnica de argumentación jurídica que es la ponderación¹⁵.

En este caso, se hace necesaria una ponderación entre los diversos principios que entran en juego de manera conflictiva, ello nos lleva a señalar que siempre que una política pública de fomento del empleo desee introducir un trato diferenciado, se requiere un análisis detallado de los efectos de dicha política en los derechos fundamentales, en su temporalidad estricta, y en la necesaria introducción de equilibrios entre lo individual y lo colectivo.

El juicio de ponderación para este caso podría resumirse a partir de la siguiente regla: «es posible crear un régimen laboral especial de fomento a una determinada actividad siempre que el mismo sea temporal, esté sujeto a una evaluación constante de sus efectos en el mercado de trabajo y en las relaciones individuales y colectivas de trabajo y no afecte de manera desproporcionada o irrazonable derechos fundamentales».

no agotándose en los derechos calificados como fundamentales por la propia Constitución, sino que abarcan también bajo dicha categoría a otros derechos implícitos que se derivan de principios constitucionales básicos. Así, en la Sentencia del TC, recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC, en el proceso constitucional de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández, fundamentos jurídicos 2 al 4, dicho tribunal ha señalado: «§1. Los derechos fundamentales de la persona humana. 2. El concepto de derechos fundamentales comprende: «tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica». (PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37). Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)».

15 Prieto Sanchis nos dice sobre aquellos supuestos en los que se recurre a la ponderación: «Los supuestos hasta aquí examinados se caracterizan, pues, por la existencia de un conflicto constitucional que no es posible resolver mediante el criterio de especialidad. El juez ante el caso concreto encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de algunas de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan solo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una «jerarquía móvil» o «axiológica» y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto, un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, [...]» (PRIETO SANCHIS, Luis. «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», pp. 142-143).

Una regla de esta naturaleza se hace necesaria en la futura Ley General de Trabajo para que sirva como guía u orientación para el legislador y para que postule de manera explícita la necesidad de ponderar siempre que se quiera introducir un trato diferenciado con efectos en derechos fundamentales. La creación de futuros regímenes laborales especiales no puede estar exenta de un juicio de ponderación.

II. EL ENFOQUE PREDOMINANTE EN LA FORMALIZACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE LA MICROEMPRESA: LA REDUCCIÓN DE COSTOS LABORALES

Se constata que las políticas públicas de promoción del empleo en el sector de la microempresa han tenido como eje la de reducción de costos laborales, con directa incidencia en un conjunto de derechos laborales fundamentales y de protección social, reconocidos por la Constitución.

Como ejemplo, podemos apreciar en la siguiente tabla la notable reducción de los denominados «costos laborales»¹⁶ que ha operado con la entrada en vigencia del régimen de la Ley MYPE¹⁷:

Régimen laboral	General	Pequeña	Micro	Total
Cobertura potencial				
Empresa	0,1%	4,1%	95,8%	100%
Trabajadores	23,7%	26,8%	49,6%	100%
Remuneración mensual referencial	S/. 990			
Costos laborales no salariales a cargo del empleador (% de la remuneración)				
Compensación por tiempo de servicios (CTS)	58,0%	29,1%	5,7%	
Gratificaciones	10,3%	4,9%	-	
Vacaciones	17,8%	8,3%	-	
Salud	8,9%	4,2%	4,2%	
Asignación familiar	11,1%	9,8%	1,5%	
Seguro de vida	6,8%	-	-	
Seguro complementario de trabajo de riesgo	0,7%	0,6%	-	
Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI)	1,5%	1,3%	-	
	0,9%	-	-	

Elaboración: Fernando Cuadros

¹⁶ Estos pueden dividirse, en términos económicos, en: salariales (remuneración) y no salariales (compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, remuneración vacacional, contribuciones a la seguridad social, asignación familiar, entre otros).

¹⁷ Nos referimos al Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, aprobado por decreto supremo 007-2008-TR.

Cuáles han sido los resultados de esta política de formalización a través de la reducción de costos laborales, los podemos apreciar en el siguiente cuadro:

	Total (formales e informales)	Formalización con ley 28015 jul. 2003-sep. 2008	% de formalizados	Formalizadas con nueva Ley MYPE oct. 2008-ago. 2011	% de formalizadas
Micro-empresas	944 900	44 089	4,7%	71 564	7,6%
Pequeñas empresas	40 375	-	-	9249	22,9%

	Total (formales e informales)	Formalizadas con la Ley MYPE	% de formalizados
Trabajadores de microempresas	2 561 734	185 764	7,3%
Trabajadores de pequeñas empresas	1 382 156	49 712	3,6%

	% de empresas registros en Planilla Electrónica Inscritas en REMYPE
Microempresas	26,4%
Pequeñas Empresas	16,8%

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza INEI y Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo
Elaboración: Fernando Cuadros

El escaso número de empresas (solo el 7,6% de las microempresas desde la vigencia de la ley 28015) y trabajadores (solo el 7,3% de los trabajadores de la microempresa) que han ingresado a la formalidad revelan que el incentivo creado no era el más adecuado y nos confrontan con la necesidad de buscar el mismo objetivo a través de políticas complementarias, basadas en un mayor sacrificio estatal, como son las políticas de mejora de la competitividad basadas en el incremento de la productividad.

En esa línea, la OIT, a través del documento denominado «Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica 2006-2015», sugiere, con el propósito de mejorar la calidad del empleo en las micro y pequeñas empresas, el desarrollo de políticas que mejoren los niveles de protección social y el desarrollo de capacidades de representación gremial, políticas que mejoren el acceso de las MYPES a los mercados y servicios (con especial énfasis en la mejora de la productividad) y mejorar el marco reglamentario (barreras de acceso al mercado)¹⁸.

18 «183. Se propone actuar en tres ámbitos prioritarios. En primer lugar, es necesario iniciar y dar prioridad a acciones que se centren en los problemas de la baja protección social y de su inadecuada representación, lo cual requiere cambios orientados a la legalización de las MYPE, nuevos esquemas de protección social para sus trabajadores y el desarrollo de las capacidades de negociación y articulación de los gremios de trabajadores y empresarios, ya que, aunque se reconoce que en

523

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

Sobre este tema, es importante destacar el siguiente comentario:

Como se desprende claramente de la revisión de la Ley MYPE, esta se centra en la disminución de los beneficios laborales que les corresponderían de acuerdo al régimen laboral general¹⁹ a los nuevos trabajadores contratados por empresas con no más de 100 trabajadores y ventas anuales hasta el monto máximo de 1.700 unidades impositivas tributarias (a partir de la entrada en vigencia de la ley), con el propósito de «promover la competitividad, formalización y desarrollo de la micro y pequeña empresa». Ello, desde el punto de vista económico, implica la reducción de los denominados costos laborales no salariales, es decir, aquellos adicionales a la remuneración mensual percibida por los trabajadores²⁰.

Sin embargo, cabe preguntarse si realmente una reducción de costos laborales no salariales constituye el instrumento más conveniente para promover la competitividad y la formalización de las micro y pequeñas empresas. Consideramos que no, por las razones que se exponen a continuación.

En lo que respecta a temas de competitividad y más precisamente en lo referido a la competitividad en materia laboral, la variable más relevante es el costo laboral por bien producido²¹ (o costo laboral unitario) y no los costos laborales no salariales.

varios países se vienen aplicando políticas de fomento de la competitividad que incluyen a las MYPE, las políticas que se refieren a sus derechos y a la protección social de sus trabajadores no han avanzado al mismo ritmo. 184. En segundo lugar, se precisan políticas que mejoren el acceso de las MYPE a los mercados y servicios. En este caso, si contaran con un entorno de servicios productivos apropiados en materia de finanzas, capacitación, mercadotecnia, calidad, información, etcétera, las MYPE podrían incrementar su presencia y participación en el mercado, aumentar la productividad y crear y mantener empleos de calidad. En este marco, es especialmente importante diseñar y aplicar políticas que alienten a las microempresas y pequeñas empresas a incorporarse a conglomerados productivos. Para ello, podría ser especialmente eficaz ofrecer algún tipo de incentivo a las empresas que constituyen el núcleo del conglomerado para que promuevan la incorporación de las microempresas y pequeñas empresas. 185. En tercer lugar, estas medidas no tendrán el impacto que debieran si los marcos reglamentario y de políticas no son propicios al desarrollo de las MYPE. Por un lado, tal como ha puesto de manifiesto un estudio de la OIT, existe una suerte de paradoja en lo que se refiere a la promoción de las MYPE, ya que, mientras se implantan y ejecutan programas de apoyo específicos para ellas, el marco reglamentario es en general adverso para las empresas pequeñas en una serie de esferas que van desde los sistemas de registro para la apertura de empresas hasta los reglamentos de comercio, finanzas y exportación que limitan seriamente la capacidad de este tipo de empresas. A ello hay que añadir los problemas que tienen las empresas de cualquier tamaño de la región en lo que el Banco Mundial ha denominado «entorno de negocios» (OIT. «Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015. Informe del Director General». Brasilia: OIT, 2006, p. 57. Este informe puede ser consultado en el sitio web de la OIT (<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/rgmeet/americas.htm>)).

19 El régimen laboral general que rige en nuestro país es el previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por decreto supremo 003-97-TR, y en las demás normas que —con carácter general— regulan los beneficios laborales.

20 CUADROS LUQUE, Fernando. «Nueva Ley MYPE: ¿es el remedio peor que la enfermedad?». *Trabajo & Desarrollo*, 7 (2010), p. 26.

21 Se refiere al gasto promedio en mano de obra que debe realizar una empresa para producir una unidad de los bienes que oferta.

El costo laboral unitario depende de dos variables, el costo laboral por trabajador (que incluye los costos salariales y no salariales) y el producto por trabajador (productividad del trabajo).

De esta manera:

- CLU = costo laboral unitario (o costo laboral medio por bien producido)
- CLT = costo laboral total (incluye costos salariales y no salariales)
- E = número de trabajadores
- Q = valor de la producción total
- CLT/E = costo laboral medio por trabajador (o costo laboral por unidad de trabajo)
- Q/E = producto medio por trabajador (variable *proxy* de la productividad del trabajo)

$$CLU = \frac{CLT/E}{Q/E}^{22}$$

Existen pues dos formas de reducir el costo laboral unitario: a través de una reducción de los costos laborales totales y a través de una mejora (incremento) de la productividad.

Para Cuadros Luque,

La primera de ellas es la menos conveniente por los efectos perjudiciales que generaría en la sociedad al cargarle todo el costo del crecimiento a los trabajadores²³ (lo cual sería un catalizador de conflictos sociales) y porque posee un margen reducido de acción (no se puede aplicar todos los años). También se debe tener en consideración que una política enfocada únicamente en la disminución de costos laborales por trabajador reduciría el poder adquisitivo de la masa asalariada, lo cual implicaría una disminución del consumo y la demanda interna y por ende, una desaceleración de la inversión y el crecimiento de los sectores enfocados en el mercado interno. En última instancia, de acuerdo a la evidencia empírica internacional, la reducción de costos laborales (salariales o no salariales) por trabajador tampoco tendría un efecto significativo en la generación de empleo formal²⁴.

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

22 L. cit.

23 Ello al reducir su poder adquisitivo y limitar sus posibilidades de capacitarse, lo cual implica disminuir su calidad de vida y su productividad futura.

24 L. cit.

En el mismo sentido opinan Gamero y Balbín al señalar:

En el caso del régimen agrario y del régimen MYPE, como ya se ha adelantado, se pretende combatir el empleo no registrado asumiendo que su regularización se producirá una vez que se haya rebajado el estándar de protección laboral (que bajo esta perspectiva resultaría excesivamente costoso), sin considerar que el empleo informal tiene también causas estructurales y no necesariamente depende del análisis costo-beneficio que realiza el empleador. Además, no existe evidencia empírica que permita sostener que una política con componentes legislativos basada en la rebaja del estándar de protección laboral haya logrado algún resultado positivo en el objetivo de la formalización del empleo²⁵.

Como se puede apreciar, no existe evidencia que demuestre que el modelo de reducción de costos laborales es una política efectiva en el fomento de la formalización y, de otro lado, la política de formalización laboral basada en la reducción de los denominados costos laborales es una política socialmente inconveniente.

III. EL RÉGIMEN DE LA LEY MYPE Y LA AFECTACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

REFERENCIA	RÉGIMEN GENERAL	RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LA MYPE	
		MICROEMPRESA	PEQUEÑA EMPRESA
Remuneración	S/. 550,00	S/. 550,00 la Confederación Nacional de Trabajadores (CNT) puede aprobar una remuneración menor	S/. 550,00
Asignación familiar	10% de la Remuneración mínima vital (RMV) por hijo	No	No
CTS	Equivalente a una remuneración mensual por cada año. No tiene tope. Fracciones se pagan en dozavos y treintavos.	No	Equivalente a 5 remuneraciones diarias por cada año. Tope de 90 remuneraciones diarias. Fracciones en dozavos y treintavos.
Gratificaciones	1 remuneración mensual (RM) en julio y diciembre	No	½ remuneración en julio y en diciembre
Despido arbitrario o injustificado	1 ½ remuneración mensual por año. Tope de 12 remuneraciones	10 remuneraciones diarias por año, con un máximo de 90 remuneraciones diarias. Fracciones en dozavos.	20 remuneraciones diarias por año, con un máximo de 120 remuneraciones diarias. Fracciones en dozavos.

25 GAMERO, Julio y Edgardo BALBÍN. Ob. cit., p. 35.

527

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

Sobretasas nocturnas	RMV + 35%	No se aplica si es habitual	No se aplica si es habitual
Vacaciones	30 días	15 días	15 días
Seguro de vida	Para trabajadores con 4 años de servicios	No	Sí
Seguro en salud	EsSalud afiliación obligatoria. Aporte de 9% a cargo del empleador.	Seguro Integral de Salud (SIS) conductor y trabajador son afiliados al componente semi-subsidiado. Empleador aporta la mitad y el Estado un monto igual. EsSalud: acceden como asegurados regulares sin subsidio estatal.	Conductor y trabajador son afiliados regulares a EsSalud.
Seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR)	Porcentaje adicional variable según actividad	SIS no previsto. EsSalud sí.	Sí aplica el SCTR.
Pensiones	Afiliación obligatoria al Sistema Privado de Pensiones (SPP) o al Sistema Nacional de Pensiones (SNP). Aporte a cargo del trabajador.	Afiliación al sistema de pensiones sociales. Aporte del trabajador hasta un máximo del 4% de la RMV. Aporte Estado igual. Sistema de Cuanta individual del afiliado.	Conductor y trabajador se afilian al SPP y SNP. La afiliación del trabajador es obligatoria.

Elaboración: Edgardo Balbín

En primer lugar debemos señalar que el régimen laboral especial de la Ley MYPE sí tiene directa incidencia en un conjunto de derechos laborales y de protección social fundamentales.

¿Es razonable la reducción del descanso físico vacacional bajo la visión de considerarlo un «costo laboral»? Sobre el particular, en el estudio realizado por la OIT denominado «Working Time Around the World: Trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective» se señala que:

En lo que se refiere a los países donde se registra la mayor incidencia de jornadas laborales extensas en 2004-2005 (con más de 48 horas a la semana), Perú encabezó la lista con 50,9 por ciento de los trabajadores [...], seguido por la República de Corea con 49,5 por ciento, Tailandia con 46,7 por ciento [...] y Pakistán con 44,4 por ciento. En los países desarrollados, donde las jornadas laborales suelen durar menos, esta proporción fue de 25,7 por ciento en Reino Unido, 25,5 por ciento en Israel, 20,4 por ciento en Australia, 19,2 por ciento en Suiza y 18,1 por ciento en Estados Unidos.

En el mismo sentido, según la base de datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, «Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza, continua 2004-2009») los asalariados privados con jornadas superiores a 48 horas semanales

alcanzaban el 45,9% en el año 2009, en términos absolutos un total de 2,2 millones declararon laborar jornadas superiores a la máxima.

Por tales motivos, no se encontraría justificada la reducción del descanso físico vacacional en nuestro país. Aun más, el régimen especial suprime el derecho de los trabajadores de la microempresa a contar con la CTS.

Sobre el particular debemos destacar que uno de los mecanismos de control de la OIT con relación al cumplimiento de las normas internacionales (convenios ratificados) lo constituye la presentación de memorias anuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución de la OIT²⁶.

La revisión de las memorias anuales sobre las medidas adoptadas por los países para dar cumplimiento a los convenios que han ratificado corre a cargo de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, esta es la encargada de determinar en qué medida la legislación y la práctica de cada país es conforme a las obligaciones contenidas en los convenios ratificados. La Comisión puede, sobre la base del análisis de las memorias, elaborar observaciones (en cuanto al respeto y cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados) o solicitudes directas, solo las primeras se publican en el informe anual que elabora la Comisión.

El informe de la Comisión correspondiente a la 96 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, incluye un conjunto de observaciones en relación con el nivel de cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país a partir de la ratificación de ciertos convenios. Una de las observaciones está referida al nivel de cumplimiento que presenta nuestro país con relación al Convenio 44 sobre el desempleo.

En dicho informe, repitiendo una observación anterior, la Comisión considera que tanto la CTS como la indemnización por despido arbitrario, no constituyen un sistema de protección contra el desempleo en los términos definidos por el Convenio 44²⁷. El Convenio define el

26 OIT, Constitución, artículo 22: «Artículo 22.— Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que este solicite».

27 Convenio 44 sobre desempleo, artículo 1: «Artículo 1.1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a mantener un sistema que garantice a los desempleados involuntarios comprendidos en este Convenio: a) una *indemnización*, es decir, el pago de una cantidad devengada con motivo de las cotizaciones abonadas en virtud del empleo del beneficiario afiliado a un sistema obligatorio o voluntario; o b) un *subsidio*, es decir, una prestación que no constituye ni una indemnización, ni un socorro concedido en virtud de medidas generales de asistencia a los indigentes, pero que puede constituir la remuneración de un empleo en trabajos de asistencia organizados de acuerdo con las condiciones previstas por el artículo 9; o bien c) una combinación de indemnizaciones y subsidios. 2. A condición de que garantice a todas las personas a las que se aplica el presente Convenio las indemnizaciones o subsidios previstos en el párrafo 1, este sistema podrá ser: a) un sistema de seguro obligatorio; b) un sistema de seguro

conjunto de prestaciones posibles (indemnizaciones, subsidios o una combinación de ambas) y los instrumentos para otorgarlas (seguro obligatorio, voluntario, una combinación de ambos o un sistema de seguros complementado con uno asistencial).

La Comisión concluye señalando que queda a la espera de recibir la información referida a los estudios actuariales y los proyectos normativos que permitan poner en marcha un seguro de desempleo, a cuya entrega se había comprometido nuestro país.

El seguro de desempleo tiene como propósito cubrir una contingencia, la del desempleo o la de la pérdida de un puesto de trabajo, al suprimir la CTS el trabajador de la micro empresa queda en total desprotección y sin cobertura para esta contingencia, de esa forma, se vulnera el derecho de los trabajadores de la microempresa a no ser tratados diferentes si no existen elementos objetivos y razonables para hacerlo, consecuentemente, esta medida es discriminatoria.

En cuanto a la cobertura en salud para los trabajadores de la microempresa, podemos señalar que el artículo 48 de la Ley MYPE incluyó a los trabajadores de la microempresa en el denominado régimen Semisubsidado del SIS. Con esta disposición, la protección de los trabajadores dependientes en el ámbito de las microempresas quedaba sujeta, en materia de seguridad social en salud, a la protección que dicha norma y su posterior reglamento establecieron, sustrayendo a los trabajadores de la microempresa del ámbito de la seguridad social en salud que rige para el resto de los trabajadores dependientes y que está regulado por la ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y su reglamento aprobado por decreto supremo 009-97-SA.

Por ello, al no existir una disposición específica en el citado decreto legislativo que los incluya en la cobertura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), los trabajadores de la microempresa en materia seguridad social en salud quedaron excluidos de la afiliación al SCTR y sometidos únicamente a la cobertura que el decreto legislativo y su posterior reglamento definieron.

De manera contraria a lo establecido para los trabajadores de la microempresa, el artículo 40 del reglamento establece que los trabajadores de la pequeña empresa tienen derecho a un SCTR a cargo de su empleador cuando corresponda por la actividad que realicen, conforme a la ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

voluntario; c) una combinación de los sistemas de seguro obligatorio y de seguro voluntario; d) cualquiera de los sistemas precitados completado con un sistema de asistencia. 3. Las condiciones en que los trabajadores desempleados podrán pasar del régimen de indemnizaciones al régimen de subsidios, si el caso se presentare, serán fijadas por la legislación nacional».

Nuevamente la norma establece una diferencia de trato no sustentada en motivos objetivos, privando a los trabajadores de la microempresa de la afiliación al SCTR, aun cuando realicen algunas de las actividades de alto riesgo que determinan la afiliación a este régimen. Lo que sucederá en este caso es que los trabajadores que padezcan algún deterioro en su salud por incumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo accederán a las prestaciones del régimen general sin que se obtenga información importante sobre los riesgos en el trabajo y generando un subsidio que atenta contra la solidaridad del sistema de seguridad social.

Sobre el particular, la OIT a través del «Estudio financiero-actuarial y de la gestión de EsSalud: análisis y recomendaciones técnicas», elaborado en el mes de mayo de 2005, ha señalado:

Remitiéndonos al Convenio 102 de la OIT, el cual establece normas expresas relativas a la responsabilidad de financiamiento, resulta necesaria la extensión de la cobertura de los riesgos del trabajo a todos los trabajadores sin importar el nivel de riesgos a que estén asociados; en la situación actual, el fondo del Seguro de Salud (Regular y Agrario) está subsidiando gran parte de las prestaciones propias de riesgos laborales (que incluye prestaciones sociales, económicas y de salud), no solo en virtud de las carencias del marco jurídico (cumplimiento del Convenio 102 en materia de cobertura de riesgos laborales), sino también como consecuencia de los problemas de registro y clasificación de las atenciones derivadas de riesgos del trabajo²⁸.

Es por esta situación que el mismo estudio ha señalado:

Estas consideraciones invitan a la necesidad de acciones en dos líneas: i) desde el punto de vista de la gestión, la necesidad de que EsSalud separe y registre completamente el financiamiento y los gastos relativos a riesgos laborales (tanto de accidentes como de enfermedades profesionales) de todos los trabajadores afiliados y no solo los de trabajadores adscritos al SCTR, y ii) la incorporación de cambios jurídicos ante una posible agenda de reformas futuras tendientes a darle compleción al marco jurídico de la seguridad social en función de la Norma Mínima de Seguridad Social (Convenio 102)²⁹.

Esta exclusión genera un trato diferenciado incompatible con nuestra constitución; viola el principio de universalidad³⁰ de la seguridad social,

28 OIT. «Estudio financiero-actuarial y de la gestión de EsSalud: análisis y recomendaciones técnicas». Lima: Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, 2005, p. 62.

29 L. cit.

30 Se define este principio de la siguiente manera: «UNIVERSALIDAD: en sus dos vertientes (la objetiva y la subjetiva). La objetiva significa que la seguridad social debe cubrir todas las contingencias (riesgos) a las que está expuesto el hombre que vive en sociedad. La subjetiva, que todas las personas deben estar amparadas por la seguridad social. Este principio deriva de su naturaleza de Derecho Humano Fundamental» (MURRO OBERLIN, Ernesto Ramón. «El dilema de la seguridad social en el cono sur». Oficina Internacional del Trabajo: 2004, p. 24). Sobre este principio, cabe

afecta el principio de integralidad al privar a los trabajadores de la microempresa de las prestaciones y cobertura del seguro complementario de trabajo de riesgo y también desconoce lo dispuesto en el artículo 31³¹ del Convenio 102 de la OIT.

En cuanto a la protección social en pensiones debemos señalar que el artículo 49 de la Ley MYPE establece que los trabajadores y conductores de la microempresa comprendidos en dicha norma podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales contemplados en el decreto ley 19990, ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el decreto supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

Los trabajadores y conductores de la microempresa comprendidos en la Ley MYPE que no se encuentren afiliados o sean beneficiarios de algún régimen previsional podrán optar por el Sistema de Pensiones Sociales contemplado en el título III sobre el Aseguramiento en Salud y Sistema de Pensiones Sociales de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa. Ello se aplica, asimismo, para los conductores de la microempresa.

Un primer comentario está dirigido a resaltar un evidente problema de constitucionalidad: para los trabajadores de la microempresa la afiliación a un régimen de pensiones es opcional, es decir, no es obligatoria.

De manera contraria a la afiliación obligatoria que otorga cobertura universal a los trabajadores dependientes del régimen general de la seguridad social en pensiones, tanto a través del régimen público como del privado, para este segmento de trabajadores la afiliación es opcional. Es previsible que a partir de un análisis costo beneficio que pierda de vista la importancia de una cobertura previsional futura para las contingencias que acontezcan una vez perdido el empleo, los trabajadores de la microempresa podrían decidir no afiliarse a ningún sistema previsional para mantener su poder adquisitivo y percibir el íntegro de su salario sin sufrir un descuento con fines contributivos previsionales.

Este trato diferenciado vulnera el principio-derecho de igualdad al no encontrar suficientes motivos objetivos que lo sustenten. De esta forma se crean dos segmentos de trabajadores: uno cubierto por el

recordar que mediante sentencia recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC (caso Manuel Anicama Hernández) el TC ha realizado una definición de la *seguridad social* como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida. Por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, «regida por los principios de progresividad, *universalidad* y *solidaridad*, y fundada en la exigencia no solo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida».

31 Convenio 102 de la OIT: «Artículo 31.– Todo Miembro para el que esté en vigor esta parte del convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional; de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.»

régimen general, cubierto de manera obligatoria por la seguridad social en pensiones, y otro del régimen de la ley con cobertura opcional y, por tanto, contingente. Esta disposición también afecta el principio de universalidad de la seguridad social ya mencionado y definido anteriormente en este trabajo.

En cuanto al carácter temporal o permanente del régimen, el artículo 42 de la Ley MYPE señala que el Régimen Laboral Especial es de naturaleza permanente, de esta forma, la empresa cuyo nivel de ventas o el número de trabajadores promedio de dos años consecutivos supere el nivel de ventas o el número de trabajadores límites establecidos en la presente ley para clasificar a una empresa como Micro o Pequeña Empresa, podrá conservar por un año calendario el Régimen Laboral Especial correspondiente. Luego de este período, la empresa pasará definitivamente al Régimen Laboral que le corresponda.

Como se puede apreciar, la permanencia en este régimen depende del empleador en tanto este podrá controlar los niveles de venta anuales así como el número de trabajadores que determinan el acceso y permanencia en el régimen especial. Así, el régimen laboral especial para la microempresa no ha sido configurado como un régimen de carácter temporal, de esta forma, se introduce un trato diferenciado de carácter permanente, lo que afecta de inconstitucionalidad a este régimen³².

Finalmente, apreciamos que no existe ningún incentivo para promover la libertad sindical en este segmento empresarial. Resulta crucial la reducción del límite mínimo de trabajadores impuesto para constituir un sindicato de empresa o, en todo caso, el desarrollo de una legislación que favorezca niveles de negociación supraempresariales y la afiliación directa a organizaciones sindicales de grado superior como federaciones o confederaciones; ello en tanto el 60% de asalariados privados se encuentra ocupado en empresas con menos de veinte trabajadores.

El análisis efectuado en este punto pone de relieve la intervención grave de una regulación especial, diferenciada del régimen general, en un conjunto de derechos de contenido constitucional.

Con ello, la política de fomento de la formalización del empleo en el segmento de la microempresa³³, aparentemente neutra, genera

32 Los fundamentos jurídicos 47 y 82 de la sentencia del TC recaída en el expediente 00027-2006-AI refuerzan el carácter temporal de los regímenes promocionales.

33 Nótese que las políticas de fomento del empleo se distinguen de las políticas de trato diferenciado, denominadas en nuestra legislación laboral «regímenes especiales», como es el régimen de construcción civil, para citar solo un ejemplo de adaptación del régimen general laboral a las particulares características de una actividad económica caracterizada por su carácter permanente pero discontinuo. En estas últimas, el propósito es el de adaptar la regulación de las relaciones individuales o colectivas de trabajo a las particulares características de una actividad económica, en los términos expuestos en la primera parte de este artículo. Estas políticas expresan el respeto de las diferencias y la vigencia de los derechos fundamentales en ellas. En estos casos nos movemos en el ámbito de la atención y relieve de las diferencias.

efectos negativos que inciden directamente en el ejercicio de derechos constitucionales, y por ello fundamentales, de contenido social, afectando a importantes grupos de trabajadores y ampliando las brechas de desigualdad que existen en nuestro sistema de relaciones de trabajo.

IV. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA «NUEVA EMPRESA»

IV.1. Permanencia en el régimen

Conforme al artículo 35 del proyecto de Ley de la Nueva Empresa, el régimen laboral aplicable a esta solo estará vigente cuando se cumplan los requisitos regulados en su artículo 2, es decir, si y solo si:

- i) la(s) persona(s) jurídica(s) que la constituye(n) no supere/n el capital social máximo de S/. 90 000 00 (noventa mil y 00/100 Nuevos Soles);
- ii) el volumen de ventas netas anual no supere las 850 UIT;
- iii) la nueva empresa no haya sido constituida o asocie a accionistas, participacionistas, gerentes generales, directores de personas jurídicas catalogadas como contribuyentes de categoría mediana o grande;
- iv) la nueva empresa no sea accionista o socia de un persona jurídica con fines de lucro; del mismo modo estas o aun las no lucrativas no pueden constituirla o convertirse en socias suyas;
- v) no asocie o sea accionista suya una persona que es socia o accionista de otra nueva empresa;
- vi) no exista vinculación económica entre nuevas empresas; esto para fines tributarios, laborales y financieros, conforme a lo regulado en los artículos 6 y 7 del proyecto de Ley de la Nueva Empresa.

Comentario:

Se estipula que el régimen laboral no tiene carácter permanente pues su vigencia está sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2. En ese sentido, el régimen en la práctica puede ser de carácter permanente siempre que la empresa cumpla con los requisitos para ser considerada una nueva empresa.

Conforme a lo dicho anteriormente, un régimen promocional no debería tener como característica el ser permanente, su otorgamiento a un conjunto de empresas debe estar vinculado a un monitoreo y evaluación del desarrollo de la unidad empresarial en un límite de tiempo determinado y sujeto a la verificación del cumplimiento de metas

533

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

(*benchmarking*). De lo contrario esta política de promoción deviene en discriminatoria y, consecuentemente, inconstitucional.

IV.2. Beneficios sociales en la nueva empresa

a. De la remuneración mínima de la nueva empresa:

Se crea una Remuneración Mínima para la Nueva Empresa (RMNE) diferente a la Remuneración Mínima Vital (RMV).

- La RMNE se fija en función de la retribución horaria (RH), la cual se compone de la siguiente manera:
- el pago en efectivo otorgado a los trabajadores por hora laborada;
- el porcentaje de ley que corresponde por seguridad social;
- el porcentaje de ley que corresponde por CTS;
- el porcentaje de ley que corresponde por vacaciones y gratificaciones.
- La RMNE se calcula sobre la base de los componentes de la RH dividida entre cuatro semanas, dividiendo dicho resultado entre cuarenta y ocho horas.

b. Del horario de trabajo:

El artículo 39 del proyecto de ley indica que «el horario de trabajo en el régimen de la N.E. es de ocho (08) horas diarias». Asimismo, indica que el tiempo adicional constituya horas extras y se calcula sobre la base de la RH.

c. De las vacaciones:

Si el trabajador de la Nueva Empresa hubiere cumplido con el récord vacacional, conforme lo regula el artículo 10 del decreto legislativo 710, entonces tendrá derecho a quince días de vacaciones como mínimo.

d. Del despido injustificado:

Se señala que ante el despido injustificado cabe una indemnización equivalente a ciento veinte RH por año laborado con un máximo de mil cuarenta RH.

e. De la seguridad social:

Se señala que tanto socios como trabajadores de la nueva empresa son asegurados regulares, conforme al artículo 1 de la ley 26790; por otro lado, es facultativa su incorporación a cualquiera de los regímenes previsionales.

f. Demás beneficios sociales:

Los trabajadores de la nueva empresa tendrán derecho a percibir, además, los beneficios sociales que se encuentren regulados para el régimen común de la actividad privada —en lo que resultase aplicable—, aun cuando no hubieren sido regulados en el proyecto de Ley de la Nueva Empresa.

V. COMENTARIO

En pocas palabras, la «remuneración mínima» que se pretende crear incluiría los complementos no salariales (CTS, vacaciones, gratificaciones y el aporte al seguro social) que el trabajador dejaría de percibir al trasladarse a este nuevo régimen. Con ello, el trabajador pierde un mecanismo de protección contra el desempleo como es la CTS, con las graves consecuencias que ello traería conforme a lo dicho en los numerales anteriores de este informe.

De otro lado, creemos que sí es necesario regular una remuneración mínima por tratarse de un derecho fundamental que no puede ser suprimido ni desconocido para un trabajador aun cuando preste servicios en una micro empresa. La propuesta no tiene como punto de partida una remuneración mínima sino que tiene como base de cálculo a la remuneración que el trabajador percibe por hora trabajada, que puede ser menor a la remuneración mínima.

Sugerimos que el punto de partida o la base del cálculo debe tener en consideración a la RMV, admitiendo la posibilidad de incluir otros complementos no salariales pero excluyendo la contribución a EsSalud, pues como se puede notar «remuneración mínima» incluye el aporte a la Seguridad Social. En ese sentido, no creemos que la norma se refiere al aporte al Seguro Social de Salud pues este aporte corre a cargo del empleador, entendemos más bien que se trataría del aporte para el régimen pensionario —público o privado— que, al parecer, correría por cuenta del trabajador y que no aparece como obligatorio; de cualquier forma es necesaria una precisión al respecto.

Finalmente, sobre este punto debemos dejar sentado que —en nuestra opinión— enriquecería la propuesta una regulación de la RMV que permita establecer, sobre la base de criterios objetivos (inflación, o canasta básica de consumo), diferentes remuneraciones mínimas de acuerdo a las distintas realidades socioeconómicas de nuestro país.

Por otro lado, en lo que respecta al sistema de seguridad social planteado, cabe señalar que el «costo no salarial» (contribuciones de salud y pensiones) es de 22% aproximadamente, costo que encarece la mano de obra, especialmente la de los menos calificados; por ello, sería especialmente promocional reducir el aporte en salud y pensiones,

535

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

compensando la diferencia con aportaciones fiscales a los fondos de salud y pensiones (sistema nacional de pensiones) respectivamente.

No cabe un trato diferenciado en materia de seguridad social basado en una menor cobertura para los trabajadores de una microempresa (en la práctica, la denominada «nueva empresa» es una microempresa), estos deberían estar afiliados al régimen contributivo de la seguridad social en salud como afiliados regulares aunque en este caso el Estado podría asumir un subsidio parcial de la contribución. De igual forma, la afiliación a un sistema de pensiones debe ser obligatoria y el Estado debería asumir un subsidio parcial de la contribución a cargo del trabajador para incentivar la formalización del empleo.

VI. CONCLUSIONES

Las diferencias en el trabajo, esto es, las particularidades de la prestación de servicios son el primer sustento de un trato diferenciado en materia laboral que autoriza a un trato diferenciado legítimo.

Los tratos diferenciados que tienen como sustento el rol estatal de promoción del empleo o de un determinado sector productivo que por sus características particulares (por sus diferencias objetivas en contraposición a otros sectores productivos) merece una política de promoción son legítimos y constitucionales.

En el caso del régimen MYPE, la reducción del descanso físico vacacional no se justifica, puesto que, conforme los estudios realizados por la OIT y por el INEI, los índices de trabajadores que laboran durante jornadas mayores a 48 horas semanales son elevados.

En materia de seguridad social, el régimen MYPE vulnera el derecho-principio a la igualdad, así como el principio de universalidad que caracteriza el derecho a la seguridad social. Ello debido a que restringe el acceso al SCTR y establece que la afiliación a un sistema de seguridad social en pensiones es opcional.

Cabe señalar que conforme al régimen en mención, los trabajadores de la microempresa cuentan con un régimen semisubsidiado en salud —a cargo del SIS—, no obstante, a diferencia de los trabajadores de la pequeña empresa, no cuentan con el SCTR. En este sentido, se establece una medida discriminatoria contra los trabajadores de microempresas, toda vez que prescinde de su derecho a contar con un SCTR; vulnerando, del mismo modo, el principio de universalidad de la seguridad social.

Del mismo modo, respecto a pensiones, el régimen MYPE resulta inconstitucional en tanto establece que la afiliación a este sistema es opcional, vulnerando el principio de universalidad del mismo.

El régimen MYPE tiene carácter permanente, pues la pertenencia al régimen laboral especial dependerá del control por parte del empleador de las características que determinan si una empresa es micro o pequeña. Razón por la cual, este régimen, al no tener carácter temporal, constituye una medida discriminatoria y, por ende, inconstitucional.

El régimen MYPE no promueve la libertad sindical, toda vez que la legislación vigente señala que un sindicato no puede constituirse con menos de veinte trabajadores aunque el 60% de asalariados privados cuenta con empresas cuya totalidad de trabajadores no alcanza dicho número.

Por su parte, la «Ley de la Nueva Empresa» introduciría al ordenamiento jurídico un régimen laboral con carácter permanente, pues bastará para que este tenga vigencia el cumplimiento de los requisitos establecidos en su artículo 2.

Así, su otorgamiento debería estar vinculado a un monitoreo y evaluación del desarrollo de la unidad empresarial en un límite de tiempo determinado y sujeto a la verificación del cumplimiento de metas. De lo contrario, esta política de promoción deviene en discriminatoria y, consecuentemente, inconstitucional.

La «remuneración mínima» que busca introducir la «Ley de la Nueva Empresa» resulta perjudicial para el trabajador sujeto a ella, pues este perdería —al trasladarse a este nuevo régimen— un mecanismo de protección contra el desempleo como es la CTS.

La «remuneración mínima» propia de lo que sería el régimen de la «Ley de la Nueva Empresa» tiene como base de cálculo a la remuneración que el trabajador percibe por hora trabajada, la cual puede ser menor a la remuneración mínima del sistema genérico.

No cabe un trato diferenciado en materia de seguridad social para los trabajadores insertos en el régimen de la «Ley de la Nueva Empresa». Lo correcto es que estos ingresen como afiliados regulares de los sistemas previsionales y de salud, pudiendo el Estado subsidiarlos en parte.

En general, consideramos que no existe un sustento objetivo que valide la introducción del régimen propuesto y sus tratos diferenciados a nuestro sistema jurídico, motivo por el cual este resulta inconstitucional.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

537

UNA VISIÓN
PONDERADA DE
LA LEGISLACIÓN
LABORAL:
COMENTARIOS AL
RÉGIMEN MYPE Y
A LA PROPUESTA
DE «LEY DE LA
NUEVA EMPRESA»

A WEIGHTED VIEW
OF LABOR LAW:
COMMENTARIES
ON THE MSE
REGIME AND
THE PROPOSAL
“LAW OF NEW
ENTERPRISE”

Aspectos laborales en la ley de libertad religiosa y su reglamento

Labor Issues in the religious freedom act and its regulation

DANIEL ULLOA*

Resumen: En el presente texto se repasa la regulación constitucional y legal de la libertad religiosa, considerando la definición de su contenido establecida por el Tribunal Constitucional y su aplicación en las relaciones laborales, tanto comunes como en aquellas que involucran a un empleador ideológico o de tendencia.

Palabras clave: libertad religiosa – Tribunal Constitucional – derecho del trabajo – empleador ideológico

Summary: This text reviews the constitutional and legal regulation of religious freedom, considering the definition of its content established by the Constitutional Court and its application in the labor contracts, both common and those involving an ideological employer or with ideological trend.

Keywords: religious freedom – Constitutional Court – labor law – ideological employer

CONTENIDO: I. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PERÚ: REALIDAD Y REGULACIÓN.- II. LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- III. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL.- III.1. ANTES DE INICIAR LA RELACIÓN LABORAL.- III.2. DURANTE LA RELACIÓN LABORAL.- IV. LA AUTONOMÍA DEL EMPLEADOR IDEOLÓGICO.

I. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PERÚ: REALIDAD Y REGULACIÓN

Razones históricas hacen del Perú un país muy influenciado por la religión y en especial por el credo católico. Según el undécimo censo de población y el sexto de vivienda, realizados en nuestro país en el año 2007¹, de un total de 20 850 502 habitantes de doce y más años de edad, 16 956 722 personas respondieron ser católicas, 2 606 055 cristianas o evangélicas (según la terminología del censo), 679 291 señalaron tener otra religión y 608 434 respondieron que ninguna. Esto hace que más

* Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado. Magíster y candidato a doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Correo electrónico: dulloa@pucp.edu.pe

1 Estos datos pueden verse en el siguiente link: <http://desa.inei.gob.pe/censos2007/tabulados/>

del 97% de la población peruana mayor de once años declare tener elegida una religión y más del 81% se decante por la católica.

Esta realidad se refleja jurídicamente en la consagración del derecho a la libertad de religión² como uno de los primeros derechos fundamentales previstos en la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante «la Constitución»), aspecto que ya estuvo previsto en la anterior Constitución³ y en su predecesora, la Constitución de 1933⁴.

En este contexto, la publicación de la ley de libertad religiosa, ley 29635, y su reglamento, aprobado mediante decreto supremo 10-2011-JUS (en adelante «la ley» y «el reglamento», respectivamente) establecen finalmente en nuestro país unos parámetros normativos infraconstitucionales sobre este importante derecho fundamental, los cuales abordan diferentes ámbitos, siendo los de temática laboral los que forman parte del contenido del presente artículo.

En efecto, la ley, que fue publicada el 21 de diciembre de 2010 y entró en vigencia al día siguiente⁵, posee quince artículos, cuatro disposiciones complementarias finales y una transitoria para regular los siguientes temas:

- Garantizar el derecho a la libertad de religión, su libre ejercicio público y privado (artículo 1)
- Prohibir la discriminación por creencias religiosas y reconocer la diversidad religiosa (artículo 2)
- Definir el contenido del ejercicio individual de la libertad de religión (artículo 3) así como del ejercicio colectivo (artículo 6), su protección (artículo 9 y primera disposición complementaria final)
- El concepto y alcance de la objeción de conciencia (artículo 4)
- El concepto de entidad religiosa (artículo 5), la regulación de su patrimonio (artículos 10, 11 y 12) y las obligaciones de registro (artículos 13, 14 y primera disposición complementaria transitoria)
- Aspectos educativos (artículos 7 y 8)
- Posibilidad de celebrar convenios de colaboración (artículo 15)

2 El numeral 3 del artículo 2 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a «la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

3 Numeral 3 de su artículo 2.

4 Aunque en este caso no se hablaba de religión dado que el derecho era a la libertad de conciencia y de creencia, los cuales se calificaban como inviolables (artículo 59).

5 Como la norma no señala algún día en especial para su vigencia resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución que señala «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte».

Estos preceptos son desarrollados en el reglamento publicado el 27 de julio de 2011⁶ y vigente también desde el día siguiente⁷, el cual consta de cuatro capítulos, veintinueve artículos, tres disposiciones complementarias finales y una complementaria transitoria que regulan:

- El ejercicio de la libertad religiosa (artículos 3 al 11)
- Las entidades religiosas (artículos 12 al 16)
- El registro de las entidades religiosas (artículos 17 al 27)
- Los convenios de colaboración (artículos 28 y 29)

II. LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lo anterior no significa que el derecho constitucional a la libertad religiosa y varias de sus manifestaciones vinculadas no hayan sido objeto de discusión judicial pues el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de resolver varios conflictos surgidos de diferentes situaciones, tal como se puede observar, por ejemplo, en las siguientes resoluciones emitidas en los últimos diez años y que presentamos ordenadas de manera cronológica:

- Sentencia de fecha 19 de agosto de 2002, recaída en el expediente 895-2001-AA/TC⁸: en este caso se revisó el despido de un trabajador que incumplió su jornada alegando motivos religiosos, lo cual supuso que el Tribunal Constitucional defina la libertad de conciencia, la libertad de religión y la objeción de conciencia para amparar su reclamo. Este caso se resolvió de manera dividida⁹ y supuso numerosos comentarios de la doctrina nacional, siendo el único hasta la fecha en el que se ha evaluado la pertinencia del ejercicio de estos derechos en el ámbito laboral.
- Sentencia de fecha 15 de junio de 2004, recaída en el expediente 3283-2003-AA/TC¹⁰: caso en el cual dos discotecas ubicadas en Huancayo cuestionaron la prohibición municipal de vender bebidas alcohólicas en el día que se celebra el viernes santo católico. En esta decisión también se describe el contenido de la libertad religiosa y el carácter vinculante de las costumbres religiosas.

6 La ley señala en su cuarta disposición complementaria final que el reglamento debía emitirse en un plazo no mayor de noventa días útiles pero, siguiendo una incorrecta costumbre local, la norma recién se publicó más de siete meses después de emitida la ley.

7 Según lo determina su artículo 2.

8 La sentencia citada puede leerse en el siguiente vínculo: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>.

9 La sentencia fue declarada fundada por el voto de cuatro vocales (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, González Ojeda y García Toma) dado que dos vocales optaron porque sea infundada (Rey Terry y Revoredo Marsano).

10 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>.

- Sentencia de fecha 21 de abril de 2005, recaída en el expediente 256-2003-HC/TC¹¹: proceso en el que la retención de un cadáver realizada por un hospital por falta de pago generó que el Tribunal Constitucional sustente la pertinencia del *habeas corpus* como proceso para defender el derecho a la integridad personal, la libertad religiosa y la libertad de culto, aplicando para ello el *iura novit curia*.
- Sentencia de fecha 28 de octubre de 2010, recaída en el expediente 5680-2009-AA/TC¹²: en este caso el Tribunal reconoce el nexo existente entre el Estado y la Iglesia Católica como factor histórico, cultural y moral pero ello no supone, en su opinión, identificación ni asunción de postura oficial alguna, por lo que no justifica la imposición de la práctica de costumbres o ritos religiosos por más arraigados que estos resulten en el sentimiento mayoritario de la población. Ello a propósito de la queja de un fiscal adjunto superior de Amazonas porque lo obligaban a asistir a adorar una imagen del Niño Jesús y la Sagrada Familia dentro del local institucional en el que laboraba.
- Sentencia de fecha 7 de marzo de 2011, recaída en el expediente 6111-2009-PA/TC¹³: en este caso se evalúa la pertinencia de símbolos religiosos (crucifijo y Biblia) en ámbitos sociales y judiciales, repasándose el concepto del derecho de libertad religiosa, la no discriminación o igualdad religiosa, la laicidad del Estado, la colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas.
- Sentencia de fecha 16 de agosto de 2011, recaída en el expediente 3045-2010-HC/TC¹⁴: caso en el cual se discute la vulneración del derecho a la libertad religiosa en un centro penitenciario, señalándose que dicho derecho es susceptible de ser limitado siempre que existan criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad.

Como podemos ver, este tema no ha estado ajeno a la práctica jurisprudencial constitucional, aunque su aplicación a las relaciones laborales ha sido muy excepcional. Esto resalta la importancia del contenido de la ley y del reglamento observados, si podemos utilizar una metáfora, con un prisma laboral.

11 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00256-2003-HC.html>.

12 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/05680-2009-AA.html>.

13 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/06111-2009-AA.html>. Esta sentencia se repite meses después en otro proceso: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/05416-2009-AA.html>.

14 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03045-2010-HC.html>.

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL

Como ya es sabido, el establecimiento de una relación laboral supone la incorporación de una persona a un ámbito de organización dirigido por otra, ámbito en el cual rigen reglas a las que debe someterse. Esta subordinación al poder de dirección del empleador tiene, por supuesto, límites como la razonabilidad de la orden empresarial, las necesidades objetivas del negocio¹⁵, la seguridad o salud del trabajador¹⁶ y, esencialmente, los derechos fundamentales del trabajador o, para generalizar, su dignidad¹⁷. Como la libertad de religión es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, trabajen o no, el hecho que una persona convenga en formar parte de alguna relación laboral¹⁸ no supone la atenuación o abandono de dicho derecho cuando quiera ejercerlo o disfrutarlo. Sin embargo, este derecho individual no puede cuestionar la esencia de la relación laboral, haciendo prevalecer la voluntad del trabajador sobre las decisiones del empleador basadas en razones objetivas como el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo o el seguir determinados patrones de conducta por ejemplo.

Esto es lo que lamentablemente no ha precisado o regulado la ley (ni su reglamento). Siendo esta una excelente oportunidad para que tengamos una referencia normativa que establezca determinadas líneas directrices en el delicado equilibrio que debe existir entre el disfrute del derecho fundamental del trabajador a la libertad de religión frente a la libertad de empresa traducida en el poder de dirección del empleador y, en un supuesto más complicado, cuando el empleador es, a su vez, un empleador de tendencia o ideológico por motivos religiosos (una Iglesia por ejemplo), tenemos que aceptar que ni la ley ni el reglamento establecen reglas claras que nos ayuden a resolver los diferentes problemas que pueden darse cuando este derecho desea aparecer en una relación laboral¹⁹. No obstante lo arriba indicado, podemos encontrar algunos indicios en dispersos artículos de ambas normas que, justamente, vamos a comentar en el presente trabajo a efectos de presentar ideas que, obvio es, son simples motivaciones a seguir estudiando este importante tema.

15 Ambos previstos en el artículo 9 del texto único ordenado del decreto legislativo 728, ley de productividad y competitividad laboral, aprobado por decreto supremo 3-97-TR (en adelante «la LPCL»).

16 El artículo 63 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ley 29.783, establece que el trabajador puede interrumpir sus actividades o abandonar el domicilio o lugar físico donde desarrolla sus labores en caso exista un peligro inminente que constituya un riesgo importante o intolerable para su seguridad o salud. No se podrá reanudar las labores mientras el riesgo no se haya reducido o controlado.

17 Sustento del modelo constitucional, dado que el artículo 1 señala que «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

18 O en realidad en cualquier relación contractual de prestación de servicios que no califique por la legislación como laboral como podría ser un convenio de modalidad formativa o un contrato civil.

19 Nada se menciona, por ejemplo, sobre las obligaciones de facilitación o acomodación de instalaciones para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la libertad religiosa, por ejemplo, al rezo; o para suspender sus actividades, seguramente por la presencia de la mayoría católica existente en nuestro país.

543

ASPECTOS
LABORALES
EN LA LEY
DE LIBERTAD
RELIGIOSA Y SU
REGLAMENTOLABOR
ISSUES IN THE
RELIGIOUS
FREEDOM
ACT AND ITS
REGULATION

III.1. Antes de iniciar la relación laboral

En primer lugar queda claro que un empleador no puede establecer como requisito para acceder a un puesto de trabajo que el postulante tenga o no tenga determinado credo religioso (lo cual anularía su libertad de religión), salvo que la entidad contratante sea un empleador de ideología o de tendencia religiosa, lo cual se probaría con lo que defina en su estatuto u otras normas internas.

En efecto, podemos ver que la ley señala en su artículo 3 que la libertad de religión comprende el ejercicio de, entre otros, el derecho a «profesar la creencia religiosa que libremente se elija y cambiar o abandonar la que se tenga en cualquier momento, conforme al procedimiento propio de cada iglesia, confesión o comunidad religiosa. En todo caso, se respeta la libertad religiosa individual» (literal a).

El reglamento, a su vez, establece en el tercer párrafo de su artículo 3 que

el acceso a la educación, a la salud, empleo o toda otra circunstancia referente al ejercicio de un derecho fundamental, no podrá ser condicionado por razones religiosas, salvo en los casos en que la entidad con la cual se interactúe, al ser parte de una entidad religiosa, haya establecido previamente en sus estatutos, que su ámbito de actuación está referido únicamente a personas que pertenezcan a dicha entidad o que se comprometan a respetar los principios derivados de la misma.

Lo ideal, en todo caso, hubiese sido que alguna norma especifique el concepto de empleador ideológico o empleador de tendencia que justifica la excepción a la regla prevista en el artículo 3 de la ley. Mientras ello ocurre, podemos tomar el que pacíficamente asume la doctrina. Así, se entiende como una entidad ideológica o de tendencia (aunque preferimos utilizar, siguiendo al profesor español Aparicio²⁰, el primer término), aquella que se caracteriza por «ser la consecuencia y plasmación directa del reconocimiento constitucional del pluralismo político, sindical y religioso; por estar destinada directa y predominantemente a la pública difusión de una cierta ideología y por constituir el cauce de expresión de un derecho fundamental de su titular, sea este individual o colectivo»²¹. Si bien se puede afirmar que toda empresa puede poseer un componente ideológico determinado, el concepto de «empresa ideológica» busca definir a aquellas «dirigidas al logro de fines políticos,

20 Ver APARICIO TOVAR, Joaquín. «Relación de trabajo y libertad de pensamiento en las empresas ideológicas». En *Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 269-306, p. 290.

21 CALVO GALLEGU, Francisco. *Contrato de trabajo y libertad ideológica: derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995, p. 75. Ver también FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda & FRANCISCO CALVO GALLEGU. «La directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario». *Temas Laborales*, 59 (2001), pp. 125-163, p. 140.

sindicales, confesionales, caritativos, educativos, artísticos y similares y presuponen la adhesión a una particular ideología o concepción del mundo»²², ello permitido por la vigencia de determinados derechos fundamentales considerados esenciales en toda democracia, como la representación política, social o religiosa o el ejercicio de la libertad de expresión, siendo que la propia estructura organizativa no es sino una forma de manifestación de la ideología²³.

Asimismo, es pacífico para la doctrina resaltar que un elemento fundamental para dirimir los posibles conflictos que se puedan dar entre el derecho a la libertad ideológica del trabajador y el poder de dirección no es solamente la naturaleza del empleador sino más bien la calificación de las actividades laborales desempeñadas o la circunstancia de que el trabajador sea un portador de tendencia²⁴. Esto es, que el puesto de trabajo ocupado sea, además, un puesto de tendencia, lo cual puede ocurrir tanto en el caso de empleadores de tendencia como en el de aquellos que no lo son.

No obstante lo antes indicado, el ideario religioso hará que en la mayoría de veces nos encontremos con empleadores ideológicos o de tendencia, siendo lo principal según la ley lo que defina el estatuto o las normas internas de la organización para así poder conocer las obligaciones adicionales de sus miembros, en especial en su aplicación en las relaciones laborales que puedan darse en su interior.

Este empleador, por tanto, se rige por reglas adicionales a las que pueda tener un empleador común, pues en este caso se busca proteger su derecho a la libertad de religión, como veremos más adelante.

III.2. Durante la relación laboral

Iniciada la relación laboral, las restricciones al empleador y los derechos del trabajador antes indicadas se mantienen a la vez que se precisan otras. Así, el artículo 9 de la ley ordena que «nadie puede ser obligado a participar en actos de culto, a recibir asistencia religiosa o a prestar contribuciones económicas o en especie a entidades religiosas».

Lo anterior significa que el empleador no puede imponer a sus trabajadores el seguir un determinado credo, realizar actos propios de un credo (por ejemplo, comenzar el turno de trabajo con una oración o que se adoren determinadas imágenes²⁵) o tratarlos diferente por

22 DE SANCTIS RICCIARDONE, Angela. «Licenziamento da una scuola privata». Citado por APARICIO TOVAR, Joaquín. Ob. cit., p. 290.

23 APARICIO TOVAR, Joaquín. Ob. cit., p. 293.

24 GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, María José. «Extinción del contrato de trabajo. El despido por razones ideológicas en la administración pública». *Temas Laborales*, 108 (2011), pp. 267-279, p. 273.

25 En el caso 5680-2009-AA/TC, anteriormente citado, se comprobó que la Fiscalía Superior del Distrito Judicial de Amazonas disponía que todo su personal participara de determinadas tareas vinculadas específicamente a la práctica de ciertas celebraciones y ritos propios de la fe católica y sancionaba

sus creencias religiosas, esto último ya protegido tiempo atrás por la prohibición de discriminación como causal de hostilidad laboral²⁶.

De otro lado, la ley señala en su artículo 3 que la libertad de religión también comprende el derecho a «Commemorar las festividades y guardar el día de descanso que se considere sagrado en su religión, debiéndose armonizar los derechos de los trabajadores con los de la empresa o administración pública para la que labore, y de los estudiantes con las instituciones educativas conforme al reglamento de la presente ley» (literal f).

Sobre esto el artículo 6 del reglamento establece que «Los empleadores, de los sectores público y privado, garantizan el derecho de los trabajadores a conmemorar las festividades y guardar el día de descanso que estos consideren sagrado, siempre que el ejercicio de este derecho no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente».

Entonces, respecto a las fiestas de guardar y descansos, tanto la ley como el reglamento buscan un equilibrio: el trabajador tiene el derecho de exigir descansar en los días de fiesta o sagrados según su religión pero ello debe «armonizarse» con la organización social del trabajo y con que su jornada se cumpla. En otras palabras, siendo que la armonía supone que exista una conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras, ello normalmente se lograría con un cambio de jornada salvo que la presencia del trabajador resulte de imperiosa necesidad. Esto es, que la limitación de su derecho a la libertad de religión se base en una razón objetiva ineludible, luego de aplicar los criterios del principio de proporcionalidad.

Esto fue lo que, en nuestra opinión, faltó analizar en el anteriormente citado caso del trabajador adventista de Essalud²⁷, quien fue despedido por no querer trabajar los sábados, días de guardar según su religión. Lo que debió sustentar el empleador, cosa que no hizo en todo el expediente, fue el motivo por el cual el trabajador debía laborar en su día sagrado, sin solamente exigir la aplicación de manera forzosa de su jornada contractual. Y lo que debía hacer el trabajador para recuperar las horas perdidas por este descanso.

a quienes no lo hicieran. Esta conducta, para el Tribunal Constitucional, está prohibida: «lo que se censura no es la identificación de las personas que dirigen un organismo con los postulados de la fe católica. Lo que se proscribe es el condicionamiento de tales costumbres por sobre la libertad que puedan tener uno o varios trabajadores para no ser partícipes de las mismas» (fundamento 28).

²⁶ El artículo 30 de la LPCL califica como acto de hostilidad equiparable al despido los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Asimismo, es nulo el despido basado en estas razones.

²⁷ Sentencia recaída en expediente 895-2001-AA/TC.

Este es, creemos, el objetivo buscado por el reglamento cuando señala que el disfrute de descanso en estos días «no resulte incompatible con la organización social del trabajo y se garantice el cumplimiento de la jornada laboral a que se refiere la normatividad vigente».

Por tanto, no estamos aquí ante una concesión excesiva a favor de cualquier trabajador que busque ejercer su derecho a la libertad de religión, creando así el desorden organizativo en cada empresa, sino que el cumplimiento del contrato de trabajo debe ir en armonía con el disfrute de este derecho fundamental. En este caso, y dado que el empleador no puede indagar por las creencias religiosas de cada uno de sus trabajadores (salvo que, nuevamente, estemos ante un empleador ideológico), debe ser el trabajador quien, en búsqueda de respeto a su derecho, comunique oportunamente a su empleador su religión o sus creencias religiosas, para así posteriormente poder exigir el respeto de las mismas. Caso contrario, podría generarse la posibilidad de falsas situaciones, no descartando por tanto la posibilidad de que el trabajador presente pruebas de su situación religiosa especial para así recibir un trato diferenciado²⁸.

Adicionalmente, lo anterior le servirá al empleador para poder distribuir adecuadamente la jornada de trabajo y buscar afectar en lo menos posible el disfrute de este derecho por parte de cada trabajador. Sin el conocimiento de estas situaciones pareciera difícil poder imputar algún incumplimiento por parte del empleador.

No obstante, el hecho de que el empleador conozca las creencias religiosas de sus trabajadores podría incrementar la posibilidad de discriminaciones. En todo caso, queda claro que por lo establecido en el artículo 9 de la LPCL antes citado, toda medida del empleador debe estar justificada. Así, donde no pareciera existir objetividad se podría pensar en la existencia de alguna razón ilegal o discriminatoria, más aún si el tema religioso juega algún rol en la decisión del empleador.

IV. LA AUTONOMÍA DEL EMPLEADOR IDEOLÓGICO

Finalmente, y respecto —creemos— de tutelar a un posible empleador ideológico, el artículo 6 de la ley señala que son derechos colectivos de las entidades religiosas debidamente inscritas «gozar de personería jurídica civil, así como de plena autonomía y libertad en asuntos religiosos, pudiendo establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política del Perú».

²⁸ Que no es igual a un trato discriminatorio, el cual carece de razones objetivas que lo sustenten.

547

ASPECTOS
LABORALES
EN LA LEY
DE LIBERTAD
RELIGIOSA Y SU
REGLAMENTO

LABOR
ISSUES IN THE
RELIGIOUS
FREEDOM
ACT AND ITS
REGULATION

Este precepto no está regulado en el reglamento por lo que creemos que la protección que busca la ley, en el aspecto colectivo, es amplia e irrestricta: dado que el derecho a la libertad de religión no solamente pertenece a cada individuo sino también al colectivo (algo así como ocurre en el caso de la libertad sindical, que es individual y también colectiva), el grupo tiene toda la libertad de establecer, como señala la norma, sus propias reglas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, eso sí, respetando los demás derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos, el de no discriminación.

Esta autonomía ha sido recientemente ratificada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 12 de setiembre de 2011, recaída en el expediente 928-2011-PA/TC²⁹. En este caso una pareja de padres demandó que se anote el abandono de su hijo de la Iglesia católica en el libro de bautismo correspondiente y el Tribunal, diferenciando el acto formal de abandono de una confesión religiosa del acto material, no amparó este pedido señalando que acceder implicaría una vulneración de la libertad religiosa en su dimensión colectiva o asociada de la Iglesia católica, pues afectaría la independencia y autonomía (fundamento 17).

Así, es totalmente válido que una entidad contrate solamente a miembros de una determinada religión si es que existe un fin ideológico en ella, como por ejemplo, una librería pastoral, un museo religioso, un conjunto de música, una publicación que busca difundir la ideología de la entidad o el ente administrativo de una asociación religiosa. Nuestra legislación ha optado por proteger ambas dimensiones del derecho a la libertad de religión, tanto la individual como la colectiva, siendo interesante entonces verificar cómo se empieza a reconocer, aunque de manera inicial, que no todos los empleadores son iguales, pues hay algunos que no buscan lucro o beneficios económicos sino simplemente cumplir con el ideario de su organización. Y por tanto, a dichos empleadores no les resultan cabalmente aplicables algunos beneficios pensados para los empleadores en general. Piénsese por ejemplo en la obligación de una parroquia que tenga que pagar la participación en las utilidades a sus trabajadores³⁰.

Finalmente, sobre la relación del Estado con las entidades religiosas el artículo 13 del reglamento señala que

Las autoridades del Estado, no tendrán injerencia en los asuntos internos de las entidades religiosas. Para los efectos de la Ley y del presente Reglamento, se entenderán como asuntos internos todos aquellos actos que las entidades religiosas realicen conforme a sus estatutos para el

²⁹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00928-2011-AA.html>.

³⁰ Situación que en realidad aplica a todo empleador que no tenga fines de lucro, como las asociaciones.

cumplimiento de sus fines estrictamente religiosos. El Estado ejercerá su autoridad sobre toda manifestación religiosa, individual o colectiva, solo en lo relativo a la observancia de las leyes, conservación del orden, la salud y la moral públicos (*sic.*).

Este artículo buscaría confirmar lo anteriormente indicado: que en lo referido a la organización interna del empleador ideológico, el Estado no puede entrometerse, salvo, se señala, en lo que se refiere a la observancia de las leyes. Y aquí tenemos un interesante tema que, hasta que sean emitidas otras normas, parecería que tendría que ser resuelto judicialmente. Qué pasaría si un trabajador de un empleador ideológico es despedido por haber incumplido el ideario de la organización: ¿dicho despido es arbitrario por no estar basado en una causa legal? ¿dicho despido es discriminatorio? ¿puede discriminar una entidad religiosa o solamente está diferenciando?

Menudo problema el de la libertad religiosa, los empleadores ideológicos y las normas laborales con vocación de generalidad que no atienden estas particularidades, pues por seguir de manera muy estricta dicha vocación se pueden llegar a plantear soluciones inadecuadas.

Entendemos entonces que la ley y el reglamento deben ser normas que debemos considerar en el ejercicio profesional laboral para evitar vulnerar este importante derecho cuando los temas religiosos aparezcan en ella. Asimismo, será tarea del Estado capacitar a sus inspectores y jueces a efectos de que en un país mayoritariamente católico, otras religiones puedan desempeñarse libremente³¹ sin cuestionar el objetivo del derecho del trabajo.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

549

ASPECTOS
LABORALES
EN LA LEY
DE LIBERTAD
RELIGIOSA Y SU
REGLAMENTO

LABOR
ISSUES IN THE
RELIGIOUS
FREEDOM
ACT AND ITS
REGULATION

31 Puede resultar sorpresivo para cualquier observador foráneo que la legislación laboral de la actividad privada tome en cuenta las creencias religiosas católicas para consagrar siete feriados (antes eran más) sobre un total de doce mientras que otros países hacen prevalecer las festividades cívicas, sociales o políticas para interrumpir la obligación laboral.

El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional

The model of peruvian collective relations:
from interventionist and restrictive to promotional

ALFREDO VILLAVICENCIO*

Resumen: El artículo parte de considerar que un sistema o modelo democrático de relaciones de trabajo implica un grado significativo de autodeterminación, mediante la presencia gravitante de la autonomía colectiva como la autorregulación pactada en las relaciones entre los representantes de los trabajadores y empleadores. Ello colisiona con el hecho de que en América Latina, con excepción de Uruguay, el modelo es marcadamente restrictivo. Si bien nuestro país desde la Constitución de 1979 se adscribe explícitamente al modelo de Estado Social de Derecho —lo que en el campo laboral se expresaba en la consagración de un modelo democrático de relaciones laborales—, esto no ha tenido correlato en la regulación infraconstitucional. Seguidamente, el artículo nos presenta las principales características de un modelo democrático de relaciones laborales que tiene como principales rasgos: i. La concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y asignación al conflicto de un papel funcional dentro del esquema constitucional; ii. La consagración de la autonomía colectiva como pieza esencial del sistema normativo; iii. La intervención promocional y alimentadora del sistema por parte del Estado como noción de cierre de excepcional trascendencia. Finalmente, el artículo señala las principales novedades que sobre el tema contiene el Proyecto de Ley General de Trabajo, el cual se enmarca dentro del nuevo contexto latinoamericano de impulso de la autonomía colectiva que se vive en países como Brasil, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, y que además busca impulsar la paulatina sustitución del modelo descentralizado y disfuncional para el funcionamiento del país, estableciendo una cierta preferencia por la negociación sectorial.

Palabras clave: autonomía colectiva – relaciones colectivas de trabajo – negociación colectiva – modelo intervencionista – modelo democrático – modelo promocional

Summary: The article begins by considering a system or democratic model of labor relations implies a significant degree of self-gravitating through the presence of collective autonomy as self-regulation agreed in relations between the representatives of workers and employers. That collides with the fact that in Latin America, with the exception of Uruguay, the model is remarkably restrictive. Although our country since the Constitution of 1979 explicitly ascribes to the model of Social State of Law – which in the labor field was expressed in the consecration of a democratic model of labor relations, this has not had correlation with the infra-constitutional regulation.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, coordinador del Doctorado en Derecho de la Maestría en Relaciones Laborales y profesor de grado y posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Then, the article presents the main characteristics of a democratic model of labor relations which has as main features: i.–The dialectical conception of labor relations and assignment to the conflict of a functional role within the constitutional scheme, ii.– The consecration of collective autonomy as an essential piece of the regulatory system, iii.– The promotional intervention and feeder system from the state as a notion of closure of exceptional transcendence. Finally, the article points out the principal novelties on the subject contained in the Project of General Labor Law, the same that is in line within the new Latin American context of impulse of the collective autonomy that exists in countries like Brazil, Paraguay, Dominican Republic, Uruguay and also seeks to promote the gradual substitution of decentralized and dysfunctional model for the functioning of the country, establishing a certain preference for the sectorial bargaining.

Keywords: collective autonomy – labor collective relations – collective bargaining – interventionist model – democratic model – promotional model

CONTENIDO: I. MARCO CONCEPTUAL GENERAL.– II. EL MODELO INTERVENCIONISTA RESTRICTIVO.– III. CUESTIONAMIENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS AL MODELO INTERVENCIONISTA EN EL PERÚ.– IV. EL MODELO DEMOCRÁTICO.– V. EL MODELO PROMOCIONAL DE RELACIONES LABORALES EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO.

I. MARCO CONCEPTUAL GENERAL

La democracia no solo es una cuestión política. Su presencia en el campo de las relaciones de trabajo es fundamental para que dé un salto del ámbito meramente formal al sustancial. Basta ver la diferencia de calidad de vida y oportunidades (a partir de la diferencia en remuneraciones y condiciones de trabajo) entre los trabajadores sujetos a un convenio colectivo y los que no lo están para reconocer la plena validez de la afirmación anterior.

Además de ello, así como la democracia política se sustenta en la voluntad popular, un sistema o modelo democrático de relaciones de trabajo importa un grado significativo de autodeterminación, mediante la presencia gravitante de la autonomía colectiva como la autorregulación pactada en las relaciones entre los representantes de los trabajadores y empleadores. En ese sentido, el fenómeno sindical es uno de los componentes básicos de la autonomía colectiva, y por tanto es un componente esencial de la democracia, que le da un rostro más humano y que canaliza el conflicto laboral de la manera más eficiente y adecuada a partir del papel preponderante de las partes en la regulación concreta (y, por tanto, adecuada) de las condiciones de trabajo, la organización del trabajo y el reparto del excedente.

Al respecto, nuestro país posee una tradición histórica donde el protagonismo del sistema de relaciones laborales no se centra en los actores sociales, sino que pasa por la actividad estatal (normativa y administrativa, preponderantemente). Dicha tradición lo ha situado como ejemplo paradigmático del modelo latinoamericano de relaciones laborales, aunque en los últimos años se han comenzado a discutir propuestas legales que, recogiendo normas constitucionales que no solo reconocen los derechos colectivos sino que ordenan garantizarlos y promoverlos, buscan un cambio radical de modelo, apuntando hacia un modelo democrático de relaciones colectivas de trabajo, consolidando sujetos colectivos y traspasando parcelas de poder regulador de las relaciones de trabajo a quienes ostentan la condición de sujetos de las mismas. El análisis concreto de estos modelos será abordado en los siguientes capítulos, pero antes de iniciar tal labor debemos partir de establecer el marco conceptual general sobre el que se construirá nuestra reflexión.

Tratando de simplificar, diremos que se ha discutido mucho (sobre todo en la doctrina anglosajona de los años cincuenta, sesenta y setenta, y en la italiana y rioplatense de los años ochenta en adelante) respecto de la visión de las relaciones industriales como sistema. El aporte inicial determinante en este terreno fue, sin duda, el de J.T. Dunlop, que con su libro *Industrial Relations System*¹, inauguró de manera potente esa concepción, que con variaciones, énfasis, correcciones o modificaciones, ha marcado el estudio de todo lo que gira alrededor de las relaciones entre trabajadores (y sobre todo sus organizaciones), empleadores (y sus organizaciones) y Estado. El sistema de relaciones industriales puede definirse como aquel construido a partir del surgimiento y configuración de las representaciones de trabajadores y de las relaciones entabladas entre estas y el Estado (y, en ese terreno, tenemos que decirlo, el análisis jurídico no es el predominante, sino que más bien hay un acercamiento interdisciplinario donde se combina el análisis jurídico, en menores dosis, con los enfoques económico, sociológico, político, psicológico, histórico)². De allí que cuando se refiere a los componentes esenciales de este sistema se señala que son: i) los actores (organizaciones de trabajadores y empleadores y Estado); ii) las relaciones entre ellos (negociación y conflicto); y, iii) las reglas que gobiernan el sistema (estatales o pactadas). Por cierto, la ideología de los actores y el contexto en el que actúan ejercen una fuerte influencia en el sistema³.

1 Ver DUNLOP, John Thomas. *Industrial Relations System*. Nueva York: H. Holt and Company, 1958. Los datos consignados corresponden a la primera edición. El libro ha sido luego reimpresso en numerosas ocasiones.

2 Es importante precisar que en el Perú el término relaciones industriales ha tenido una connotación diferente, puesto que hay una profesión de Relacionista Industrial, en la que se forma a profesionales que se ocupan de los departamentos de recursos humanos, lo que, como puede apreciarse, dista mucho del sentido que le estamos dando aquí al término relaciones industriales.

3 Al respecto, ha escrito Dunlop en el prefacio del libro citado que «todo sistema de relaciones industriales crea un complejo de normas para gobernar el lugar y la comunidad de trabajo. Estas normas pueden asumir una diversidad de formas en los diferentes sistemas: convenios, estatutos,

553

EL MODELO
DE RELACIONES
COLECTIVAS
PERUANO: DEL IN-
TERVENCIONISTA
Y RESTRICTIVO AL
PROMOCIONALTHE MODEL OF
PERUVIAN
COLLECTIVE
RELATIONS: FROM
INTERVENTIONIST
AND RESTRICTIVE
TO PROMOTIONAL

En este marco, una de las primeras discusiones cuando aterrizó esta concepción fuera del mundo anglosajón fue la denominación de esta visión científica, puesto que la traducción directa hacía referencia al mundo de la industria y el trabajo humano va más allá de la relación asalariada secundaria. Razón por la cual, y en medio de no poca polémica, hay quienes han propuesto, de manera correcta desde nuestro punto de vista, que se hable de sistema de relaciones laborales.

Finalmente, debemos señalar que dentro de este sistema no solo hay diversos enfoques teóricos (institucionalismo, pluralismo, comportamentalismo, estructuralista, radical, unitario, etcétera)⁴, sino que se pueden encontrar diversos modelos que generalmente giran sobre algún elemento definitorio, cuyos enfoques no solo se plantean en diádas (como autónomo-heterónimo, centralizado-descentralizado, anómico-articulado, etcétera), sino que pueden utilizarse simultáneamente cuando lo que se busca es la mirada más macro, es decir, la que trata de envolver los diversos componentes a partir de un gran eje. En este terreno se mueve este ensayo, tratando de dar cuenta general del modelo peruano de relaciones laborales que sigue un curso histórico de más de un siglo de protagonismo estatal restrictivo (el sindicato sigue viéndose como un sujeto bajo sospecha, al que hay que marcarle un pequeño espacio de actuación), y que se ha visto contrapuesto en la última década a dos intentos de cambiarle el signo y llevarlo a un modelo promocional, de impulso, soporte o apoyo de la autonomía colectiva.

Veamos, a continuación, los principales rasgos de un tránsito que aún no encuentra una definición clara pero que muestra diversos indicios de afianzamiento.

II. EL MODELO INTERVENCIONISTA RESTRICTIVO

En América Latina, con la honrosa excepción de Uruguay, el modelo presente de relaciones laborales se adscribe al denominado restrictivo (razón por la cual también se le denomina modelo tradicional latinoamericano). Las causas de la presencia de este modelo en el

órdenes, decretos, reglamentos, laudos, políticas, prácticas y costumbres. La forma de la norma no altera su carácter esencial: el de definir el estatus de los actores en el lugar y comunidad de trabajo. Se considera a los actores de un sistema de relaciones industriales como permanentemente enfrentados a un contexto ambiental. El medio ambiente se compone de tres contextos interrelacionados: la tecnología, las restricciones del mercado o presupuestarias, y las relaciones de poder y estatus entre los actores. El sistema se encuentra ligado mediante una ideología o por concepciones compartidas por todos los actores. La tarea central de una teoría de las relaciones industriales es la de explicar por qué se establecen determinadas normas en determinados sistemas de relaciones industriales y cómo y por qué cambian en respuesta a los cambios que afectan el sistema» (DUNLOP, John Thomas. *Industrial Relations System*. Londres/Amsterdam: Feffer and Simons, p. viii).

4 Sobre el particular, ver OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho sindical*. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 88 y ss.; y el ensayo de CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo. «Los enfoques teóricos en relaciones laborales». *Relasur*, 2 (1994), pp. 49-74.

continente americano y en nuestro país son varias, pero, en términos generales, Ermida Uriarte identifica los siguientes factores⁵:

- a. Causas económicas: el desarrollo económico de Latinoamérica fue tardío en comparación con las naciones potencias del orbe, siendo aún una economía preponderantemente productora de materia prima, con la presencia de un sector industrial pequeño y atrasado tecnológicamente, la existencia de un sector público considerablemente grande, y la emergencia, cada vez con mayor fuerza, de un pujante sector informal (características del denominado *fordismo* periférico), lo que retrasó el desarrollo industrial del que ya gozaban los países europeos. Por lo expuesto, la industria en nuestro continente se mantuvo atomizada y sin extenderse a todos los sectores de producción.

La repercusión sobre el hecho sindical es evidente, ya que las organizaciones sindicales creadas estaban limitadas al ámbito de la empresa, no pudiendo generar una negociación de nivel mayor, ni provocar ni administrar un conflicto de ámbito más amplio. Por consiguiente, los sindicatos creados eran incapaces de generar «un derecho laboral autónomo con vocación de generalidad; a lo más, podrían generar algunas normas autónomas muy descentralizadas y concretas»⁶. La respuesta del Estado ante la falta de normas autónomas de ámbito nacional fue la creación de normas estáticas, abstractas y de aplicación general.

- b. Causas históricas culturales: el derecho latinoamericano, en todas sus ramas, nació como un sistema jurídico cerrado y escrito que tiende a identificar derecho con ley, producto de la influencia recibida por el derecho romano, español, portugués y francés, todos ellos sistemas burocráticos, administrativistas y estatistas. En ese sentido, el producto normativo de la negociación colectiva —el convenio colectivo— no encaja en la concepción reduccionista propia del derecho latinoamericano.

Por cierto, no hay que dejar de lado el factor político, pues el Estado latinoamericano ha mostrado en términos generales una obsesión por el control político del sindicato y de su acción, a través de su reglamentación exhaustiva y la falta de tratamiento normativo de contenidos promotores de la acción sindical.

- c. Causas sindicales: Los factores antes mencionados han producido un movimiento sindical débil en esta parte del continente, el mismo que retroalimenta el reglamentarismo e intervencionismo estatal. En efecto, el fenómeno sindical latinoamericano carece de

5 Ver ERMIDA URIARTE, Óscar. «La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas». *Revista Nueva Sociedad*, 128 (1993), pp. 29-34.

6 *Ibidem*, p. 30.

fuerza para plantear oposición a las imposiciones gubernamentales y del empleador, generándose un círculo vicioso.

Sobre la base de estas causas, el modelo latinoamericano, con la honrosa excepción de Uruguay, se ha impuesto, generalmente desde el Poder Ejecutivo, con regulaciones detalladísimas, dadas bajo la convicción de que el conflicto laboral tiene como causa la existencia de los sindicatos y que, por tanto, hay que tratar de controlar al máximo su surgimiento, configuración y actuación, para garantizar la paz social.

Sobre estas bases, veamos en detalle las características del modelo peruano, muy determinado por un rol hiperdesarrollado del Estado, a partir fundamentalmente de lo regulado por el decreto legislativo 25593 (en adelante, LRCT), cuyo texto único ordenado fue aprobado por el decreto supremo 010-2003-TR.

Nos encontramos con una regulación heterónoma y que no fue negociada con los actores del sistema de relaciones laborales. Si bien en el Poder Legislativo había un importante número de proyectos de ley respecto del tema, esta norma se aprobó cuando el Parlamento estaba cerrado por el golpe de Estado, sin ninguna discusión ni política ni menos de consulta a las organizaciones sindicales y empresariales. Existen experiencias, como la española (el título III del Estatuto de los Trabajadores que disciplina el derecho de negociación colectiva), en la que las regulaciones en materia de relaciones colectivas no solo fueron discutidas con los sujetos colectivos, sino que fueron objeto de acuerdo y, por tanto, de legislación negociada, con la finalidad de garantizarles el máximo nivel de cumplimiento por su carácter consensual. Pero, evidentemente, este no fue el caso peruano, sino que más bien se dio el caso contrario, en el que el Poder Ejecutivo ha reclamado para sí el monopolio de la regulación de las relaciones colectivas.

Se trata de una regulación que se desmarca de la tendencia latinoamericana hacia el impulso de la autonomía colectiva (Uruguay, Brasil, Venezuela, República Dominicana y Paraguay) y que, más bien, como ya se mencionara, es una de las expresiones más acabadas del modelo tradicional latinoamericano de regulación de las relaciones colectivas de trabajo, ratificando sus rasgos autoritario-reglamentarista, controlista y restrictivo. El Estado regula prácticamente todo lo concerniente al surgimiento, configuración y actuación del sujeto colectivo, dejando a la autonomía sindical y a la autonomía colectiva un espacio verdaderamente estrecho y limitado. Y ello puede constatarse históricamente, puesto que el único campo de las relaciones laborales peruanas que no ha sido objeto de reforma es el de las relaciones colectivas, en donde sigue primando el espíritu que insufló vida a las primeras normas de comienzos del siglo XX. Todo ello, en abierta contradicción con las normas constitucionales que desde 1979

ordenaban una intervención de signo opuesto: garantistas y de fomento de la actuación colectiva (aquella óptica invertida del legislador que denunciara Sanguinetti en 1994)⁷.

En función de ello, es una regulación totalizadora y prácticamente excluyente de la regulación estatal de las relaciones colectivas, que define un modelo carente de toda *autonomía externa* (frente a las reglas estatales), con lo que, en consecuencia, se impide que sean las propias partes sociales, normalmente a nivel de sus representaciones de cúpula, las que puedan ir creando autónomamente un ordenamiento intersindical como el existente en los países con un sistema de relaciones laborales maduro, en el que, con la negociación colectiva como instrumento de gobierno de este ordenamiento, se pactan todas las reglas necesarias para la expresión de su poder normativo y para resolver todos los conflictos de creación, aplicación o interpretación que surjan a su alrededor. Al respecto, no se debe olvidar la estrechísima relación inversamente proporcional entre el papel del Estado y los márgenes de actuación de la autonomía colectiva, que en este caso importan un rol estatal tan sofocante cuya consecuencia es dejar sin el mínimo espacio vital a la autonomía colectiva.

Es una regulación que por primera vez trató sistemáticamente los tres institutos principales que conforman la autonomía colectiva, por lo que resulta más coherente que la regulación precedente. En tal sentido, la LRCT supera la dispersión normativa existente sobre el particular, que llevaba a que convivan un decreto supremo de 1913 (del 28 de enero, que regulaba la huelga), otro decreto supremo de 1961 (número 011, que regulaba la organización de sindicatos) y otro decreto supremo (006-71-TR, que regulaba la negociación colectiva). La coherencia de la regulación de los tres institutos no solo implica una disciplina más homogénea, sino que se expresa en la misma visión restrictiva y controlista que la informa.

Se establece un *modelo descentralizado* de relaciones laborales, en el que lo sindical gira alrededor de la empresa. Se favorece abiertamente la sindicación en este ámbito, lo mismo que la negociación colectiva y la huelga, concentrando la conflictividad laboral en la sede empresarial. Además de ello, la tercera disposición transitoria y final de la LRCT marcó el fin de las pocas negociaciones colectivas de rama de actividad, al obligar a ratificar o modificar el nivel sectorial, estableciendo que a falta de acuerdo al respecto la negociación colectiva debería llevarse a cabo a nivel empresarial. Asimismo, el artículo 46 de

7 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593)». En AUTORES VARIOS. *Quo vadis jus? Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos/ Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1994, pp. 258-295.

la LRCT se encargó de impedir cualquier intento futuro de negociación colectiva a este nivel, al colocar requisitos de representación mayoritaria de trabajadores y empresas de imposible cumplimiento en un país donde la micro y pequeña empresa (en la que no cabe el sindicato de empresa) significan tres cuartas partes del total. Dada la interdependencia de las facultades que integran la autonomía colectiva, sin lugar a dudas que la imposición en la práctica de la negociación colectiva a nivel de empresa condujo a una organización y conflictividad también en ese ámbito.

A nivel de creación y configuración de organizaciones sindicales, se busca predefinir al sujeto social, restringir al máximo a sus titulares, establecer una estructura sindical cerrada (cuatro tipos de sindicatos), imponerle fines y prohibirle ámbitos de actuación, concederle límites a su actuación a través de una disfuncional duplicidad de personalidades jurídicas. Se impone también un registro manejado por el Poder Ejecutivo y que puede ser cancelado por el registrador sin ninguna intervención judicial, etcétera. A ello habría que agregarle que en un país de estructura sindical empresarial en el que, además, se negocia casi únicamente en ese nivel (salvo construcción civil y estibadores portuarios), se impone un número mínimo de veinte afiliados para constituir un sindicato, dejando al 75% de la PEA asalariada sin posibilidades reales de ejercer su libertad sindical.

En lo que hace al funcionamiento del sistema de relaciones colectivas de trabajo, se lo asimila al *modelo estático* que hace girar la actividad sindical principalmente alrededor de la negociación colectiva, con lo que tras arribar al convenio colectivo, la representación sindical se reduce a mínimos, sin que exista siquiera comisiones paritarias que continúen funcionando para resolver los problemas de aplicación o interpretación del acuerdo. Además de ello, se impone una estructura negocial descentralizada, al establecer que el nivel de negociación se define por acuerdo de partes y que, a falta de este, se negociará a nivel de empresa (lo que vuelve inútiles a los sindicatos supraempresariales), con lo que se opta por la posibilidad de menor cobertura negocial, contraviniendo el deber constitucional de fomento de la negociación colectiva (artículo 28.2). No se regula en detalle el deber de negociar de buena fe, acogiendo únicamente una regulación defectuosa e incompleta del deber de información, puesto que no se establece el plazo en que el empleador debe entregar la información, y en muchos casos se entrega mucho después de elaborado y presentado el pliego de peticiones, por ejemplo.

Se establece un modelo *mixto* en lo que se refiere a la *titularidad del interés colectivo*, ya que, en el terreno negocial, se la otorga a la organización sindical y solo en ausencia de ella a delegados elegidos para tal fin (modelo orgánico, cuyo paradigma es Alemania), en tanto que en materia de huelga se diseña una titularidad de carácter individual con un ejercicio colectivo (modelo individualista, cuyo paradigma es

Francia, aunque con un protagonismo sindical evidente en su sistema de relaciones laborales), dejando al sindicato en un rol subordinado, que con las reformas originadas por el Tratado de Libre Comercio (TLC) con EEUU están permitiendo un rol mayor a la organización de los trabajadores. Esta ausencia de un paradigma único tiene como consecuencia inevitable la ausencia de un criterio que resuelva el problema de comunicación o incomunicación entre la negociación colectiva y la huelga, en la medida en que al ser titulares distintos no cabría, por ejemplo, deducir la existencia de un deber de paz inmanente tras la firma de un convenio colectivo, ya que el derecho de huelga seguiría siendo un derecho fundamental de los trabajadores que no podría enervarse por un pacto del sindicato.

El tratamiento del conflicto obedece a una consideración poco menos que patológica del mismo, de modo que se le brinda un espacio mínimo de expresión, configurando una regulación que se adscribe a modelo casi *contractual*, al permitirse la huelga fundamentalmente dentro del proceso de negociación colectiva, con requisitos muy exigentes (mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o unidad⁸) e ilegalizando todas las modalidades de huelga que no consistan en la suspensión total de actividades, con abandono del centro de trabajo y para fines estrictamente profesionales. Se prevé una posibilidad de huelga frente a incumplimientos legales o convencionales del empleador, pero solo una vez que se ha obtenido una sentencia judicial firme al respecto, lo que impide la materialización práctica de la medida de presión.

En consonancia con todo lo dicho, la administración laboral, salvo honrosísimas excepciones⁹, no solo ha aplicado las normas legales con especial esmero y diligencia, sino que ha aprobado reglamentos y directivas que han profundizado los rasgos antes anotados, ha emitido resoluciones para los casos concretos que han hecho muy difícil la obtención del registro sindical, imposible la negociación colectiva supraempresarial o ilusoria la declaratoria de legalidad de una huelga por más que cumpla con todos los requisitos legales.

Por lo expuesto, en la apreciación general que se puede extraer de esta regulación resalta la valoración negativa que tiene el legislador del fenómeno sindical que, más allá de contrastar con su carácter de patrimonio jurídico de la humanidad y su reconocimiento constitucional, nos muestra el carácter autoritario y excluyente que lo informa, lo cual resulta totalmente reprochable jurídicamente como veremos a continuación.

8 La exigencia de mayorías también se ha relativizado como consecuencia de las exigencias norteamericanas originadas en el TLC.

9 Entre julio de 1985 y julio de 1986, en primer lugar; entre marzo de 2004 y marzo de 2005; y, en cierta medida, desde julio de 2011.

III. CUESTIONAMIENTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS AL MODELO INTERVENCIONISTA EN EL PERÚ

El modelo intervencionista, como destaca Neves¹⁰, se ve cuestionado en el Perú a partir de fines de los setenta, tanto en el plano jurídico, por la instauración de un nuevo marco constitucional, cuanto en el plano económico, por la crisis del fordismo y la irrupción de la flexibilidad laboral.

En el plano jurídico, en 1979 se había aprobado una nueva Constitución, que entraría en vigencia plena en 1980 con el retorno a la democracia. Esta Constitución se adscribía explícitamente al modelo de Estado Social de Derecho, lo que en el campo laboral se expresaba en la consagración de un modelo democrático de relaciones laborales (que explicaremos más adelante), a partir del reconocimiento pleno, expreso y amplio de la autonomía colectiva y de la imposición al Estado de una intervención de fomento y garantía de los derechos y facultades que la integran. Además, otorgaba jerarquía constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos Fundamentales, lo que tenía una especial trascendencia respecto de los Convenios Internacionales de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este modelo era incompatible con la legislación preconstitucional intervencionista y restrictiva, ya que importaba un conjunto de obligaciones para todo el Estado, dirigidas a promover y garantizar la eficacia de los derechos colectivos y dar las facilidades para que cumplan sus funciones, partiendo de la básica: regular las condiciones de trabajo.

Esta constitucionalización de la autonomía colectiva no es gratuita: se basa en la idoneidad que tiene el fenómeno de la actuación organizada de los trabajadores para equilibrar la desigual relación existente entre las partes de la relación individual del trabajo; para canalizar y componer el conflicto inherente a tal relación de manera que pueda rendir sus mejores frutos en materia de igualdad y de justicia social, funcionalizándolo respecto de tan importantes objetivos del Estado; para producir normas adecuadas y consensuadas respecto de cada una de las múltiples unidades productivas que permitan un máximo de eficiencia económica; para servir de instrumento de garantía de la aplicación del Derecho del Trabajo en su conjunto, habida cuenta de su bajísima tasa de aplicación¹¹; para asegurar un grado razonable de participación de los trabajadores en la defensa de sus intereses a nivel

10 NEVES MUJICA, Javier. «Balance de la Reforma Laboral». *Revista Asesoría Laboral*. Lima, diciembre 2000, p. 8.

11 En tal sentido, señala Kahn-Freund que «en lo que respecta a las relaciones laborales, las normas legales carecen a menudo de eficacia, si no se encuentran además reforzadas por sanciones sociales, es decir, por el poder equilibrador de los sindicatos y demás organizaciones de trabajadores expresado a través de la consulta y negociación con el empresario, y, en último término, si esta falta, mediante el cese concertado de trabajo», concluyendo en el mismo texto que «las leyes tratan de limitar el poder de mando del empresario. Su éxito en este punto depende del grado de organización

general; y, finalmente, para cumplir el rol de cohesión e integración social (en síntesis, democracia material) que permita superar nuestra secular sociedad excluyente y sustituirla por otra de la que todos nos sintamos parte aunque sea mínimamente.

Por todas estas razones es que la autonomía colectiva, a pesar de las turbulencias que ha traído consigo el último cuarto de siglo, goza de buena salud y mucho predicamento en los países más democráticos del mundo y ha sido considerada como patrimonio jurídico de la humanidad, a partir del reconocimiento universal de la libertad sindical, que viene a ser la condensación jurídica de la autonomía colectiva. En función de ello habría que entender en su plenitud aquellas expresiones de grandes maestros del Derecho del Trabajo contemporáneo como Verdier, Giugni o Lyon-Caen, cuando plantean que «la libertad sindical es un denominador común de los regímenes democráticos», que «la efectividad del orden democrático puede ser medida por la eficacia de la libertad sindical», o que «no hay democracia sin libertad sindical», respectivamente¹².

La Constitución de 1993, siendo bastante más lacónica que la de 1979, consagró también la autonomía colectiva en sus tres principales manifestaciones y ordenó, nuevamente, al Estado garantizarla y fomentarla, con lo que las reflexiones anteriores son plenamente válidas también para la norma suprema vigente.

Esta refundación jurídica que trajo consigo la Constitución de 1979, y que se mantiene en la Carta Magna actual, exigía un replanteamiento total de la regulación infraconstitucional de corte profundamente limitadora y reglamentarista. De allí que jurídicamente se hacía insoslayable una profunda reforma de la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, que tuviese como finalidad fomentar y garantizar el surgimiento y la actuación eficaz de los sujetos colectivos, generándoles un espacio de encuentro en el que, a la par que reconocían sus intereses contrapuestos y comunes, la conjugación de estos los llevaba a sentirse parte de un proyecto común de democracia industrial y social, es decir, de un país con un tejido social consolidado y complejo en el que cada grupo social y cada integrante de ellos tenía un papel y un reconocimiento.

En el plano económico también se planteaban exigencias de reforma: la crisis del *fordismo* y la difusión de las nuevas tecnologías que dieron lugar al *modelo toyotista* y sus bases de descentralización productiva y especialización flexible, significaron la crisis de las regulaciones generales y rígidas y pusieron en el primer plano la necesidad de regulaciones

de los trabajadores» (KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Traducción de Jesús Galiana. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 55).

12 Ver ERMIDA URIARTE, Oscar & Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC, 1991, p. 28.

diversificadas y adaptables, versátiles y flexibles, coherentes con el incremento de productividad necesario para ser competitivos.

Aparece en el escenario así, como *prima donna*, la flexibilidad laboral. Ahora bien, si se revisan todas las definiciones serias de este sistema, se verá que el elemento común es la adaptabilidad, la versatilidad para adecuarse rápidamente a nuevos contextos. Y en este terreno, si algo caracteriza al Derecho del Trabajo frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico es que tiene una fuente normativa consensual y de múltiples sedes, con muchas ventajas claras frente a la otra fuente (la legal): el convenio colectivo.

En tal sentido, esta fuente reguladora se ha convertido en «el método predominante para la fijación de normas laborales»¹³ o «sin lugar a dudas, el mecanismo predominante, el mecanismo principal de regulación de las relaciones laborales»¹⁴, porque su origen consensual, el conocimiento detallado de la realidad a normar, su duración limitada en el tiempo, le dan unas idoneidad, equilibrio y aceptación inconseguibles desde la heterorregulación estatal. La situación de cada unidad productiva es peculiar, por tanto, las normas que regulen sus relaciones laborales deben tener un grado de especificidad y flexibilidad muy grande, y ello solo es posible desde la autonomía colectiva.

Esta adecuación de la norma colectiva, unida a su origen consensual, le da un índice de aceptación y cumplimiento mucho mayor que el de las normas impuestas desde el Estado. De allí que exista también un criterio de eficiencia económica que lleva a apuntalar la regulación colectiva de las relaciones laborales, frente a la lejanía del objeto a regular, la mayor rigidez e imposición que significaría otorgarle un papel protagónico al Estado en este terreno y frente a la desprotección total de los trabajadores que supondría dejarlos a merced del establecimiento individual de las condiciones de trabajo. Por ello, nuevamente, su rol tiene que dirigirse a fomentar el surgimiento y la actuación eficaz del sindicato para que la autonomía colectiva pueda establecer las reglas eficientes, apropiadas y justas en materia laboral.

Había, por tanto, razones jurídicas y económicas que planteaban perentoriamente la necesidad de una reforma legislativa de las relaciones colectivas de trabajo y las dos apuntaban en la misma dirección: favorecer el surgimiento de las organizaciones sindicales y fortalecer su actuación, utilizando el camino de la negociación colectiva para la adecuación del estatuto normativo de cada unidad productiva a sus cambiantes posibilidades y contextos.

13 WINDMULLER, John Philip. «Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados». Informe para la Organización Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid: 1987, p. 20.

14 OIT. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1.A). Ginebra: 1999, p. 5.

En tal sentido, contrariamente a las exigencias jurídicas y económicas ya vistas, a las que se debería agregar una mayor necesidad de fortalecimiento de las organizaciones colectivas para compensar la retirada estatal del ámbito individual, con el fin de mantener el equilibrio necesario para el mejor funcionamiento productivo y social de las relaciones laborales, se buscó favorecer la posición empresarial para conseguir la generación de mayor y mejor empleo, lo que, por supuesto, no ha sucedido, siendo el sacrificio en los niveles de protección del trabajador y la casi desaparición de los sujetos colectivos las consecuencias directas de la normativa laboral aprobada en los años noventa, que ahora deben revertirse en la búsqueda de un nuevo paradigma laboral que restaure el equilibrio en las relaciones de trabajo y apunte a un sistema de relaciones laborales también socialmente eficiente.

IV. EL MODELO DEMOCRÁTICO

Frente al modelo histórico intervencionista analizado, se ha buscado sentar las bases de un sistema democrático de relaciones laborales basado en el impulso de sujetos institucionalizados, vitales y sólidos, que ordenen las relaciones laborales de la manera más adecuada para poder afrontar los retos del nuevo paradigma productivo que ha venido de la mano de la globalización, generando las regulaciones adaptables, versátiles y coherentes con un modelo de incremento permanente de productividad, sin descuidar los equilibrios básicos de todo Estado Social de Derecho.

Este modelo implica la presencia gravitante de la autonomía colectiva como la institución en la que se expresa el papel preponderante que deben tener las representaciones de trabajadores y de empleadores para autorregular sus intereses contrapuestos. Se trata, a fin de cuentas, de un sistema de autonomía máxima y heteronomía mínima (vinculada fundamentalmente al campo de los intereses generales o públicos). Los rasgos principales que presenta este modelo son¹⁵:

- a. Concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y asignación al conflicto de un papel funcional dentro del esquema constitucional. Se parte del principio fundamental de que trabajadores y empleadores son portadores de intereses diferenciados que se encuentran en contraposición y conflicto, y que precisamente el ordenamiento jurídico-laboral se propone integrar. Para esto, se definen los sujetos colectivos necesarios para la representación y defensa de los intereses contrapuestos en juego y, además, se definen los derechos de conflicto básicos.

15 Ver PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. «El sistema constitucional de relaciones sindicales en España». En ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993, pp. 141-143.

563

EL MODELO
DE RELACIONES
COLECTIVAS
PERUANO: DEL IN-
TERVENCIONISTA
Y RESTRICTIVO AL
PROMOCIONAL

THE MODEL OF
PERUVIAN
COLLECTIVE
RELATIONS: FROM
INTERVENTIONIST
AND RESTRICTIVE
TO PROMOTIONAL

- b. Consagración de la autonomía colectiva como pieza esencial del sistema normativo. Esto hace que el papel del Estado como fuente exclusiva o preferente de las relaciones laborales se vea sustituido por el de los actores sociales.
- c. Intervención promocional y alimentadora del sistema por parte del Estado como noción de cierre de excepcional trascendencia. Reiteramos que no se postula un sistema de *abstention of law*, sino uno en el que el Estado juega un rol fundamental: apuntalar la mayor igualdad posible de fuerzas entre las representaciones colectivas, para que luego estas puedan hacerse cargo de la regulación de las relaciones laborales en su conjunto. Se trata de cambiar la intervención estatal y otorgarle no solo un rol de eliminación de obstáculos respecto de los sujetos colectivos y de su actuación, sino también el rol de generar los canales para garantizar el ejercicio de estos derechos y para otorgar las facilidades a fin de que desplieguen su máxima eficacia.

A partir de lo escuetamente dicho, creemos firmemente que este modelo debe procurar una refundación de la relación entre el Estado, los empleadores y las organizaciones de trabajadores, cuyo núcleo central debe asentarse en el reconocimiento de las altísimas funciones que cumple la actuación colectiva de los trabajadores en una sociedad democrática, en los siguientes y trascendentales terrenos:

- a. Equilibrio de fuerzas con la parte de los empleadores y la consiguiente consecución de niveles cada vez mayores de igualdad sustancial, participación y justicia social (democracia industrial).
- b. Composición y funcionalización del conflicto industrial, acabando con la visión patológica del mismo y generándole los canales más apropiados para que se potencien sus consecuencias positivas y se limiten las negativas.
- c. Producción de normas idóneas para cada unidad productiva a través de convenios colectivos que son pactados por quienes conocen mejor que nadie la situación de cada una de ellas.
- d. Vigencia real del Derecho del Trabajo a partir de la acción vigilante de los sindicatos, permitiendo mejorar la baja tasa de aplicación que genéticamente tiene esta disciplina jurídica.
- e. Representación general de los intereses de los trabajadores en la sociedad y ante el Estado, en la medida en que los sindicatos no solo actúan como agentes económicos a través de la negociación colectiva, sino que también lo hacen como agentes sociales que expresan la identidad social de los trabajadores, frente a los demás

actores sociales y frente al Estado, generando así un interrelación muy estrecha entre democracia y libertad sindical.

- f. Conquista cotidiana de grados cada vez mayores de cohesión social, sobre los cuales se ha de empezar a superar el carácter excluyente de nuestra sociedad y se ha de edificar otra de la que todos seamos parte y de la cual nos sintamos parte.

En el terreno laboral, un sistema democrático de relaciones laborales implica, pues, la presencia gravitante de la autonomía colectiva como la institución en la que se expresa el papel preponderante que deben tener las representaciones de trabajadores y de empleadores para autorregular sus intereses contrapuestos. Se trata de un sistema de autonomía máxima y de heteronomía mínima, como ya señalamos.

Junto con tal redefinición de la filosofía de la norma (que conlleva una significativa ampliación de la autonomía externa), el modelo democrático de relaciones laborales que se describe debe superar la ancestral atomización de la actuación colectiva y dar pasos significativos hacia su centralización, a partir del fomento de la negociación colectiva sectorial, en la medida en que, contando con una estructura empresarial atomizada en nuestro país, lo único racional es la organización y actuación colectiva a nivel sectorial, tanto para que la cobertura (eficacia) sea significativa, cuanto para establecer cargas comunes que eviten las tentaciones de hacer reposar la competencia empresarial en el *dumping social* (la reducción de las remuneraciones y condiciones de trabajo). Asimismo, para enfrentar las limitaciones de la negociación sectorial sería conveniente facilitar la articulación de la negociación colectiva (reducir la autonomía interna del modelo), de manera que se facilite que, tras las pautas generales previstas en la negociación sectorial, a nivel empresarial se puedan establecer precisiones, adecuaciones o desarrollos acordes con la realidad de cada unidad productiva.

Finalmente, este rol garantista tiene que actuar en los tres componentes centrales en que se expresa la autonomía colectiva, habida cuenta de su interdependencia: en el surgimiento de los sujetos colectivos (sindicación o auto organización, como presupuesto), en el de la producción de normas pactadas (negociación colectiva o autorregulación, como expresión del poder normativo del que está investida) y en el de las medidas de presión (huelga o autotutela, como garantía de eficacia). De no ser así, por limitarse excesivamente alguno o algunos de estos componentes, el modelo se vacía totalmente de contenido y no pasa de tener una simple apariencia democrática.

565

EL MODELO
DE RELACIONES
COLECTIVAS
PERUANO: DEL IN-
TERVENCIONISTA
Y RESTRICTIVO AL
PROMOCIONAL

THE MODEL OF
PERUVIAN
COLLECTIVE
RELATIONS: FROM
INTERVENTIONIST
AND RESTRICTIVE
TO PROMOTIONAL

Partiendo del mandato constitucional de garantía de la libertad sindical y fomento de la negociación colectiva (artículo 28.1 y 2), que implica una radical redefinición de la filosofía que inspira cualquier regulación sobre relaciones colectivas, en el año 2002, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República creó una Comisión de Expertos a la que se le encargó la elaboración de una propuesta de Ley General del Trabajo que sistematizara toda la legislación vigente y regulase tanto las relaciones individuales y colectivas, devolviendo el equilibrio a las partes sociales. En julio de tal año la Comisión entregó el Anteproyecto encomendado y desde entonces, hasta el año 2007, se discutió esta iniciativa en el seno del Consejo Nacional del Trabajo. En esta institución las partes sociales llegaron a consensuar hasta casi el 90% de un texto que luego el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo presentaría al Congreso.

El 1 de setiembre de 2011, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante la resolución ministerial 257-2011 constituyó una Comisión de Expertos encargada de revisar y actualizar el proyecto de la Ley General de Trabajo, que entregó su propuesta normativa en diciembre de tal año. Veamos las características centrales que informan al modelo propuesto por la Comisión de Expertos.

En primer lugar, el modelo se enmarca dentro del nuevo contexto latinoamericano de impulso de la autonomía colectiva que se vive en países tales como Brasil, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, entre otros. En segundo lugar, se trata de una propuesta que viene refrendada por un elevadísimo consenso social, puesto que la Comisión de Expertos ha respetado casi la totalidad de los consensos sociales existentes en el Consejo Nacional del Trabajo. En tercer lugar, y de manera adicional a esta legitimidad social, se busca que tenga también legitimidad política, en la medida en que se busca que sea una ley aprobada por el parlamento, con la pluralidad que ello importa, lo que por sí solo resulta resaltante porque ello nunca ha sucedido a lo largo de nuestra historia.

En cuarto lugar, estamos ante una propuesta de regulación bastante «oitiana», en la medida en que muestra un respeto muy grande a las normas internacionales y su desarrollo e interpretación a través de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ello, a su vez, nos hace ver que, acorde con el carácter mínimo de las normas internacionales, se está en un primer peldaño normativo, lo que va a tono con el estadio de refundación y con lo posible en la coyuntura actual.

Además de ello, se propone un modelo que todavía tiene una autonomía externa limitada, es decir, el papel de la regulación estatal es muy fuerte en el ámbito de la autonomía colectiva, lo que responde a nuestras coordinadas históricas, aunque se han abierto todas las puertas para que sean las partes sociales las que vayan reclamando para sí la regulación no solo sustantiva sino también estructural de las relaciones laborales.

En sexto lugar, en el ámbito de la autonomía interna se busca generar las condiciones para que el sistema pueda contar con una negociación colectiva articulada que nos permita aprovechar los beneficios de la negociación sectorial y de la negociación empresarial relativizando los lados menos favorables que tiene cada una de estas negociaciones.

En séptimo lugar, es un modelo que impulsa la paulatina sustitución del modelo descentralizado y disfuncional para el funcionamiento del país, estableciendo una cierta preferencia por la negociación sectorial que le dé racionalidad económica, amplíe su cobertura y evite el *dumping social* como instrumento de competencia entre empresas.

Finalmente, la propuesta de Ley General del Trabajo reseñada aborda el conflicto sin hipocresía, sin considerarlo patológico *sotto voce*, sino como inherente a las relaciones laborales, por lo que busca que sus expresiones no sean negadas *a priori* sino que sean procesadas a través de instrumentos de composición que le permitan jugar el rol dinámico y de tutela de los intereses en juego en los mejores términos, es decir, en los términos que los propios actores de las relaciones laborales consideren.

A continuación, vemos cómo se concretan estas líneas maestras en la regulación específica de la sindicación, negociación colectiva y huelga, desde el prisma que consideramos neurálgico: el fomento o promoción de la autonomía colectiva.

El proyecto de la Ley General del Trabajo busca establecer un modelo democrático de relaciones laborales en el Perú, porque, en consonancia con las características centrales de este modelo, se centra en la promoción o fomento de la negociación colectiva, es decir, busca generar las condiciones para que sean las representaciones empresariales y sindicales quienes regulen las condiciones de trabajo y las relaciones laborales tanto estructural como sustancialmente.

Ello no solo porque de facto en el país la tutela colectiva se ha pulverizado en los últimos veinte años, pasando, por ejemplo, de 2500 a 500 convenios colectivos, desde fines de los años ochenta, con gran responsabilidad estatal (legal y administrativa) en esta debacle; sino porque hay que apoyar la construcción de un Estado Constitucional de Derecho, comenzando por cumplir, por primera vez en nuestra historia, con el prístino mandato constitucional de fomento de la negociación colectiva previsto por el artículo 28.2 de la norma suprema.

567

EL MODELO
DE RELACIONES
COLECTIVAS
PERUANO: DEL IN-
TERVENCIONISTA
Y RESTRICTIVO AL
PROMOCIONALTHE MODEL OF
PERUVIAN
COLLECTIVE
RELATIONS: FROM
INTERVENTIONIST
AND RESTRICTIVE
TO PROMOCIONAL

Para tal fin, podemos dividir el proyecto en tres grandes bloques promocionales: genérico, específico y colateral. En el primer caso, de entrada, la LGT trae dos disposiciones que marcan la impronta promotora que tiñe su regulación y debe teñir su interpretación y aplicación. La primera de ellas es el artículo XXIV del Título Preliminar, en donde se establece, con claridad que nos releva de mayor explicación, que

«el Estado orienta y sujeta su actuación al cumplimiento y garantía de los derechos reconocidos en la Constitución Política, los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, las demás normas laborales y los criterios establecidos por los tribunales internacionales a los que el Perú está sujeto, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En materia de interpretación normativa se consideran los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo OIT», el que debe leerse en directa concordancia con el artículo XV que dispone que «los tratados sobre derechos humanos, en especial los Convenios Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el Perú, integran el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales laborales enumerados en la Constitución Política del Perú».

Con estas disposiciones se deja muy claramente establecido que el Estado debe tener un rol muy activo en la defensa y garantía de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad sindical (y por ende la negociación colectiva), sujetando su actuación a los mandatos constitucionales, tanto los originarios como los derivados de los convenios de la OIT (bloque de constitucionalidad), y considerando además en materia interpretativa los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que son imprescindibles en la precisión del contenido concreto de los convenios 87, 98, 135, 151 y 154, para mencionar a los más relevantes en este campo.

La segunda referencia genérica es el artículo 346 que busca comprometer al Estado en el establecimiento de estímulos económicos concretos para los beneficios que se otorguen vía negociación colectiva, tales como tratamiento tributario más ventajoso u otros incentivos específicos, de modo que los empleadores encuentren un retorno económico puro y duro por pactar colectivamente con los representantes de los trabajadores.

En lo que hace al bloque específico de fomento, en la LGT se ha partido de entender la negociación colectiva como parte inescindible del complejo mecanismo constitucional de tutela colectiva, cuyo presupuesto es la sindicación y cuyas expresiones estrictas son la negociación y el convenio colectivo y cuya garantía de eficacia es la huelga.

Por tanto, para promoverla o impulsarla se han eliminado, por ejemplo, las normas restrictivas actuales en lo que hace a fines, requisitos y procedimientos vinculados a trabajadores y organizaciones sindicales y se han adoptado disposiciones que les permitan a ambos adecuarse a los tiempos de descentralización productiva y dispersión del colectivo laboral, reconociéndoles su derecho a formar sindicatos de grupo de empresa, de contratas y subcontratas, conjuntos (empresa principal y contratas), y todos los demás que ellos consideren idóneo para defender sus intereses. A la par, se ha atacado directamente el principal escollo para la vigencia de la libertad sindical en las dos últimas décadas: la ausencia de tutela efectiva para quien constituye o se afilia a un sindicato, estableciendo, en primer lugar, una tutela general que anula y priva de efectos a todo precepto normativo, acto administrativo, cláusula de convenio colectivo, pacto individual, decisiones unilaterales del empleador y todo acto que contenga o suponga cualquier perjuicio o beneficio cuya causa sea el ejercicio de la libertad sindical. A ello, se le ha agregado una tutela específica para los más expuestos: los dirigentes sindicales, que se expresa sintéticamente en la consagración del instituto del despido-propuesta, es decir, que para que opere la extinción del vínculo laboral se requiere un proceso judicial previo en el que el empleador pruebe la comisión de la falta grave imputada.

Como la descentralización productiva ha hecho explotar el paradigma de la empresa unitaria afectando gravemente a los países como el Perú, cuyo escenario de actuación sindical era justamente aquella, la necesidad constitucional de garantizar y fomentar la tutela colectiva (artículo 28) conduce a acompañar las nuevas posibilidades organizativas (que involucran a grupos de empresas, redes de empresas o sectores, de actividad, etcétera) con garantías efectivas para la negociación en tales ámbitos. En función de ello, señalamos que en el artículo 343 de la LGT propuesta se establece que la falta de acuerdo sobre el nivel de la negociación colectiva (inicial o por cambio de uno preexistente) se resolverá por medio de un arbitraje. Asimismo, se precisan dos temas clave de la negociación colectiva: el deber de negociar de buena fe (y sus seis obligaciones derivadas) y el derecho de información (con plazos de entrega previos a la elaboración del pliego de peticiones), cuya deficiente regulación vigente les ha restado efectividad actualmente.

Además de ello, se ha establecido de la manera más amplia posible el recurso al arbitraje potestativo, es decir, a iniciativa de una de las partes, como expresión del mandato constitucional de promoción de las formas pacíficas de solución de conflictos colectivos, que ya venía señalándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional e incluso, recientemente, del Poder Judicial, a partir de lo previsto en la regulación actual. Este recurso a la heterocomposición del conflicto colectivo tiene a su vez una gran legitimidad social, al haber sido consensuada por

569

EL MODELO
DE RELACIONES
COLECTIVAS
PERUANO: DEL IN-
TERVENCIONISTA
Y RESTRICTIVO AL
PROMOCIONALTHE MODEL OF
PERUVIAN
COLLECTIVE
RELATIONS: FROM
INTERVENTIONIST
AND RESTRICTIVE
TO PROMOCIONAL

empleadores y trabajadores cuando trataron la propuesta inicial (2002) de LGT, y tiene especial relevancia en un momento en que la debilidad sindical conduce a dejar abiertos por años los procesos de negociación colectiva al no poder recurrir eficazmente a la huelga.

Y, finalmente, en el ámbito de la regulación del derecho de huelga también encontramos regulaciones del proyecto de LGT que calzan perfectamente con la obligación constitucional de fomento de la negociación colectiva. Entre las más relevantes está la expulsión del proceso de calificación de la legalidad de las huelgas del ámbito del Ministerio de Trabajo, para residenciarlo en un órgano tripartito creado en el seno del Consejo Nacional del Trabajo, que tendrá a su cargo además los conflictos de divergencia sobre la dimensión de los servicios mínimos en los casos de servicios esenciales o de mantenimiento. Asimismo, pueden contarse en el terreno promocional la derogación de la norma que prohibía las modalidades atípicas de huelga, la regulación de los servicios esenciales respetando lo previsto por la OIT al respecto, y la imposición del pago de las remuneraciones y otros derechos dejados de pagar durante la huelga cuando judicialmente queda demostrado que la causa de la medida fue un incumplimiento empresarial.

Para concluir con este breve resumen de la línea promocional del proyecto de LGT, está el plano colateral, con el que se ha abierto un nuevo camino: el de permitir que ciertas restricciones legales puedan ser superadas por la vía de la negociación colectiva. Es el caso del límite máximo del 20% de trabajadores que pueden contratarse a tiempo parcial, establecido por el artículo 29, que puede ampliarse por convenio colectivo, con lo que se le da a la negociación colectiva un rol organizacional (en terminología de la doctrina norteamericana) que puede resultar muy atractivo para la marcha de la empresa.

De todo lo dicho se puede concluir que el fomento de la negociación colectiva es en realidad la piedra de toque, el eje, la filosofía que explica la propuesta legislativa bajo comentario, perfeccionando la propuesta inicial de 2002 y contando con una legitimidad no solo jurídica sino social e internacional indudable, que de aprobarse marcará un hito en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en el Perú.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

El servicio de seguridad y salud en el trabajo

The service of safety and health at work

MAURO UGAZ & SEBASTIÁN SOLTAU*

Resumen: El artículo sostiene que, principalmente, a partir de la aprobación de la ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se viene interiorizando la importancia de la implementación de regulaciones y medidas que refuercen o enfatizan la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, se recalca que hasta que aparezca la norma reglamentaria de la ley, las empresas como los trabajadores tendrán que velar por implementar un servicio que consideren —técnicamente— idóneo a su centro de labores sin tener un referente normativo claro, puesto que, la ley no detalla la ejecución de un servicio de seguridad y salud en el trabajo. Al respecto, el documento técnico denominado «Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad», contiene una serie de regulaciones que permite integrar e implementar un servicio adecuado y apropiado de vigilancia en la salud de los trabajadores.

Palabras clave: servicio de salud – salud ocupacional – seguridad ocupacional – exámenes médicos

Summary: The article maintains that, mainly, from the approval of Law 29783, Law of Occupational Safety and Health at Work, it has been internalizing the importance of implementation of regulations and measures to reinforce or emphasize safety and health at work. However, it is emphasized that until the appearing of regulatory norm of law, enterprises as well as workers will have to safeguard for implementing a service that they consider –technically– suitable to their place of work without having a referent clear normative, since the Law doesn't detail the implementation of a security service and health at work. In this regard, the technic document entitled «Protocols of Medical Occupational Exams and Guidelines of Obligatory Diagnostic Medical Exams by activity», contains a series of regulations that permit to integrate and implement a suitable service and appropriated of health surveillance of workers.

Keywords: health services – occupational health – occupational safety – medical exams

* Mauro Ugaz es profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sebastián Soltau es egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor adjunto de los cursos de Teoría General del Proceso y Seminario de Integración en Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN I. MARCO GENERAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SERVICIO DE SALUD OCUPACIONAL.— I.1. DEFINICIÓN DE SERVICIO DE SALUD OCUPACIONAL.— I.2. CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO DE SALUD OCUPACIONAL.— I.3. ACTIVIDADES DE VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES A CARGO DEL SERVICIO DE SALUD OCUPACIONAL.— II. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país recién se viene interiorizando —sobre todo en los sectores que no mantenían una regulación específica en materia de seguridad y salud ocupacional— la importancia de la implementación de regulaciones y medidas que refuercen o enfatizen la seguridad y salud en el trabajo.

El papel de la ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, «la ley»), ha sido decisivo en ello, así como los esfuerzos que realizará la Autoridad de Trabajo para fiscalizar y sancionar los incumplimientos en salud y seguridad ocupacional.

Ahora bien, la ley contiene normas mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo que resultan aplicables a todos los sectores económicos, sin perjuicio de que algunos de ellos —por ejemplo, los sectores de minería y construcción— cuenten con normas especiales sobre el particular. Asimismo, ha considerado como su objetivo primordial «promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país»¹.

En consonancia con lo anterior, el artículo I del título preliminar de la ley prevé expresamente que los empleadores se encuentran obligados a garantizar «en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores».

De igual modo, el artículo 49 de la ley señala que el empleador debe «garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo».

Esta obligación genérica y garantista a su vez, se subdivide en una diversidad de obligaciones concretas, entre las cuales destaca la de «practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores, acordes con los riesgos a que están expuesto en sus labores, a cargo del empleador»².

1 Artículo 1 de la citada ley.

2 Literal d) del artículo 49 de la ley.

Tal obligación ya existía en el literal d) del artículo 39 del decreto supremo 009-2005-TR, Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, «el reglamento»); sin embargo, en virtud de la sexta disposición complementaria y transitoria del reglamento³, la exigibilidad de esta última obligación se vio aplazada, pues se sujetó a la aprobación de los siguientes instrumentos:

- las Guías de diagnóstico para exámenes médicos obligatorios por actividad;
- los Protocolos de exámenes médicos ocupacionales; y,
- la regulación de los exámenes médicos en contratos temporales de corta duración.

Aunque de manera tardía⁴, el 26 de abril de 2011 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el documento técnico que condensa los tres instrumentos referidos⁵.

Ahora bien, este documento técnico fue publicado con anterioridad a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, con lo cual, en la actualidad su vigencia tendría que ser analizada en el contexto de la norma reglamentaria de la ley de próxima promulgación, a fin de determinar qué orientación se deberá tener con relación a los protocolos y regulación de los exámenes médicos ya aprobados por el documento técnico.

Sin embargo, el documento técnico no se agota en especificaciones sobre los exámenes médicos sino que además contempla una serie de regulaciones para la vigilancia y supervisión de la seguridad y salud en el trabajo, lo que se condice con lo establecido en el artículo 36 de la ley.

Es decir, el documento técnico regula una serie de materias referidas a los servicios de seguridad y salud en el trabajo que permitirían implementar un sistema de vigilancia y de acción —adecuados y apropiados— sobre los riesgos de la empresa que influyen sobre la salud en el trabajo.

Lo anterior es de vital importancia porque la ley exige la implementación de un servicio de seguridad y salud en el trabajo, delineando en su artículo 36 los elementos mínimos que tendrá tal servicio.

3 Esta disposición fue incorporada por el artículo 3 del decreto supremo 007-2007-TR.

4 Según la sexta disposición complementaria y transitoria del reglamento, estos instrumentos debieron ser aprobados por la autoridad competente antes del 31 de diciembre de 2007.

5 Cabe señalar que el literal d) del Punto 6.4.3. del Documento Técnico regula —aunque de forma escueta— las evaluaciones médico ocupacionales en contratos temporales de corta duración. Por ello, entendemos que el Documento Técnico condensa los tres instrumentos a los que alude la Sexta Disposición Complementaria y Transitoria del Reglamento, a pesar de que en su denominación únicamente se haga referencia expresa a las Guías de diagnóstico y a los Protocolos.

Tales elementos mínimos podrían ser esquematizados de la siguiente manera:

Objetivo	Acción
Prevención	Identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo. Vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar la salud de los trabajadores, incluidas las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador. Vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo.
Oportunidades de mejora	Participación en el desarrollo de programas para el mejoramiento de las prácticas de trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos, en relación con la salud. Fomento de la adaptación del trabajo a los trabajadores. Participación en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.
Asesoría y comunicación	Asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo; sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos; y sobre las sustancias utilizadas en el trabajo. Asesoramiento en materia de salud, de seguridad e higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva. Colaboración en la difusión de información, en la formación y educación en materia de salud e higiene en el trabajo y de ergonomía.
Medidas de acción	Asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional. Organización de los primeros auxilios y de la atención de urgencia.

De ese modo, hasta que aparezca la norma reglamentaria de la ley, tanto las empresas como los trabajadores tendrán que velar por implementar un servicio que consideren —técnicamente— idóneo a su centro de labores sin tener un referente normativo claro.

Pues bien, siendo uno de los componentes más gravitantes de los servicios de seguridad y salud en el trabajo la atención y vigilancia de la salud de los trabajadores, es de mucha utilidad analizar lo señalado en el documento técnico, en especial lo referido a la regulación del procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores, ya que este no se agota en la realización de los exámenes médico – ocupacionales sino que implica reglas o regulaciones mínimas para instalar en un centro de trabajo un servicio de salud ocupacional.

I. MARCO GENERAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SERVICIO DE SALUD OCUPACIONAL

575

I.1. Definición de Servicio de Salud Ocupacional

El documento técnico denominado «Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos Obligatorios por Actividad» (en adelante, «el Documento Técnico»), aprobado por la resolución ministerial 312-2011/MINSA, ha procurado integrar en las empresas un Servicio de Salud Ocupacional con el propósito de proteger la salud y vida de los trabajadores de manera más enfática.

EL SERVICIO
DE SEGURIDAD
Y SALUD
EN EL TRABAJO

THE SERVICE OF
SAFETY AND
HEALTH AT WORK

Antes de ahondar en el análisis de los principales contenidos del documento técnico, creemos importante precisar brevemente qué se debe entender por «Servicio de Salud Ocupacional».

En el anexo 6 («Glosario de Términos») del documento técnico, se define a los Servicios de Salud Ocupacional como las «entidades o instituciones legalmente constituidas, o profesionales debidamente entrenados en medicina, enfermería, ingeniería de higiene y otros cuyo objetivo común y principal es atender la salud de los trabajadores». Como se puede apreciar, la acepción es utilizada para identificar a las entidades, instituciones o profesionales encargados de atender la salud de los trabajadores, no así para aludir al servicio que estos prestan.

Conforme a las disposiciones del documento técnico, todas las empresas deben contar con un Servicio de Salud Ocupacional que coadyuve a la mejora de la salud y de la calidad de vida de los trabajadores. Este tiene, pues, a su cargo la implementación del procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores regulado por el documento técnico.

Cabe mencionar que aunque el documento técnico no regula aspectos ajenos a dicho procedimiento, da a entender que los Servicios de Salud Ocupacional tienen tareas adicionales a su cargo. Ello se desprende de su introducción, en el extremo en el que se señala que «una de las actividades del SSO [Servicio de Seguridad Ocupacional] es la vigilancia de la salud de los trabajadores que debe abarcar todas las evaluaciones necesarias para proteger el estado de salud en la población laboral».

Sin perjuicio de esto último, atendiendo a los alcances del documento técnico⁶, en adelante nos limitaremos a explicar el marco general para la implementación de un Servicio de Salud Ocupacional encargado exclusivamente de la vigilancia de la salud de los trabajadores.

⁶ De acuerdo al punto III del documento técnico, su objetivo es «establecer el procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores para identificar y controlar los riesgos ocupacionales en el trabajador, proporcionando información probatoria para fundamentar las medidas de prevención y control en los ambientes de trabajo».

1.2. Características del Servicio de Salud Ocupacional

El Servicio de Salud Ocupacional de una empresa puede estar constituido por un equipo multidisciplinario de trabajadores —liderado por un médico ocupacional— o por una entidad o institución externa, contratada para la prestación de un servicio autónomo e integral, consistente en la ejecución de todas las actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores que se detallan en el siguiente acápite.

En este sentido, aunque el Documento Técnico alude reiteradamente al médico ocupacional como si este fuera el único encargado de la vigilancia de la salud de los trabajadores, corresponde aclarar que en cualquier escenario el Servicio de Salud Ocupacional tendrá que estar compuesto por un equipo multidisciplinario de profesionales especializados en seguridad y salud ocupacional.

De conformidad con el punto 6.6.1. del Documento Técnico, el médico ocupacional que lidere el Servicio de Salud Ocupacional, debe ser un médico con especialidad en Medicina Ocupacional, Medicina del Trabajo o Medicina Interna, o ser un médico cirujano con maestría en Salud Ocupacional o con un mínimo de tres (3) años de experiencia en Medicina Ocupacional, con habilitación profesional emitida por el Colegio Médico del Perú.

En cuanto a la conformación del equipo multidisciplinario, el punto 6.7.4. del Documento Técnico establece que en función de la índole de las tareas que deban ejecutarse, el médico ocupacional debe estar acompañado, por lo menos, por un ingeniero de higiene y seguridad ocupacional, un profesional de la salud (licenciado en Enfermería o Psicología) o un Ingeniero con especialidad en Seguridad y Salud Ocupacional.

Por su parte, el punto 6.7.5. del Documento Técnico dispone que el médico ocupacional —entiéndase, el Servicio de Salud Ocupacional— deberá contar con un espacio físico adecuado, equipo médico básico y el personal administrativo necesario para la ejecución de sus actividades.

En nuestra opinión, lo anterior no quiere decir que cada ambiente o centro de trabajo deba contar con un consultorio médico. Y es que existe la posibilidad, de acuerdo al punto 6.7.2. del Documento Técnico, que el Servicio de Salud Ocupacional sea compartido por dos o más ambientes o centros de trabajo o incluso por dos o más empresas. En este segundo supuesto, bastará la suscripción de un convenio, a ser presentado en el marco de una eventual fiscalización por parte de la autoridad competente⁷, en el que deberán especificarse —entre otras

⁷ La fiscalización del cumplimiento de las obligaciones derivadas del documento técnico, se encuentra a cargo de los Inspectores en Salud Ocupacional de las Direcciones Regionales de Salud, de las Direcciones de Salud o de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA).

cosas— las actividades a cargo del Servicio de Salud Ocupacional y el lugar donde se encuentra ubicado (dentro de alguno de los ambientes de trabajo de una de las empresas).

Con respecto a los servicios de apoyo (toxicología, laboratorio, radiología, espirometría y audiometría) que pudiera requerir el Servicio de Salud Ocupacional —por ejemplo, en aquellos casos en que esté constituido por un equipo multidisciplinario de trabajadores que no cuente con los equipos necesarios para ejecutar las labores de apoyo—, el punto 6.7.3. del documento técnico señala que estos deberán tener sus funciones acreditadas y aprobadas por la autoridad de salud de su jurisdicción, de acuerdo a las normas del Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Servicios de Salud y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de las Direcciones Regionales de Salud o de la DIGESA. Asimismo, deberán contar con personal capacitado en salud ocupacional, infraestructura mínima, material tecnológico y una póliza en caso de perjuicio para la salud de los trabajadores.

Como es obvio, si el Servicio de Salud Ocupacional de una empresa se encuentra constituido por una entidad o institución externa (una clínica, por ejemplo), lo más probable es que esta cuente con tales servicios de apoyo.

En cuanto a la relación entre el Servicio de Salud Ocupacional y los demás actores vinculados con la seguridad y salud de los trabajadores, el punto 6.7.7. del documento técnico incide en la importancia de su colaboración con el empleador y sus representantes, las distintas áreas o unidades de producción, el área de personal o recursos humanos y los representantes de los trabajadores.

Por su lado, el punto 6.7.9. del documento técnico precisa que el Servicio de Salud Ocupacional debe mantener contacto, cuando sea necesario, con los servicios y organismos exteriores a la empresa que se ocupen de cuestiones relativas a la salud, a la higiene, a la seguridad y a las condiciones de trabajo y de bienestar de los trabajadores, así como con los servicios de inspección.

Por último, el punto 6.7.8. del documento técnico permite expresamente que el Servicio de Salud Ocupacional de una empresa se haga cargo de servicios ajenos a la vigilancia de la salud de los trabajadores —en los términos en que esta es definida por el documento técnico— tales como los servicios de higiene ocupacional, primeros auxilios y/o tópico o de salud en general.

577

EL SERVICIO
DE SEGURIDAD
Y SALUD
EN EL TRABAJOTHE SERVICE OF
SAFETY AND
HEALTH AT WORK

I.3. Actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores a cargo del Servicio de Salud Ocupacional

En el punto 6.3. del documento técnico, el procedimiento de vigilancia de la salud de los trabajadores, cuya implementación se encuentra a cargo del Servicio de Salud Ocupacional de cada empresa, es definido en los siguientes términos:

- La vigilancia de la salud de los trabajadores es el proceso de recolección de información y análisis sistemático que abarca todas las evaluaciones necesarias para proteger la salud de los trabajadores, con el objetivo de detectar los problemas de salud relacionadas con el trabajo y controlar los factores de riesgos y prevenir los daños a la salud del trabajador, debe ser realizada por el Médico Ocupacional, bajo la responsabilidad del empleador, de acuerdo a la normatividad vigente del MTPE;
- Seguidamente, en el mismo punto del documento técnico, se distingue entre los siguientes tipos de vigilancia de la salud de los trabajadores: evaluaciones del estado de salud de los trabajadores; y,
- evaluaciones de riesgos para la salud de los trabajadores.

El primer tipo de vigilancia comprende la realización de los exámenes médico – ocupacionales (antes, durante y al término de la relación laboral) y el análisis de la ocurrencia de accidentes de trabajo, enfermedades relacionadas al trabajo y de los estados pre-patogénicos en un determinado período de tiempo.

Por su parte, el segundo tipo de vigilancia abarca la realización de evaluaciones cualitativas⁸ y cuantitativas de los agentes o factores de riesgo (físicos, químicos, biológicos, etcétera) a los que se vean expuestos los trabajadores con motivo de la prestación de sus servicios.

Los tipos de vigilancia descritos se concretan en una serie de actividades o tareas, que pasamos a describir a continuación:

a. Realización de exámenes médico ocupacionales⁹

Oportunidad:

Existen tres clases generales de exámenes médico – ocupacionales: (i) los pre – ocupacionales; (ii) los periódicos; y, (iii) los de retiro o egreso.

⁸ En el literal b) del punto 6.3. del documento técnico se precisa que las evaluaciones cualitativas deben realizarse de conformidad con las metodologías de la Gestión del Riesgo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), del *National Institut for Occupational Safety and Health* de los EE.UU. (NIOSH) o de la *Occupational Safety & Health Administration* de los EE.UU. (OSHA).

⁹ Los exámenes médico ocupacionales de los trabajadores mineros se encuentran regulados por los artículos 108 y ss. del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en minería, aprobado por decreto supremo 055-2010-EM. Al respecto, corresponde enfatizar que estas normas especiales prevalecerán sobre el documento técnico cuando establezcan obligaciones y derechos superiores.

- (i) Los *exámenes pre-ocupacionales o pre-empleo* se realizan antes que un trabajador ingrese a la empresa con el objetivo de conocer el estado de salud del postulante y determinar si se encuentra apto para desempeñar las funciones propias del puesto de trabajo que se le piensa asignar.
- (ii) Los *exámenes periódicos* se realizan durante la relación laboral, con una periodicidad no mayor a un año¹⁰, con el objetivo de monitorear el estado de salud del trabajador (lo que, por ejemplo, permitiría detectar oportunamente dolencias ocasionadas por el trabajo) y confirmar que este aún se encuentra apto para realizar sus funciones.
- (iii) Los *exámenes de retiro o egreso* se realizan en días previos al cese laboral —no más de dos (2) meses antes del cese—, con el objetivo de detectar enfermedades relacionadas al trabajo, secuelas de accidentes de trabajo y, en general, determinar si alguna alteración médica o dolencia se ha visto agrada por el trabajo.

El documento técnico contempla tres clases especiales de exámenes médico – ocupacionales: (i) por cambios de ocupación o puesto de trabajo; (ii) por reincorporación laboral (luego de un período prolongado de incapacidad temporal); y, (iii) por contratos temporales de corta duración.

En estricto, en este último caso nos encontramos frente a un examen médico pre – ocupacional con la única particularidad de que el Servicio de Salud Ocupacional que atiende actualmente al trabajador puede solicitar información al Servicio de Salud Ocupacional que lo atendió por última vez¹¹.

Cualquier examen médico ocupacional solo podrá llevarse a cabo si se cumplen los siguientes requisitos: (i) que el trabajador haya prestado su consentimiento; (ii) que el trabajador haya sido informado oportunamente por el Servicio de Salud Ocupacional sobre la finalidad del examen; y, (iii) que el examen sea respetuoso de los derechos fundamentales del trabajador; en particular, de sus derechos a la salud y a la vida.

10 La periodicidad deberá fijarse en cada caso concreto, en función al tipo, magnitud y frecuencia de exposición a factores de riesgo de cada trabajador, así como a su estado de salud.

11 La información (copia de los exámenes médico – ocupacionales) no debe tener una antigüedad mayor de tres (3) meses. Además, se requiere del consentimiento del trabajador.

Metodología:

De acuerdo al punto 6.4.2. del documento técnico, la metodología y técnica a ser empleadas para la realización de los exámenes médico – ocupacionales serán determinadas libremente por el médico ocupacional en atención al tipo de exposición (entiéndase, a los agentes o factores de riesgo a los que se encuentra expuesto cada trabajador).

Sin perjuicio de lo anterior, el documento técnico impone la realización de determinados exámenes complementarios generales (biometría sanguínea, bioquímica sanguínea, grupo y factor sanguíneo, y examen completo de orina) y específicos (audiometría, espirometría, valoración músculo esquelética, radiografía de tórax, exámenes toxicológicos, entre otros) como parte de los exámenes médico – ocupacionales, dependiendo del sector en el que vayan a laborar los trabajadores.

Así, por ejemplo, para los trabajadores de los sectores de minería y construcción, se impone la realización de —entre otros— los siguientes exámenes complementarios específicos: (i) pruebas de sensibilidad mucosa; (ii) exámenes oftalmológicos; (iii) radiografía de tórax anteroposterior y lateral; y, (iv) espirometría basal.

Asimismo, el documento técnico impone la utilización de la ficha clínica ocupacional y de la ficha psicológica (anexos 2 y 3, respectivamente).

Manejo de la información relativa a los exámenes médico ocupacionales:

El Servicio de Salud Ocupacional tiene la obligación de mantener absoluta confidencialidad sobre los contenidos y resultados de los exámenes médico ocupacionales. En tal sentido, esta información solo podrá comunicarse a terceros si se cuenta con el consentimiento informado del trabajador.

En la misma línea, el Servicio de Salud Ocupacional únicamente proporciona a la empresa las conclusiones necesarias para la toma de medidas preventivas, no así un reporte detallado sobre el estado de salud de cada trabajador; ello, a fin de evitar tratos discriminatorios.

Por otro lado, el Servicio de Salud Ocupacional se encuentra obligado a conservar toda la documentación sobre los exámenes médico–ocupacionales durante cuarenta (40) años.

b. Servicio de médico ocupacional en los ambientes o centros de trabajo¹²

De acuerdo al punto 6.7.2. del documento técnico, la vigilancia de la salud de los trabajadores comprende la presencia física de un médico ocupacional en cada ambiente o centro de trabajo, por una determinada cantidad de horas a la semana, en función al número de trabajadores.

En el caso de ambientes trabajo en los que laboren 200 o más trabajadores, incluyendo al personal destacado por terceros, el médico ocupacional deberá permanecer—como mínimo— seis (6) horas diarias por cinco (5) días a la semana en el ambiente respectivo. Por su parte, en el caso de ambientes de trabajo en los que laboren menos de 200 trabajadores, incluyendo al personal destacado por terceros, el médico ocupacional deberá permanecer —como mínimo— cuatro (4) horas diarias por dos (2) días a la semana en el ambiente respectivo.

Durante este tiempo, el médico ocupacional puede dedicarse a la evaluación de los factores o agentes de riesgo a los que se ve expuesto el personal o incluso a la atención *in situ* de accidentes de trabajo o enfermedades relacionadas al trabajo.

Ahora bien, es importante reiterar que no es necesario que cada ambiente o centro de trabajo cuente con un consultorio médico. Este podría encontrarse ubicado en otro ambiente de trabajo de la empresa o incluso de otra empresa con la que se haya suscrito un convenio con la finalidad de compartir el Servicio de Salud Ocupacional.

Sin embargo, sería recomendable que todo ambiente de trabajo cuente con un espacio asignado al médico ocupacional que sirva para guardar alguna documentación básica —por ejemplo, fichas de registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades relacionadas al trabajo— y para la atención de emergencias —a modo de tópico—.

A modo de ejemplo, el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en minería, aprobado por decreto supremo 055-2010-EM, obliga a los titulares mineros a contar con un centro asistencial permanente a cargo de un médico y personal

¹² En el punto 6.7.2. del documento técnico se indica que la implementación de este servicio será priorizada para los sectores de riesgo según las disposiciones del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo —por ejemplo, los sectores de minería y construcción—. Sin embargo, acto seguido se menciona que la atención prestada a estos sectores no elimina ni reduce la necesidad de implementar el Servicio de Médico Ocupacional en otros sectores económicos. De ello, inferimos que el cumplimiento en la implementación de este servicio será fiscalizada en todos los sectores económicos, aunque con mayor intensidad en los sectores en los que se desarrollan actividades de alto riesgo.

de enfermería. Sin embargo, también prevé la posibilidad de que varios titulares mineros, por su ubicación geográfica, puedan integrar mancomunadamente un establecimiento de salud, de acuerdo al número total de trabajadores.

El médico ocupacional, encargado de este aspecto de la vigilancia de la salud de los trabajadores, deberá reunir las características detalladas en el punto 6.6.1. del documento técnico. Así, podrá tratarse del médico ocupacional líder del Servicio de Salud Ocupacional o de alguno otro de los miembros del equipo multidisciplinario¹³.

c. Análisis anual de la información de vigilancia de la salud de los trabajadores

De conformidad con el punto 6.4.7. del documento técnico, el Servicio de Salud Ocupacional debe efectuar un análisis anual de la información de vigilancia de la salud de los trabajadores mediante tasas de frecuencia de eventos relacionados con la salud de los trabajadores (accidentes de trabajo, enfermedades relacionadas al trabajo y exámenes médico – ocupacionales).

En el punto 6.4.8. del documento técnico se detallan las tasas e índices que como mínimo deberán ser empleados en cada análisis anual¹⁴.

Los resultados del análisis efectuado, deberán plasmarse en dos documentos: (i) un informe a ser entregado al empleador para coadyuvar a la mejora continua en la implementación de medidas de prevención; y, (ii) un informe a ser entregado a la autoridad de salud de la jurisdicción, a las Direcciones Regionales de Salud, las Direcciones de Salud o la DIGESA, el cual deberá seguir el esquema del anexo 4 («Informe Técnico de Vigilancia de la Salud de los Trabajadores») del documento técnico.

d. Atención, registro y notificación de accidentes de trabajo o enfermedades relacionadas al trabajo

El punto 6.4.1. del documento técnico establece que el Servicio Médico Ocupacional debe atender, registrar y notificar los accidentes de trabajo y las enfermedades relacionadas al trabajo, de acuerdo al anexo 1 («Ficha de Registro y Notificación de

¹³ Como es lógico, en el caso de empresas que cuenten con dos o más ambientes de trabajo, con 200 o más trabajadores, será indispensable que el Servicio de Salud Ocupacional tenga más de un médico ocupacional, pues no será posible que uno solo vigile dos ambientes por un total de sesenta (60) horas semanales (30 horas por cada ambiente de trabajo). De ahí la ventaja de contratar a una entidad o institución externa que cuente con una pluralidad de profesionales especializados en salud ocupacional, frente a la contratación directa de varios médicos ocupacionales.

¹⁴ Destacan las tasas de incidencia de accidentes de trabajo, de prevalencia y/o incidencia de enfermedad relacionadas al trabajo y de frecuencia de estado pre-patológicos.

Accidente de Trabajo y Enfermedad Relacionada al Trabajo»), la Ficha Única de Aviso de Accidentes de Trabajo (FUAAT) y las disposiciones legales vigentes en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Por su parte, el punto 6.4.11. del documento técnico dispone que cada vez que el Servicio de Salud Ocupacional atienda un accidente de trabajo o una enfermedad relacionada al trabajo que haya sido causada necesariamente por las condiciones de trabajo (por ejemplo, hipoacusia, silicosis o hepatitis B), este deberá referir al trabajador respectivo a la Comisión Calificadora y Evaluadora de Invalidez de la jurisdicción, a fin de que se realice la evaluación y calificación definitiva de la invalidez.

e. Administración de expedientes de salud

De acuerdo al punto 6.7.6. del documento técnico, todos los datos relativos a la salud de los trabajadores deberían ser consignados en expedientes de salud personales y confidenciales.

Dichos expedientes deberían contener, como mínimo, lo siguiente: (i) una descripción de las tareas realizadas por cada trabajador; (ii) información relativa a la exposición de cada trabajador a riesgos ocupacionales inherentes a su trabajo; y, (iii) los resultados de todas las evaluaciones médico ocupacionales.

Atendiendo al carácter confidencial de la información contenida en dichos expedientes, estos solo deberían estar a disposición del personal médico del Servicio de Salud Ocupacional.

En línea con lo expuesto anteriormente, los datos relativos al estado de salud del personal solo podrán ser comunicados a terceros, si se cuenta con el consentimiento informado del respectivo trabajador.

f. Elaboración de un programa anual de salud ocupacional

En el punto 6.4.7. del documento técnico se señala que las actividades de vigilancia de la salud de los trabajadores deben desarrollarse en el marco de un programa anual de salud ocupacional, acorde a lo dispuesto por la autoridad de salud.

Como es lógico, dicho plan debe contemplar la realización de todas las actividades descritas —en particular, la programación de los exámenes periódicos—.

II. CONCLUSIONES

Una de las obligaciones más importante de la ley es la ejecución de un servicio de seguridad y salud en el trabajo. Lamentablemente la forma de desarrollar tal servicio no se ha detallado en la ley y, por ello, tendremos que esperar a que la norma reglamentaria complemente tal regulación.

El documento técnico contiene una serie de regulaciones que nos permitiría integrar e implementar un servicio adecuado y apropiado de vigilancia en la salud de los trabajadores y en ello radica su utilidad. La salud y seguridad en el trabajo no se agota en normas, en regulaciones o directivas: lo realmente importante es configurar un sistema que permita detectar y evitar los riesgos, así como afrontarlos cuando estos se concreten.

En tal tarea los servicios de salud y de vigilancia ocupacional tienen un papel preponderante que es necesario ejecutar en cada centro de trabajo.

Recibido: 9/01/2012
Aprobado: 16/03/2012

Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú

Teaching democracy: normative, reality and proposals related to education for citizenship in Peru

RENATO CONSTANTINO*

Resumen: El presente artículo apunta a revisar las bases ético-políticas de la educación para la ciudadanía. A partir del análisis de la normativa peruana se desprende la necesidad de que la escuela forme ciudadanos. Luego, se confronta esta normativa con la realidad de la escuela peruana. Se analizan también algunos casos de éxito y, a partir de esto, se formulan propuestas que posibiliten el desarrollo de una verdadera ciudadanía en nuestro país.

Palabras clave: educación en el Perú – educación para la ciudadanía – educación cívica – democracia – condiciones para la democracia – discriminación en el Perú – derecho a la educación

Summary: This article aims to review the ethical and political basis of education for citizenship. From the analysis of Peruvian normative it infers the necessity that school produces citizens. Then, it confronts these normative with the reality of Peruvian school. It also analyses some successful cases, and from this, it formulates proposals made to facilitate the development of a real citizenship in our country.

Keywords: education in Peru – education for citizenship – civic education – democracy – conditions for democracy – discrimination in Peru – right to education

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.– I. ALGUNOS PUNTOS SUELTOS SOBRE LA EDUCACIÓN.– II. ¿PARA QUÉ ENSEÑAR EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA?.– II.1. ¿Y A QUÉ CIUDADANÍA ASPIRAMOS?.– II.2. ¿CÓMO LLEGAR A UNA CIUDADANÍA PLENA?.– II.3. ¿ME PUEDO NEGAR?.– III. MARCO CONSTITUCIONAL Y EXPERIENCIA COMPARADA.– III.1. MARCO NORMATIVO PERUANO.– III.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.– IV. REALIDAD DE LA ESCUELA PERUANA.– IV.1. LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DE LA CVR.– IV.2. PLAN CURRICULAR NACIONAL.– IV.3. LA REALIDAD DE LA ESCUELA PÚBLICA.– V. ESPERANZA.– V.1. ¿CÓMO SE DEBE ENSEÑAR?.– V.2. LOS ABOGADOS... ¿AYUDAMOS?.– VI. ¿OASIS O ESPEJISMO? LA REALIDAD DEL COLEGIO FE Y ALEGRÍA 43-LA SALLE DE VENTANILLA.– VIII. CONCLUSIONES.– VIII. (TRISTE) COLOFÓN.

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El ensayo es ganador del Concurso de Investigación Jurídica sobre Responsabilidad Social en Derecho 2011.

*Una buena conducta que consistía en acusar, en obedecer,
en no correr y en no gritar, en estarse medio amodorrado
sobre la banca del pupitre, estudiando idiotamente
una pesadísima lección de geología [...]*

JOSÉ DIEZ CANSECO, *Repartición de premios*

INTRODUCCIÓN

Basta repasar algunas pocas narraciones para darnos cuenta de cómo históricamente la escuela peruana no ha sido un espacio de construcción de ciudadanía sino un espacio de reproducción de diversas taras que nos aquejan como sociedad. Sea el autoritarismo¹, el clasismo² o la corrupción³, la escuela no cumple la misión de formar ciudadanos. Simplemente conserva y prolonga nuestros problemas como sociedad.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) ha anotado tal problema como una de las condiciones que permitió que Sendero Luminoso pudiese expandirse rápidamente. Así pues, la ideología senderista fue transmitida «utilizando los viejos marcos pedagógicos autoritarios»⁴.

Es así que, de forma tardía, hemos notado algo que ya anunciaba Aristóteles y es que la educación forma el «carácter peculiar»⁵ que la sociedad requiere. Y una sociedad democrática necesita una educación democrática que forme ciudadanos que vivan los principios y valores que esta representa. Dentro de este orden de ideas, el presente trabajo busca analizar la formación ciudadana a la luz del artículo 14 de la Constitución y su plasmación (o la falta de esta) en la realidad.

I. ALGUNOS PUNTOS SUELTOS SOBRE LA EDUCACIÓN

Es necesario aclarar en principio qué entendemos por educación. Decía Walzer, parafraseando a Aristóteles, que «el propósito de la educación es reproducir en cada generación el «tipo de carácter» que habrá de mantener la Constitución»⁶. Las escuelas son un espacio (intermedio entre la familia y la sociedad) que proporciona un contexto para «el desarrollo de la comprensión crítica y la producción y la reproducción de la crítica social»⁷. Y es que no se puede entender la educación como

1 Ver, por ejemplo, *La ciudad y los perros* de Mario Vargas Llosa.

2 Como puede verse, por ejemplo, en *Paco Yunque* de César Vallejo.

3 Ver *El cumpleaños del director* de Antonio Gálvez Ronceros.

4 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Hatun Willakuy*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 458. En adelante, *Hatun Willakuy*.

5 ARISTÓTELES. *Política*. Edición de Antonio Gómez Robledo. México D.F.: UNAM, 1963, p. 236, 1337a.

6 WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 208.

7 L. cit.

un proceso meramente informativo sino precisamente más bien como un proceso formativo del cual la reflexión y el debate forman parte importante.

Para mejorar la comprensión de esto último es necesario acudir a las bases lingüísticas de la palabra «educar». Nos señala Teresa Arrieta que:

[...] la palabra educación se deriva de una raíz latina. Pero según sea la raíz que se elija el significado es absolutamente diferente. La palabra *educare* significa «entrenar», equipar al estudiante con una habilidad particular, mientras que la palabra *educere* tiene un significado diferente: «conducir hacia delante», «guiar hacia fuera»⁸.

Creo que es necesario acoger el segundo criterio de manera general y también de forma particular para la enseñanza de la educación para la ciudadanía. Y es que esta no puede darse como un cúmulo de información sino que se debe acompañar de vivencias, de comparación, de diálogo y debate. Y es a partir de eso que el educando, el futuro ciudadano, se formará. Conociendo sus derechos, aprenderá a respetar los de los otros como norma de convivencia, por poner un ejemplo bastante básico. Es un proceso de descubrimiento y crecimiento personal que repercute de manera beneficiosa para toda la comunidad.

También me parece importante resaltar que la educación básica (y, por ende, la educación para la ciudadanía) se otorga —o debe otorgarse— de forma igualitaria, dado que no puede depender de la condición económica de los padres. Asimismo, los alumnos deben compartir «algo parecido a un mismo nivel»⁹.

La educación no es un proceso aislado. Vive dentro de una sociedad particular buscando fines específicos. Por tanto, es necesario tener claro qué fines se buscan y cómo se concretan (o si acaso se concretan) en el caso de la escuela peruana en lo referente a la educación para la ciudadanía.

II. ¿PARA QUÉ ENSEÑAR EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA?

No es fácil determinar por qué o para qué se enseña educación para la democracia. Si bien no existe (y está bien que no exista) un consenso definitivo sobre la democracia como el mejor sistema de gobierno, es bastante claro que sus principios (como la decisión de la mayoría, el respeto de las minorías, la posibilidad del disenso y la exigibilidad de ciertos derechos sociales en nombre de la dignidad humana) resultan claros para una gran mayoría de personas.

8 ARRIETA, Teresa. «Educación, tolerancia e identidad». En ALEGRÍA, Ciro & otros (eds.). *Tolerancia: ética y política*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 265.

9 WALZER, Michael. Ob. cit., p.214.

Estos valores se encuentran consagrados en la actualidad en la Constitución. Y es que, como bien señala Zagrebelsky, hoy en día se le encarga a la Constitución

[...] no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional¹⁰.

En tanto la Constitución tiene esta función, no puede omitir funciones educativas. Y es que la norma fundamental debe posibilitar la convivencia social. Esto lo señala Häberle al hablar de los fines educativos de la Constitución, los cuales tienen como tarea constituirse como «pedazos de la vida pública»¹¹. La educación tiene el deber de posibilitar, como la Constitución, la vida en común, y debe servir para evitar el socavamiento del sistema pluralista¹². Como señala Zagrebelsky, ante la posibilidad de la eliminación del pluralismo del sistema democrático «debe valer la intransigencia»¹³. Y por tanto es válido enseñar educación para la ciudadanía para preservar la propia democracia. No por salvarla sin motivo, sino para asegurar la pervivencia del pluralismo.

Así es que existe la necesidad de ver qué valores dentro de un sistema democrático se deben enseñar. Häberle señala al respecto que:

Los fines educativos y los valores orientadores tienen una función específica como texto constitucional en sentido amplio, pues se trata de elementos formadores de consenso en el Estado constitucional y constituyen un pedazo de su identidad cultural y su vida pública. Son fines de la educación, por ejemplo, *la tolerancia y la dignidad humana (o también «la imagen del ser humano»)*, *la legalidad, la honestidad y la aceptación de la responsabilidad, la apertura hacia el mundo y el sentido del deber*¹⁴.

Por tanto, podemos señalar que hay una serie de valores (Häberle los denomina fines) que es necesario inculcar a los futuros ciudadanos.

10 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009, p. 13.

11 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 187.

12 Habría que tener cuidado con lo que Carbonell denomina «constitucionalismo conservador» que es cuando la Constitución consagra ciertas discriminaciones. No es objetivo de este trabajo discutir qué ocurre en tales casos pero es importante abrir el debate sobre tal posibilidad. Ver CARBONELL, Miguel. «Neconstitucionalismo y derechos fundamentales en América Latina: apuntes para una discusión». *Pensamiento Constitucional*. XIV,14 (2010), pp. 21-23.

13 ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 15.

14 HÄBERLE, Peter. Ob. cit., pp.187-188. Las cursivas son nuestras.

Como explicaremos más adelante, esto no debe ser visto como una imposición o un adoctrinamiento sino más bien como un «florecimiento» o «crecimiento» personal que, de forma mayeútica, concluye en la necesidad de ciertos valores para la convivencia a pesar de las diferencias.

II.1. ¿Y a qué ciudadanía aspiramos?

Ante lo dicho, es necesario aclarar a qué ciudadanía aspiramos y por qué. Existen básicamente dos modelos de ciudadanía. Habermas los describe así:

En la filosofía del derecho compiten entre sí dos interpretaciones contrarias de esta ciudadanía activa. En la tradición liberal del derecho natural que procede de Locke cristalizó una comprensión individualista-instrumentalista del papel del ciudadano; y en la tradición republicana de teoría del Estado que se remonta a Aristóteles, una comprensión comunitarista-ética¹⁵.

Según Habermas, el modelo liberal de ciudadanía se centra en «los derechos individuales y en el trato igual». Así pues, la participación política tiene un «significado enteramente instrumental»¹⁶. En cambio, en el modelo republicano se «define la participación en el autogobierno como esencia de la libertad, como parte de lo que hay que asegurar. Ello es [...] un componente esencial de la condición de ciudadano» Esto se debe a que se considera que «la plena participación en el autogobierno [...] es capaz, por lo menos a veces, de conducir a la formación de un consenso dominante, en el que uno se puede identificar con los demás»¹⁷.

Habermas elige el segundo modelo porque «la autonomía política es un fin en sí que nadie puede realizar por sí solo, es decir, persiguiendo privadamente sus propios intereses sino que solo puede realizarse por todos en común por la vía de una praxis intersubjetivamente compartida»¹⁸.

Considero que es innegable que en nuestro país se debe aspirar a lograr una ciudadanía de modelo republicano. En un país con tantos problemas de corrupción, se vuelve imperativo que los ciudadanos participen activamente en el debate público. Me parece muy importante rescatar que, si bien el liberalismo evita que el Estado señale una concepción de vida buena privada para los ciudadanos, esto debe ser superado en el espacio público, donde la Constitución sí puede señalar ciertos valores o principios orientadores de la acción pública.

15 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2001, p. 626.

16 L. cit.

17 L. cit.

18 *Ibidem*, p. 627.

11.2. ¿Cómo llegar a una ciudadanía plena?

Resulta evidente que la ciudadanía no puede ser impuesta. O, cuando menos, queda claro que hacerlo tendría algo de totalitario. Así pues, se debe buscar otra vía. Bajo esta perspectiva, considero que son la costumbre y la educación los medios más adecuados. Dice Habermas al respecto:

El modelo republicano de la ciudadanía nos recuerda que las instituciones de la libertad, aseguradas en términos de derecho constitucional, tendrán o no valor, conforme a lo que de ellas haga una población acostumbrada a la libertad, acostumbrada a ejercitarse en la perspectiva de primera persona del plural de la práctica de la autodeterminación. El papel del ciudadano institucionalizado jurídicamente ha de quedar inserto en el contexto de una cultura política habituada al ejercicio de las libertades¹⁹.

No se puede imponer la democracia ni se puede enseñar la democracia desde el autoritarismo. La educación para la democracia tiene que ser necesariamente democrática. Centrándonos nuevamente en la Constitución, es necesario señalar, siguiendo a Häberle, lo siguiente:

Los objetivos como la tolerancia, la democracia, la dignidad humana, la reconciliación de los pueblos o el «espíritu de la democracia», son directivas abiertas para un proceso en el que siempre debe ser posible un entendimiento mutuo y siempre renovado entre las generaciones: ¡la educación no es una calle de sentido único!²⁰.

La Constitución nos da pautas abiertas sobre las cuales discutir y debatir. Y es que la Carta Magna no puede ser un documento escrito en piedra, inmutable. De ninguna manera: tiene que estar en contacto con la población, con la ciudadanía y con los futuros ciudadanos. Debe dar pautas y recibir interpretaciones. Estas pautas (llamadas fines educativos por Häberle) «son en mucho un proyecto anticipado del ser humano, que habrá de vivir y configurar la Constitución en el porvenir. Así vista, la Constitución se reencuentra en los fines educativos. ¡Su presente se encuentra con su futuro en forma pedagógica!»²¹.

Esta discusión no es simple. Es compleja y extenuante. Anuncia futuras y complejas batallas jurídicas y políticas. Pero estas deberán respetar el mínimo marco constitucional que permite el pluralismo. Así, por ejemplo, señala Dionisio Llamazares:

¿Cómo puede estar ausente la reflexión sobre espacios de convivencia como la familia y sobre sus distintos tipos posibles, contando con el

19 L. cit.

20 HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 191.

21 L. cit.

dato sociológico y el jurídico? *¿Cómo puede faltar la reflexión sobre la obligatoriedad de la ley vigente aunque se esté en desacuerdo con su contenido y sobre las relaciones de la ley con la conciencia? ¿Cómo puede estar ausente la reflexión sobre las relaciones entre jóvenes del mismo o distinto sexo, sean solo de amistad o sexuales y sus consecuencias? ¿Cómo puede estar ausente la reflexión, habida cuenta del dato sociológico y del dato jurídico, sobre los distintos modelos posibles de convivencia en pareja, heterosexual u homosexual, formalizada jurídicamente, civil o religiosamente, o como pura convivencia de hecho? ¿Cómo puede estar ausente la reflexión sobre las relaciones entre padres e hijos o entre profesores y alumnos? ¿Cómo puede faltar reflexión sobre nuestros deberes de solidaridad con los otros? ¿Cómo puede faltar la reflexión sobre la búsqueda de la felicidad de cada uno que tiene sus límites infranqueables en la felicidad de los demás o sobre las coordenadas que no puede sobrepasar en ningún caso la competitividad con los otros? ¿Cómo puede faltar la reflexión sobre la armonización del principio de igualdad de oportunidades y la especial atención que merecen los sectores más vulnerables, desvalidos o menesterosos? ¿Es posible todo esto sin una reflexión a fondo sobre los distintos sistemas de producción y de organización social?*²²

11.3. ¿Me puedo negar?

Existen dos clases de objeciones a la educación para la ciudadanía. La primera proviene de una concepción del Estado como un ente axiológicamente vacío. La segunda, en cambio, parte de la posibilidad de imponer la moral privada a la moral pública constitucional. Procedo a exponer ambas objeciones

A través de una concepción radical del liberalismo, se ha llegado a la conclusión de la neutralidad estatal con respecto a todo valor. Así, el Estado se convierte en un vacío axiológico sobre el cual se intentan construir algunos arreglos que permitan la convivencia. Quienes defienden esta posición aducen que el deber de llevar alguna asignatura sería un deber «de tipo paternalista o perfeccionista»²³. Consideran que la formación de buenos ciudadanos «no ha de ser una misión de una disciplina escolar que se presenta al mismo tiempo como asignatura ordinaria y como empresa de adoctrinamiento o catequesis en los secretos de algún credo o cosmovisión, sea de orden religioso o secular»²⁴. Consideran que la neutralidad «es el respeto hacia todas las cosmovisiones o doctrinas comprensivas lo que impide que

591

ENSEÑANDO
DEMOCRACIA:
NORMATIVA,
REALIDAD Y
PROPUESTAS
EN TORNO A LA
EDUCACIÓN PARA
LA CIUDADANÍA
EN EL PERÚ

TEACHING
DEMOCRACY:
NORMATIVE,
REALITY AND
PROPOSALS
RELATED TO
EDUCATION FOR
CITIZENSHIP IN
PERU

22 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 112-113. Las cursivas son nuestras.

23 PRIETO SANCHÍS, Luis. «Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia (Comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)». *Persona y Derecho*, 60 (2009), pp. 209-240, p. 237.

24 *Ibidem*, pp. 223-224.

ninguna de ellas (incluida la nuestra) pueda ser objeto de exposiciones adoctrinadoras o apoloéticas en el marco de una asignatura»²⁵.

Esta visión yerra en una definición. Sí, el Estado no puede intervenir y hacer apología de alguna religión o cosmovisión para el ámbito privado. Es decir, no puede imponer modelos a seguir de vida buena. No obstante, sí puede, y está en la obligación de hacerlo, definir qué mínimos se necesita para la vida pública: la ciudadanía. El Estado, a diferencia de lo que creen quienes argumentan a favor de esta corriente, no es neutral en cuestión de valores. Tiene y defiende ciertos valores que le son consustanciales para la supervivencia de una sociedad plural. Señala adecuadamente Llamazares:

El Estado no es indiferente ni puede ser neutral con respecto a los valores comunes [principios y valores de la Constitución], ni puede ser neutral con respecto al compromiso de respetar el derecho a la diferencia [...] pero sí debe serlo con respecto a los valores diferenciales en cuanto tales: convicciones en el sentido del TEDH [Tribunal Europeo de Derechos Humanos], religiosas y no religiosas, étnicas, de género o culturales, vividas y sentidas como parte de la propia identidad, individual o colectiva, siempre que esos valores no entren en contradicción con los valores comunes²⁶.

La otra objeción parte más bien desde ciertos grupos conservadores que sienten problemas con diversos contenidos de la asignatura de educación para la ciudadanía, pues consideran que, como los padres que son, pueden educar a sus hijos según sus propios valores. La enseñanza de ciertos valores comunes que colisionen con sus valores propios les permitiría activar una objeción de conciencia.

Una característica propia de la democracia es la objeción de conciencia. Es la posibilidad de que el Derecho, en el desarrollo de una ley, «si la conjugación con otros valores en juego lo permite sin merma de la satisfacción del interés general [...] [deje] abierta la posibilidad de que la propia ley exima al destinatario de esa obligación o prohibición en los supuestos en los que genere una auténtica contradicción con la norma de conciencia»²⁷.

Un ejemplo clásico de esto es la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Quienes se negaban a prestar el servicio, podían realizar algún otro servicio civil sin sanción alguna²⁸.

²⁵ *Ibidem*, p. 224.

²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. *Ob. cit.*, p. 127.

²⁷ *Ibidem*, p. 160.

²⁸ Caso establecido en el artículo 30, inciso 2 de la Constitución de España de 1978 que dice: «La Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria».

Si bien los padres pueden criar a sus hijos bajo sus propias creencias y convicciones morales, no pueden impedir que lleven un curso de educación para la ciudadanía en tanto que simplemente se enseña un marco mínimo de convivencia. Ello no sofoca ni anula la posibilidad de desarrollar una moral privada.

No obstante, es obvio que tal moral privada no puede entrar en contradicción con la moral pública, puesto que prevalece la última. Como señala Llamazares: «la contradicción exige que la moral privada ceda ante la moral pública, lo que vale también para esa moral como posible contenido de la enseñanza pública»²⁹.

Así, pues, vemos la importancia que tiene la formación de la ciudadanía dentro de una democracia, así como las formas que puede adoptar y la imposibilidad de su negación. Pasamos a ver la positivización de los conceptos tratados.

III. MARCO CONSTITUCIONAL Y EXPERIENCIA COMPARADA

III.1. Marco normativo peruano

El marco normativo peruano estaría definido por la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. En este primer apartado analizaremos la Constitución, así como la interpretación constitucional.

El artículo pertinente es el 14 de la Constitución, que reza así:

La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural³⁰.

29 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio. Ob. cit., p. 162.

30 Las cursivas son nuestras.

Rubio³¹ señala como antecedentes el artículo 79 de la Constitución de 1933 que decía: «La educación moral y cívica del niño es obligatoria y se inspirará necesariamente en el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana».

También señala como antecedente el artículo 22 de la Constitución de 1979, que decía lo siguiente:

La educación fomenta el conocimiento y la práctica de las humanidades, el arte la ciencia y la técnica. Promueve la integración nacional y latinoamericana; así como la solidaridad internacional.

La formación ética y cívica es obligatoria en todo el proceso educativo. La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia.

La enseñanza sistemática de la Constitución y de los Derechos Humanos es obligatoria en todos los centros de educación civiles, militares y policiales en todos sus niveles³².

Vemos que la preocupación por la educación cívica o ética no es reciente. Y que esta no depende de valores morales particulares sino que se basa claramente en la Constitución y los derechos humanos.

En nuestro país, queda claro que lo expuesto en el capítulo anterior está plenamente vigente. El Tribunal Constitucional ha señalado que los fines constitucionales del proceso educativo en nuestro país son:

a) Promover el desarrollo integral de la persona.

El proceso educativo debe contribuir a la plena formación intelectual, moral, psicológica y física de las personas.

b) Promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo.

El objeto del proceso educativo es que la persona pueda insertarse plenamente en la sociedad, y que, por ende, pueda crecer y progresar como ser humano dentro del entorno en donde coexiste.

Asimismo, tiene como fin que el educando pueda desarrollar con inteligencia, conocimiento y habilidad suficiente, una determinada actividad generadora de un bien o servicio que coadyuve a su gratificación espiritual por lo realizado, y que le sirva como medio de sustento para la satisfacción de sus necesidades materiales.

31 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 132-134.

32 Las cursivas son nuestras.

c) *El desarrollo de la acción solidaria.*

*La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común para las personas adscritas a un entorno social*³³.

No queda duda de que nuestra Constitución y nuestra historia constitucional han dado una gran importancia a la formación de ciudadanos. Si bien se debe tener claro que el Estado debe ser laico, no es un vacío axiológico sino que defiende distintos valores en el ámbito público necesarios para la convivencia en común. No es cuestión de defender la democracia *per se* sino por los valores que representa. Esto ha sido señalado también en la Ley General de Educación (ley 28044) en su artículo 9:

Artículo 9º.— Fines de la educación peruana

Son fines de la educación peruana:

a) Formar personas capaces de lograr su realización ética, intelectual, artística, cultural, afectiva, física, espiritual y religiosa, promoviendo la formación y consolidación de su identidad y autoestima y su integración adecuada y crítica a la sociedad para el ejercicio de su ciudadanía en armonía con su entorno, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades para vincular su vida con el mundo del trabajo y para afrontar los incesantes cambios en la sociedad y el conocimiento.

b) Contribuir a formar una sociedad democrática, solidaria, justa, inclusiva, próspera, tolerante y forjadora de una cultura de paz que afirme la identidad nacional sustentada en la diversidad cultural, étnica y lingüística, supere la pobreza e impulse el desarrollo sostenible del país y fomente la integración latinoamericana teniendo en cuenta los retos de un mundo globalizado.

III.2. Instrumentos internacionales

La preocupación que hemos encontrado reflejada en nuestra experiencia constitucional y legal también la podemos encontrar en diferentes instrumentos internacionales. Citaremos tres instrumentos que rescatan la necesidad de que la educación persiga un objetivo que favorezca la democracia y el respeto por los derechos humanos. Todos tendrán fuerza interpretativa en nuestro país de acuerdo a la cuarta disposición final y transitoria.

33 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4232-2004-AA/TC. Fundamento 13. Las cursivas son nuestras.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) señala en su artículo 26.2:

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y *el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz³⁴.

En el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), las partes acuerdan que:

[...] la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño dice en su artículo 29.1, literal d):

Preparar al niño para asumir *una vida responsable en una sociedad libre*, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena [...]³⁵.

Como podemos apreciar, en el mundo, la educación no es simplemente una capacitación laboral. Es un espacio de conocimiento, sí, pero también de desarrollo de valores que permitan una convivencia pacífica en igualdad desde las diferencias. Aceptar y vivir las diferencias es lo que posibilita realmente la democracia.

IV. REALIDAD DE LA ESCUELA PERUANA

Se levanta una gran interrogante cuando nos preguntamos si el mandato de la Constitución y de los tratados internacionales se cumple de manera efectiva en nuestro país en lo referente a la educación para la ciudadanía³⁶. Para constatar esto, pasaremos a analizar dos fuentes básicas para el entendimiento de la educación para la ciudadanía en nuestro

³⁴ Las cursivas son nuestras.

³⁵ Las cursivas son nuestras.

³⁶ Como podrá saber cualquier lector, la duda se aplica no solo a esta parte sino, quizá, a la totalidad de la Constitución.

país: el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y el Plan Curricular Nacional Actual.

597

IV.1. Las conclusiones y recomendaciones de la CVR

Como se mencionó anteriormente la CVR encuentra en la educación uno de los grandes factores que posibilitaron el conflicto. La educación había sido abandonada por el Estado y, a pesar de los esfuerzos modernizadores, no se pudo neutralizar «el predominio de pedagogías tradicionales autoritarias»³⁷. De hecho, una de las respuestas al conflicto armado fue volver a la Instrucción Premilitar³⁸, perpetuando las respuestas autoritarias al conflicto en el espacio escolar³⁹.

La escuela no era un espacio que apreciase la diferencia. Más bien ha sido siempre en el Perú un espacio para la homogeneización⁴⁰, que a su vez «reproducía desigualdades previas, exacerbando resentimientos y frustraciones que terminaron contribuyendo a la reproducción del ciclo de la violencia»⁴¹. Y acá vale la pena traer a colación la reflexión de Sandoval sobre los espacios en que se reproduce la violencia:

vemos que los proyectos autoritarios germinan con mayor eficacia en instituciones que no reconocen las diferencias —como es el caso de la escuela y el servicio militar obligatorio— y que por el contrario se asientan en paradigmas de integración homogeneizadores que, llevados al extremo, no hacen más que expresar el desprecio y el racismo que usualmente se esconden bajo una máscara paternalista⁴².

La escuela no se logró librar de las grandes taras de la sociedad peruana como el racismo y la discriminación. Tal es la reflexión que nos deja el mencionado informe.

Para combatir estos problemas radicales de la educación nacional, varias de sus propuestas apuntan a:

buscar un consenso en torno a la promoción de valores democráticos, interiorizar la importancia de los derechos humanos, el respeto de las diferencias, la valoración del pluralismo y la diversidad cultural, la difusión de visiones del país actualizadas y que den cuenta de su complejidad, y el rechazo de la violencia como medio para resolver

ENSEÑANDO
DEMOCRACIA:
NORMATIVA,
REALIDAD Y
PROPUESTAS
EN TORNO A LA
EDUCACIÓN PARA
LA CIUDADANÍA
EN EL PERÚ

TEACHING
DEMOCRACY:
NORMATIVE,
REALITY AND
PROPOSALS
RELATED TO
EDUCATION FOR
CITIZENSHIP IN
PERU

37 *Hatun Willakuy*, p. 458.

38 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe final*. Lima: CVR, 2003. Tomo III, p. 584. En adelante, *Informe final*.

39 Tal curso no fue asignado al Ministerio de Educación sino al de Defensa. Ver *ibidem*, p. 585.

40 Como bien señala Nelson Manrique: «Para los progresistas, en fin, se trataba de redimir al indio por medio de la educación. La «redención» del indio consistía en que este dejara de serlo. No eliminarlo física sino culturalmente. El etnocidio cultural». Ver MANRIQUE, Nelson. *Enciclopedia Temática del Perú. Tomo VII: Sociedad*. Lima: Empresa Editora El Comercio, 2004, p. 25.

41 SANDOVAL, Pablo. *Educación, ciudadanía y violencia en el Perú: una lectura del informe de la CVR*. Documento de Trabajo IEP 142. Lima: IEP, TAREA, p. 8.

42 *Ibidem*, p. 9.

conflictos; también para elevar la calidad de la educación, para que satisfaga las expectativas de progreso y desarrollo de la población⁴³.

El Informe Final de la CVR aporta varias conclusiones relativas a la educación. Para los fines de este trabajo solo tocaremos algunas de ellas⁴⁴.

1. Poner énfasis en políticas educativas destinadas a la transformación de la escuela en un lugar donde se respete la condición humana del alumnado y se contribuya al desarrollo integral de su personalidad. Lograr una conciencia de paz y afirmar la educación como su instrumento⁴⁵.

Resulta clara la importancia que el Informe Final de la CVR le otorga a la educación. La distingue claramente como el instrumento que puede posibilitar verdaderamente la paz en nuestro país.

2. Establecer un Plan de Estudios que estimule el conocimiento y oriente el saber hacia el bienestar para lograr una formación integral y alejamiento a la proclividad a la violencia; reformulación de visiones simplistas y distorsionadas de la historia y realidad peruana⁴⁶.

La propuesta de la CVR apunta a desterrar visiones fatalistas o derrotistas de la historia peruana. Es lamentablemente cierto que muchas veces la historia se cuenta como un sinnúmero de oportunidades perdidas que parecen apuntar a la incapacidad de autogobernarnos. Asimismo, llama a desterrar las visiones simplistas del materialismo.

3. Promoción de una educación en el respeto a las diferencias étnicas y culturales. Adaptar la escuela en todos sus aspectos a la diversidad étnico-lingüística, cultural y geográfica del país⁴⁷

Se recomienda promover la enseñanza intercultural y en el idioma materno para lograr que la escuela se adapte a todos los ámbitos de nuestro país.

4. Reforzar instancias de participación y democratización de la escuela⁴⁸

Es claro que no se puede enseñar la democracia desde el autoritarismo. Es por eso que la CVR reclama por un manejo mucho más democrático de la escuela peruana. Así, llama a permitir la participación activa de los padres y de las autoridades locales en la escuela pública.

43 *Informe final*. Tomo IX, p. 111.

44 *Ibidem*, pp. 134-138.

45 *Ibidem*, p. 134.

46 *L. cit.*

47 *Ibidem*, p. 135.

48 *Ibidem*, p. 136.

5. Disciplina⁴⁹

Este apartado me parece muy importante. La disciplina en un ambiente democrático que debe fomentar la autonomía personal. No debe basarse ni en la amenaza ni en el castigo. La CVR propone prohibir y sancionar todo castigo físico y trato humillante.

IV.2. El Plan Curricular Nacional

El Plan Curricular Nacional es el documento elaborado por el Ministerio de Educación que determina los contenidos curriculares de los cursos a dictar⁵⁰. Estos son válidos (y de cierto modo obligatorios) para la educación pública y para la educación privada. El documento señalan los objetivos de la educación básica regular, entre los que destacan la interculturalidad, la democracia, la ética y la inclusión⁵¹.

Lo que sería la educación para la ciudadanía recibe el nombre de Formación Ciudadana y Cívica y tiene por finalidad «favorecer el desarrollo de procesos cognitivos y socio-afectivos en el estudiante, que orienten su conciencia y actuación cívico-ciudadana en un marco de conocimiento y respeto a las normas que rigen la convivencia y la afirmación de nuestra identidad de peruanos»⁵². Señala como método para lograr esto «la participación activa y responsable del estudiante en el abordaje y solución de asuntos y problemas propios de sus entornos, a partir del diálogo, el debate, la reflexión, la clarificación de valores y su puesta en práctica mediante la ejecución de proyectos». Asimismo, recalca la necesidad de que este aprendizaje se genere en democracia⁵³. Se aprecia un plan coherente con las recomendaciones de la CVR. Es necesario destacar que las dos grandes áreas de aprendizaje son Identidad e Interculturalidad y Sociedad Democrática⁵⁴. También debemos rescatar que, en quinto grado de secundaria, se habla del conflicto armado interno, de verdad, justicia y memoria colectiva, así como de reconciliación nacional⁵⁵.

Cabe preguntarse: ¿se aplica a cabalidad este plan?, ¿cómo se aplica? Y finalmente: ¿funciona?, ¿tiene efectos?

49 L. cit.

50 El documento se titula *Diseño Curricular Nacional de la Educación Básica Regular* y se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Educación. Fue aprobado por resolución ministerial 0440-2008-ED.

51 *Ibidem*, p. 17.

52 *Ibidem*, p. 397.

53 L. cit.

54 *Ibidem*, p. 398.

55 *Ibidem*, p. 408.

IV.3. La realidad de la escuela pública

Es obvio que la educación para la ciudadanía en el Perú es un objetivo relativamente reciente a pesar de que el discurso político haya ido en otra dirección⁵⁶. La educación para la ciudadanía (concebida como educación cívica) no ha tenido como objetivo la formación de ciudadanos que valoren la pluralidad. Más bien, ha tendido a buscar la homogenización o la asimilación de aquellos a los que se considera distintos⁵⁷. Así pues, diseños curriculares y planes de educación se tienen que enfrentar de manera abierta y complicada a estructuras y discursos sociales que no fomentan realmente la ciudadanía.

Existen varios trabajos realizados sobre la escuela peruana. Suelen coincidir en puntos importantes que traeremos a colación. En principio, debemos analizar la dinámica de la socialización escolar. En ella encontramos dos tipos de espacios de socialización: uno oficial y uno alternativo⁵⁸. El espacio oficial premia a aquellos que cumplen con las metas que propone el espacio. Es decir, la calificación: la nota aprobatoria y el desaprobado o «jalado». En el espacio alternativo, en cambio, se premia al «vivo», al que puede evitar las reglas sin ser descubierto, al fuerte, al que se impone. Señala Callirgos que tal es la imagen del criollo popular, «el «achorado», el «vivo», astuto, el que no se va a dejar engañar ni burlar ni insultar, el que sabe pelear o por lo menos amedrentar a sus posibles rivales, sabe jugar fútbol u otros deportes «para hombres», sabe poner apodos, bromear, conquistar a las chicas, el que se atreve a hacer aquello que está prohibido»⁵⁹.

Así pues, finalmente se termina castigando a los que no logran alcanzar tal estatus. Se marca una jerarquía basada en diferentes características, donde ciertas características, como los rasgos fuertemente andinos, los defectos físicos, el hablar con acento andino o «motoso», la menor habilidad deportiva, la pobreza más acentuada o la timidez se convierten en cargas para los alumnos dentro del proceso de socialización escolar. Se convierten en los «puntas», los «mongos», los «lornas»⁶⁰.

¿Por qué se aspira a tal modelo? ¿Por qué el modelo oficial sucumbe ante el modelo alternativo? La respuesta es trágica. Las recompensas del modelo oficial son nulas. En nuestro país, la escuela pública ya no es un espacio que permita la movilidad social. Por tanto, es probable que tanto

56 Ver las referencias al marco normativo peruano explicado líneas arriba.

57 CALLIRGOS, Juan Carlos. *La discriminación en la socialización escolar*. Separata. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 1. Disponible en <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/Callirgos.pdf>.

58 Utilizo acá la denominación de Callirgos (ibidem, p. 2). Uccelli, en cambio, denomina a estos espacios de socialización espacio *formal* – espacio *informal*. Véase UCCELLI, Francesca. «Autoridad y liderazgos entre los alumnos». Disponible en <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/Uccelli.pdf>.

59 CALLIRGOS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 2.

60 Ibidem, pp. 3-4.

el buen alumno como el mal alumno tengan las mismas oportunidades laborales en la vida.

El problema es estructural, queda claro. No obstante, los profesores juegan un rol enorme dentro de este problema, pues son las primeras figuras de autoridad. Muchas veces, el inicio de la falla parte de estas autoridades que no ofrecen verdaderos incentivos «oficiales». Y es que —y este es el meollo del asunto— la escuela no es un espacio democrático y, por tanto, difícilmente puede ofrecer incentivos para la democracia. De hecho, los docentes suelen tener incentivos para no ser «cercaños» puesto que esto es mal visto⁶¹. Así, «los maestros, de una manera u otra, también se encuentran en medio de dos tendencias: representar a la escuela «oficial» y sus mandatos «democráticos»; y sucumbir en la tentación del autoritarismo; o intentar acercarse de manera abierta a los alumnos, y ser mal visto desde lo «oficial»⁶².

Por otra parte, los conflictos suelen sublimarse, callarse o expresarse violentamente, puesto que no existen canales efectivos que permitan la resolución de conflictos. Uccelli, al respecto, señala lo siguiente:

Ante situaciones de molestia de los alumnos o conflicto explícito entre alumnos y docentes, el diálogo no aparece como un mecanismo de resolución de los problemas; por el contrario, parece ser que la ausencia de diálogo resuelve o, mejor dicho, no resuelve el conflicto. La indiferencia de los alumnos expresada en las entrevistas con frases tales como «lo ignoro», «me volteo», «me quedo callada» son evidencia de las reacciones del alumno ante actitudes o situaciones de molestia con el profesor⁶³.

Paso a describir un ejemplo descrito por Callirgos y luego hablaré de otro que fue noticia hace un par de meses en nuestro país.

Callirgos relata el siguiente caso: un chico de 14 o 15 años y uno de aproximadamente 11 son llevados a la dirección. El menor de ellos ha sido golpeado por otros chicos de su edad y sus ojos reflejan lágrimas recientes. El mayor es acusado de haber iniciado el pleito. Este cuenta que cargó al niño a su salón cuando un grupo golpeó al menor en la espalda e intentó quitarle los pantalones. El director resuelve el conflicto pidiéndole que se den la mano y los envía a sus salones⁶⁴.

61 Uccelli también destaca el papel de los alumnos en estos incentivos al señalar que «el comportamiento de los alumnos parece exigir y avalar el autoritarismo como componente necesario de la autoridad. Esto se muestra en el rechazo y la intolerancia frente al docente permisivo, incapaz de mantener el orden en el aula, mientras el profesor estricto y autoritario es más respetado como tal. El alumno legitima este tipo de autoridad rechazando al profesor permisivo y respetando al autoritario». Ver UCCELLI, Francesca. Ob. cit., p. 14. Vemos pues que tanto el espacio oficial como el alternativo envían incentivos al profesor para no ser realmente democrático en su actuación.

62 CALLIRGOS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 6.

63 UCCELLI, Francesca. Ob. cit., p. 8.

64 CALLIRGOS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 8.

Como vemos, quien infringe la norma no recibe castigo. El director avala el comportamiento abusivo del chico mayor. Si legitimamos tales actitudes como normales, simplemente desterramos a la democracia de la socialización escolar. No importa qué se predique en las aulas, si acaso ello se hace de forma correcta⁶⁵.

Clinton Maylle es un alumno del Colegio Micaela Bastidas en San Juan de Lurigancho (distrito de la periferia urbanizada de Lima Norte). Sus rasgos físicos son claramente andinos: su rostro, sus pómulos, su nariz. Si acaso quedase duda, la entonación que tiene al hablar lo delata⁶⁶. Una persona, un compañero de aula que fue golpeado salvajemente por sus compañeros hasta quedar postrado en un hospital de Lima. Golpeado cruelmente por ser distinto. O más que por ser distinto⁶⁷, por no querer ser igual a todo el resto⁶⁸. Con posterioridad, uno de los señalados como agresor relató que, de forma previa a la golpiza, agresor y agredido habían intercambiado insultos de tinte racista⁶⁹. Si en el lugar donde debemos empezar la enseñanza de la ciudadanía vemos que campea el autoritarismo, el miedo, el recelo y la intolerancia..., ¿podemos hablar de la posibilidad de educar ciudadanos en las aulas? ¿Es posible cambiar las cosas o perpetuaremos a la escuela como una reproductora de desigualdades y discriminaciones?

V. ESPERANZA

En esta sección paso a describir algunos leves intentos que se han probado para cambiar esta realidad y para que se pueda realmente formar ciudadanos. Son varios intentos, algo dispersos pero que vale la pena rescatar. No es sencillo intentarlo, no es sencillo ir contra la corriente y rebelarse frente a la estructura que parece imponerse a nosotros. Pero vale la pena.

65 El caso no deja de recordarme, con obvias diferencias, a la acusación que le hace Alberto Fernández, el «Poeta», a Gamboa sobre el asesinato de el «Esclavo», cuyo victimario sería el «Jaguar». El «Jaguar» se salva. Fernández es amenazado con la expulsión de seguir con la acusación y a Gamboa se lo envía de servicio a la sierra peruana a manera de castigo por no callar. A casi 50 años de la publicación de tal novela, parece que los mismos miedos que atormentaban a los personajes de Vargas Llosa atormentan hoy a los alumnos de la escuela peruana.

66 Hay que tener cuidado de pensar que el desprecio hacia lo marcadamente andino refleja una ventaja para los alumnos caucásicos. Señala Callirgos que la raza blanca suele ser relacionada con la delicadeza. En las mujeres suele ser una ventaja, pero no para los hombres, que preferirán más bien tener rasgos físicos que los ubiquen «al medio», ser un «berraco» (nombre que se le da a los cerdos mestizos, de raza indefinida, usualmente más resistentes a las enfermedades). Ver CALLIRGOS, Juan Carlos. Ob. cit., p. 16.

67 Cabe anotar que en el Perú, el racismo contra las personas de rasgos andinos no se focaliza en una minoría sino más bien en un grupo humano bastante significativo de la población peruana.

68 Ver el caso en *Peru 21*. «Escolar queda parapléjico tras golpiza». Disponible en <http://peru21.pe/noticia/656724/escolar-queda-paraplegico-golpiza>. Consulta: lunes 5 de setiembre de 2011.

69 Ver *El Comercio*. «Presunto agresor de escolar que quedó parapléjico dice que no tiene culpa de nada». Disponible en <http://elcomercio.pe/lima/659023/noticia-presunto-agresor-escolar-que-queda-paraplegico-dice-que-no-tiene-culpa-nada>. Consulta: lunes 5 de setiembre de 2011.

V.1. ¿Cómo se debe enseñar?

Hay que señalar que otro de los problemas en la educación para la ciudadanía es el método de enseñanza. De acuerdo con Magendzo⁷⁰, existen tres modalidades de enseñanza de la ciudadanía: la patriarcal, la científico-racional, y la democrática.

La primera modalidad tiene como objetivo asegurar que los alumnos ocupen sus respectivos lugares en la dinámica de la división social del trabajo. Así pues, la democracia pasa a ser solo una careta formal de la dominación de los grupos dominantes. El «interés nacional» solo favorece a quienes tienen el poder para la interpretación ventajosa. La formación política se limita a fomentar el cumplimiento de las normas. Se busca fomentar cierto patriotismo. Dentro de esta concepción, la educación religiosa, como corrector moral, juega un papel importantísimo⁷¹.

La segunda modalidad, en cambio, se basa en una concepción política donde el mercado es el agente que regula las instituciones sociales. Así, asume preponderancia la preparación científica y se deja de lado el cultivo de las ciencias sociales o de las humanidades. La educación cívica se minimiza o se convierte en orientación vocacional o en preparación para la vida laboral. Los contenidos políticos son mínimos.

La tercera modalidad es la democrática. Surge en Suecia como respuesta a las doctrinas totalitarias. La educación ciudadana busca preparar ciudadanos que puedan construir una mejor sociedad. Así pues, se entiende a la escuela como un espacio que permite la realización de ciertos ideales políticos como la democracia y la equidad. Para esto, la participación constituye un elemento esencial en esta concepción. El alumno debe conocer la sociedad y saber que tiene la posibilidad de influir positivamente en ella, sea a través de las actividades políticas o los voluntariados. Esta concepción, asimismo, viene acompañada de un fuerte contenido crítico, puesto que se entiende que ningún conocimiento (ni estructura legislativa) es inmune a los cuestionamientos.

En nuestro país han sido los dos primeros modelos descritos los que han sido más utilizados. Tradicionalmente, en la educación cívica se ha privilegiado el civismo, vinculado tradicionalmente al amor a la patria y

603

ENSEÑANDO
DEMOCRACIA:
NORMATIVA,
REALIDAD Y
PROPUESTAS
EN TORNO A LA
EDUCACIÓN PARA
LA CIUDADANÍA
EN EL PERÚ

TEACHING
DEMOCRACY:
NORMATIVE,
REALITY AND
PROPOSALS
RELATED TO
EDUCATION FOR
CITIZENSHIP IN
PERU

70 MAGENDZO, Abraham. *Formación ciudadana*. Bogotá: Cooperativa Editorial Magisterio, 2004, pp. 31-37.

71 Debo manifestar mi oposición a la presencia del curso de Educación Religiosa en las escuelas públicas peruanas. No solo es atentatorio contra los principios del Estado laico sino que también resulta contraproducente con la idea de formar ciudadanos. Solamente se pueden formar ciudadanos bajo la idea de una «moral pública». Imponer una «moral privada» por el simple hecho de ser mayoritaria y compartir algunos valores con la moral pública constitucional debilita la idea de ciudadanía puesto que, como sabemos, la religión se basa en dogmas absolutos libres de cuestionamiento, mientras que la ciudadanía es un constante ejercicio de crítica, cuestionamiento y participación. De una opinión similar es GARCÍA FIGUEROA, Adolfo. «La nueva asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Un test para la racionalidad del sistema educativo». *Sistema*, 199 (2007), pp. 61-78.

la emulación de los héroes⁷². Esta visión no es exclusiva de los peruanos, sino que es una práctica común en toda América Latina⁷³. Así, pues, se puede identificar la presencia de dicho modelo en el «paporreteo» de ciertos elementos de civismo (la bandera, la escarapela, los símbolos patrios) o en «la memorización de artículos de la Constitución [...] y el conocimiento sólo formal de la estructura del Estado»⁷⁴.

El segundo modelo es bastante novedoso. No se suele aplicar en la escuela pública sino en un nuevo tipo de escuela que surge durante el gobierno de Fujimori: el colegio preuniversitario. Estos colegios desechan ciertos contenidos «tradicionales» como la Educación Física o la Educación Cívica para privilegiar la preparación para el examen de ingreso a la Universidad. La educación cívica no aparece en los contenidos curriculares⁷⁵ y si acaso se hace mención a los «valores» se hace solo con referencia a aquellos orientados al trabajo y al éxito personal⁷⁶. Y esto se da precisamente porque se viene asentando entre la clase media peruana un individualismo en el cual el bienestar personal se ve totalmente desligado del espacio público. El ingreso a la universidad no es visto como un espacio de crecimiento personal sino

72 VEGA, Rudecindo. «Educación Cívica para educar a la ciudadanía». En ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. *Democracia, ciudadanía y educación cívica en la escuela peruana*. Lima: Asociación Civil Transparencia, 2000, pp. 123-124.

73 Al respecto, ver CAJAS, Juan y Norma UBALDI. «Cultura, política e ideología: reconstrucción histórica del debate sobre la educación cívica en América Latina». Disponible en http://www.ife.org.mx/documentos/DECEYEC/vgn_investigacion/cultura_politica_e_ideologia.htm.

Señalan los autores: «En América Latina cada país hizo suyo determinado discurso educativo, a partir del cual se dio forma a una peculiar nación. En términos generales, el concepto de «educación cívica» ha estado asociado a la idea de generar cierto «espíritu cívico» dentro de los ciudadanos. Dicho espíritu cívico es, sucintamente, en términos antropológicos una cuestión de lealtades o al menos un sentido de pertenencia identitaria con una sociedad en particular, en nuestro caso: la chilena, costarricense, paraguaya, colombiana, estadounidense, nicaragüense o uruguayá; cada una de ellas con una singular forma de evolución y desarrollo sociocultural, que se prolonga hasta nuestros días».

74 MUJICA, Rosa María. «Metodología y técnicas de enseñanza». En ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. Ob. cit., p. 85.

75 La página web del Colegio Trilce señala lo siguiente:

«Nuestros alumnos reciben una sólida formación académica, a través del desarrollo de las siguientes áreas:

Matemática: Aritmética, Álgebra, Geometría, Trigonometría [...].

Comunicación: Lenguaje, Literatura, Plan Lector, Redacción y Argumentación.

Ciencias: Física: Química, Anatomía, Biología.

Humanidades: Historia Universal, Historia del Perú, Geografía, Economía, Actualidad Nacional e Internacional.

Aptitud: Razonamiento Matemático, Razonamiento Verbal [...].

Arte: Dibujo, Pintura, Danza.

Educación Física.

Computación: laboratorios con multimedia y acceso a internet. Convenio Cibertec».

Como vemos, no aparece el curso de Educación Cívica por ningún lado. Información disponible en <http://www.trilce.edu.pe/colegios/surco/secundaria.htm>. Consulta: 6 de setiembre de 2011.

76 El Colegio Pamer señala en el rubro de «Tutoría, Psicología y Valores» lo siguiente:

«Contamos con el mejor Sistema de Tutoría Personalizada a través del cual, todos los alumnos tendrán un seguimiento individual de rendimiento académico, puntualidad y asistencia; y un constante estímulo para el desarrollo de su personalidad.

El tutor *exige* todos los días a cada alumno para que no decaiga en el esfuerzo permanente que debe realizar, lo *motiva* siempre para que no pierda el ánimo e interés en el estudio y lo *orienta* fomentando en él hábitos y actitudes que lo llevarán a desarrollar al máximo sus facultades, convirtiéndose en un estudiante de éxito». Información disponible en <http://www.pamer.edu.pe/secundaria/secundaria.php?modulo=secundaria&idpagina=4>. Consulta: 6 de setiembre de 2011.

de una profesionalización que permite ingresar en mejores condiciones al mercado laboral.

La tercera modalidad no ha sido muy aplicada en nuestro país⁷⁷. No obstante queremos ofrecer algunas líneas sobre su desarrollo. Es muy importante conocer qué técnicas se pueden aplicar para la educación para la ciudadanía. No son realmente un misterio. Parten de una visión democrática, crítica y participativa de los alumnos. Gustavo Cruz, con referencia a La Casa de Cartón señala algunas técnicas:

- «las asambleas (de aula, de ciclo, cultural o general): en las que se trabajan noticias, acuerdos, quejas, sugerencias
- El trabajo de noticias
- Las responsabilidades en el aula
- Las consignas
- El Consejo Estudiantil
- Los retos personales y grupales
- Las salidas, paseos y campamentos
- La proyección social⁷⁸.

Dentro de lo mencionado, me parece muy rescatable la idea del Consejo Estudiantil. Posibilita el empoderamiento de los estudiantes. Les permite viabilizar proyectos, les da iniciativa, los educa en la participación, la representación y la rendición de cuentas. La experiencia ha sido adoptada por diversos centros educativos particulares. En los centros educativos nacionales hay una experiencia equiparable: los municipios escolares. Allí también se vive lo que describí en el caso de los Consejos Estudiantiles pues, como señala María Teresa Mosqueira, un «niño que opina, participa y se organiza, expresará sus sentimientos e ideas, respetará y valorará la opinión de los demás; convivirá democráticamente con sus semejantes; y desarrollará valores solidarios y sentido de permanencia colectiva»⁷⁹.

Otra forma que me parece resaltante es la educación a través del arte. Es importante porque le permite al estudiante reconocerse a sí mismo, pero también ponerse en el lugar del otro, posibilitando la valoración y el respeto por el otro, consiguiendo así un mejor resultado⁸⁰.

77 Se citan algunos colegios en ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. Ob. cit., como por ejemplo el CIFO (Colegio Isabel Flores de Oliva) y La Casa de Cartón. También podemos mencionar a Los Reyes Rojos, creado por Constantino Carvallo.

78 CRUZ, Gustavo. «Currículo educativo y nuevas propuestas». En ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. Ob. cit., pp. 52-53.

79 MOSQUEIRA, María Teresa. «Los municipios escolares: una experiencia de ciudadanía y educación en valores». En ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA. Ob. cit., p. 153.

80 MESÍA, Ericka & otros. *Educando con arte. Una manera lúdica de enseñar derechos humanos (Guía para docentes)*. Lima: Proyecto financiado por el Rectorado de la Pontificia Universidad Católica del Perú/administrado por la Dirección Académica de Investigaciones (DAI) de la PUCP/avalado por el Instituto de Derechos Humanos y Democracia (IDEHPUCP), 2005, pp. 11-12. Al respecto, cabe señalar lo mencionado aquí y decir lo siguiente: «El arte juega un papel importante. La facilidad

605

ENSEÑANDO
DEMOCRACIA:
NORMATIVA,
REALIDAD Y
PROPUESTAS
EN TORNO A LA
EDUCACIÓN PARA
LA CIUDADANÍA
EN EL PERÚ

TEACHING
DEMOCRACY:
NORMATIVE,
REALITY AND
PROPOSALS
RELATED TO
EDUCATION FOR
CITIZENSHIP IN
PERU

V.2. Los abogados... ¿ayudamos?

Desde el derecho también se han realizado esfuerzos. No obstante, creo que no se ha reflexionado mucho sobre la importancia que tiene la educación para la ciudadanía como verdadera posibilidad de democracia. Algunos esfuerzos han sido más una explicación formal de los derechos⁸¹, lo cual solo nos conduce, como hemos visto, a la memorización inútil y a la desvalorización de la importancia de nuestros derechos. Y es que el Derecho, como parte de la educación para la ciudadanía, así como también la Ética, deben ser conocimiento, reflexión y aplicación a situaciones concretas. Si la educación para la ciudadanía se convierte en puro conocimiento sin correlato práctico, se convierte en un ejercicio infructuoso.

Pero sí existen esfuerzos que apuntan hacia lo que buscamos. En la Facultad de Derecho de la PUCP, existen espacios de educación legal que buscan fortalecer la conciencia ciudadana y dar a niños y ciudadanos conciencia sobre sus propios derechos. Es un espacio que permite a estudiantes, niños y ciudadanos reflexionar sobre sus propios derechos⁸².

VI. ¿OASIS O ESPEJISMO? LA REALIDAD DEL COLEGIO FE Y ALEGRÍA 43-LA SALLE DE VENTANILLA

No me es fácil determinar si existen esperanzas o posibilidades reales de cambio. Para corroborar esto, decidí aplicar una encuesta en un salón de quinto de secundaria del Institución Educativa Fe y Alegría 43-La Salle en el distrito de Ventanilla. Entrevisté a varios alumnos sobre tres temas que me parecieron interesantes: homosexualidad, igualdad de género y percepción sobre la democracia. Esta encuesta se realizó a alumnos del quinto grado de secundaria. La respondieron 13 mujeres y 18 hombres entre los 15 y 17 años de edad. Las preguntas apuntaban a presentar ciertos dilemas morales para forzar una reflexión sincera sobre las preguntas escapando de clichés o respuestas deshonestas.

del arte para propiciar una identificación con el otro, que está representado en la obra de arte, nos permite esta sensibilización de la que hablamos: mirar y reconocerse con el otro» (ibídem, p. 12).

81 Podemos considerar como ejemplo de esto a CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Aprendamos la Constitución*. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

82 ORTIZ SÁNCHEZ, Iván. «Proyección y Responsabilidad Social en las Facultades de Derecho». *Derecho PUCP*, 65 (2010), pp. 268-269. Sobre los inicios de la Proyección Social en la Facultad de Derecho de la PUCP, revisar ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. «La responsabilidad social en la formación de los abogados». *Derecho PUCP*, 65 (2010), especialmente pp. 252-254.

607

ENSEÑANDO
DEMOCRACIA:
NORMATIVA,
REALIDAD Y
PROPUESTAS
EN TORNO A LA
EDUCACIÓN PARA
LA CIUDADANÍA
EN EL PERÚ

TEACHING
DEMOCRACY:
NORMATIVE,
REALITY AND
PROPOSALS
RELATED TO
EDUCATION FOR
CITIZENSHIP IN
PERU

¿Puede un homosexual ser profesor de nido?					
Respuesta no discriminatoria		Respuesta no discriminatoria pero prejuiciosa		Respuesta discriminatoria	
Hombres	11,11%	Hombres	27,77%	Hombres	61,11%
Mujeres	38,46%	Mujeres	0%	Mujeres	61,53%
Total	22,58%	Total	16,13%	Total	61,29%
¿Puede un homosexual estar en el ejército?					
Respuesta no discriminatoria		Respuesta no discriminatoria pero prejuiciosa		Respuesta discriminatoria	
Hombres	33,33%	Hombres	11,11%	Hombres	55,55%
Mujeres	46,15%	Mujeres	0%	Mujeres	53,84%
Total	38,71%	Total	6,45%	Total	54,84%
¿Puede una mujer ser presidenta?					
Respuesta igualitaria			Respuesta no igualitaria		
Hombres	94,44%	Hombres	5,55%		
Mujeres	100%	Mujeres	0%		
Total	96,77%	Total	3,23%		
Opine sobre la siguiente frase: «No necesitamos democracia, al fin y al cabo, no da de comer»					
Favorable a la democracia			Contrario a la democracia		
Hombres	100%	Hombres	0%		
Mujeres	100%	Mujeres	0%		
Total	100%	Total	0%		

Fue complicado planear la encuesta. No obstante, los resultados parecen ser regulares en el caso de discriminación y bastante alentadores sobre la percepción de la democracia. En el caso de discriminación hacia homosexuales, los resultados se parecen bastante a los de la última encuesta realizada en nuestro país al respecto: el porcentaje que rechazaría que un profesor homosexual dicte en un nido es de 61%⁸³. La otra respuesta también discrimina en un porcentaje similar. No obstante, hay que discernir al momento de ver la respuesta no discriminadora. Existen quienes no discriminan pero tienen respuestas prejuiciosas. Así pues, en el primer caso un chico responde: «Sí, porque normalmente suelen tener una tendencia a ser más delicados, sutiles, amigables para

83 Ver *El Comercio*. «La tolerancia a la homosexualidad se abre paso en nuestro país». 23 de agosto del 2009. Disponible en <http://elcomercio.pe/lima/331940/noticia-tolerancia-homosexualidad-se-abre-paso-nuestro-pais>. Consulta: 8 de setiembre de 2011.

niños pero para los que entienden lo toman como enfermos» (hombre, 17 años).

Vemos que la respuesta no discrimina directamente pero deja entrever posiciones terribles. Casi como una primera acepción de tolerancia. La homosexualidad es mala pero se debe tolerar. Hay que ser cuidadoso con tal acepción. No discrimina directamente pero lleva dentro de sí el germen de la intolerancia.

En el caso de la segunda pregunta, la mayoría presumía la debilidad de los homosexuales. De hecho, las respuestas no discriminatorias prejuiciosas lo revelan:

«Creo que sí porque *a pesar de todo* es un ser humano con la capacidad de autodesarrollarse y crecer» (mujer, 16 años).

Si vemos algunas de las respuestas y las cotejamos con la tercera pregunta encontramos algunas cosas sorprendentes. El poder (la presidencia) ya no sería un espacio exclusivamente masculino. No obstante, en la visión de muchos, las Fuerzas Armadas sí lo son. Varias de las respuestas discriminatorias de las propias mujeres afirman que ese espacio no podría ser ocupado por nadie con características que ellas ven como «femeninas».

«No porque si es un homosexual no va a soportar tanto como lo haría un verdadero hombre como fuerza, voz, postura, etcétera.» (mujer, 16 años).

Pero existen respuestas verdaderamente alentadoras. Exponemos dos de ellas, sobre las dos primeras preguntas:

«Sí, porque la homosexualidad no es una discapacidad ni tampoco una enfermedad y además debemos darles una oportunidad ya que muchas veces nosotros se las negamos» (mujer, 16 años).

«Sí, porque su orientación sexual no influye en su rendimiento, además no se puede negar nada a ninguna persona que esté dispuesto a servir a la patria» (mujer, 16 años).

Creo que los resultados no se diferencian mucho de los generales según la encuesta mencionada. Pero hay que tomar en cuenta la argumentación. Se necesita aún mucha más evidencia empírica para afirmar o negar algo en cuanto a la tolerancia a la homosexualidad.

Mucho más alentadores son los resultados sobre democracia. En su totalidad los alumnos responden de forma positiva hacia la democracia otorgándole un valor inherente y no solo funcional. El 100% de los alumnos la defiende a pesar de que posiblemente no le ven beneficios en el plazo inmediato. Y es que saben que:

«con la democracia el pueblo es el que manda y queramos o no nos organizamos mejor» (hombre, 16 años).

El resultado me parece muy alentador. Es muy relevante cuando el apoyo a la democracia en el Perú es solo del 61%⁸⁴.

Ahora bien, ¿por qué estos resultados difieren a lo constatado en el capítulo IV?

Por lo conversado con el director, padres de familia y alumnos, es el reconocimiento y la utilidad de la escuela. La escuela es un símbolo de progreso que no sirve en el Perú. Pero esta escuela sí funciona. Muchos salen de allí ya con un oficio. Algunos consiguen becas especiales y siguen estudios universitarios. Si la escuela funciona, el alumno tiene los incentivos para esforzarse dentro del marco «oficial». Asimismo, los profesores hacen un gran esfuerzo para que ciertos valores inspiren la actuación de los estudiantes. Vemos pues que la valoración por la ciudadanía parece crecer cuando se empodera a los estudiantes y se les muestra la escuela como un espacio de desarrollo y cuando la educación que reciben es un ejercicio de democracia en contenidos y actitudes.

VII. CONCLUSIONES

Como mencioné líneas arriba, la educación no es un fenómeno aislado. Es un fenómeno social que responde a ciertos valores éticos reflejados en la Constitución. La construcción de la ciudadanía depende de la educación. Una educación que no debe reproducir esquemas autoritarios o discriminadores y que debe otorgarle al estudiante la oportunidad de crecer como persona. Tal desarrollo necesita basarse en el reconocimiento la auto-conciencia valorativa, el reconocimiento del otro y, finalmente, el empoderamiento. De lo analizado, es claro que las experiencias que empoderan a los estudiantes, sea valorativa o políticamente, les permiten ejercer un mayor nivel de ciudadanía. Y es que la ciudadanía es esencialmente eso: reconocimiento del otro como igual y empoderamiento personal y colectivo para cambiar la sociedad.

Considero que necesitamos, por tanto, cuatro cosas como mínimo

- Una educación de calidad que ofrezca verdaderas oportunidades de crecimiento personal y movilidad social
- Una comunidad educativa verdaderamente democrática donde prime el respeto

609

ENSEÑANDO
DEMOCRACIA:
NORMATIVA,
REALIDAD Y
PROPUESTAS
EN TORNO A LA
EDUCACIÓN PARA
LA CIUDADANÍA
EN EL PERÚ

TEACHING
DEMOCRACY:
NORMATIVE,
REALITY AND
PROPOSALS
RELATED TO
EDUCATION FOR
CITIZENSHIP IN
PERU

84 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe Latinobarómetro 2010*, p. 27. Disponible en <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>. Consulta: 9 de septiembre de 2011.

- Reflexión profunda sobre los derechos y deberes de las personas (como niños, como estudiantes y como ciudadanos)
- Experiencias de empoderamiento estudiantil, como los Consejos Estudiantiles o los Municipios Escolares, que permitan el desarrollo de políticas participativas dentro de los centros de estudios

Obviamente existen incompatibilidades con lo que existe hoy. Algunos cambios son de actitudes o personas. Pero otros son estructurales y requieren de legislación adecuada y voluntad política para ser llevados a cabo. Entendamos que la escuela es un servicio público que necesita ser regulado de forma mucho más plena para asegurar una verdadera ciudadanía.

VIII.(TRISTE) COLOFÓN

Lamentablemente, en el camino de vuelta a casa luego de realizadas las encuestas en Ventanilla, me crucé con la Universidad César Vallejo, una institución que lucha con los sueños de miles de jóvenes, con sus ganas de convertirse en profesionales. Uno de sus murales rezaba «Al que quiere triunfar no le importa si la vida es injusta». Poco podemos progresar realmente si nos negamos la posibilidad de enfrentar las injusticias. Se hace más que necesario el reconocer las posibilidades de cambio que trae consigo la educación y no permitir que se convierta en triste alienación.

Recibido: 20/12/2011

Aprobado: 09/03/2012

CRÓNICA DEL CLAUSTRO

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

En el semestre 2011-II se desarrollaron diversas actividades. Entre ellas, destacan las siguientes:

I. ACTIVIDADES DE LA FACULTAD

I.1. Seminarios y conferencias

- Seminario «El registro de la propiedad en España», organizado por el Programa de Segunda Especialidad de Derecho Registral. Tuvo como profesor invitado al doctor José Antonio Álvarez Caperochipi (España). Fecha: 4, 5, 6, 7 y 8 de julio.
- III Reunión Regional «Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales». Audiencia Pública. Se realizó en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». Fecha: 11, 12 y 13 de julio.
- Taller «Ética en el Poder Judicial» organizado por el Comité de Ética del Poder Judicial en colaboración con nuestra Facultad en la Sala de Audiencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fecha: 21 y 22 de julio.
- Inauguración de la Diplomatura de Estudio Internacional en Pluralismo Jurídico y Derecho Indígenas. Toda la diplomatura constará de 224 horas pedagógicas y tiene validez para obtener ascensos judiciales. Los docentes que participarán en ella son Dinah Shelton, presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); Carlos Gaviria, primer presidente de la Corte Constitucional de Colombia; Esther Sánchez, perita de la CIDH y de la Corte de Colombia; Magdalena Gómez, experta mexicana; Robert Yazzie, juez de la Nación Navajo, entre otros. Fecha: 1 de agosto.
- II Seminario Internacional de Derecho Internacional y Constitucional Comparado en Derechos Indígenas «Retos para su aplicación nacional», organizado por el Parlamento Andino, el Grupo Parlamentario Indígena del Perú, el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad y nuestra Facultad. Entre los ponentes internacionales invitados estuvieron Dinah Shelton, presidenta de la CIDH y relatora de pueblos indígenas de la CIDH; Carlos Gaviria, ex presidente de la Corte Constitucional de Colombia; y Eddy Burgoa, viceministro de Justicia Comunitaria de Bolivia. Asimismo, participaron César Landa, ex presidente del Tribunal Constitucional; Hilaria Supa, congresista del Parlamento Andino; Raquel Yrigoyen del Instituto Internacional Derecho y Sociedad; y Walter Albán Peralta, Decano de nuestra Facultad. Fecha: 8 y 10 de agosto.

- Sesión informativa para estudiantes de primer ciclo. Contó con la presencia del Decano de la Facultad, Walter Albán Peralta; el Jefe del Departamento Académico de Derecho, Guillermo Boza Pró; el Director de Estudios, Raúl Solórzano Solórzano y el Secretario Académico, Gattas Abugattas Giadalah. Fecha: 25 de agosto.
- Se confirió la distinción de profesor emérito del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) al doctor Carlos Fernández Sessarego. Estuvieron presentes en este acto los doctores Marcial Rubio Correa, Rector de la PUCP; René Ortiz Caballero, Secretario General de la PUCP; Walter Albán Peralta, Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP; y Guillermo Boza Pró, Jefe del Departamento Académico de Derecho. Fecha: 6 de septiembre.
- «Yachay» Concurso de Derechos Humanos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUC). Contó con la participación de 11 universidades de Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador. La organización estuvo a cargo del IDEHPUC, el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Rectorado de la PUCP y la Maestría en Derechos Humanos. Fecha: 13 al 15 de septiembre.
- Ciclo de conferencias «Las relaciones de familia ante el proceso de globalización». El profesor francés Yann Favier participó en este ciclo de conferencias con los siguientes profesores de nuestra casa de estudios: Carmen Julia Cabello Matamala, Benjamín Aguilar Llanos, Paula Siverino Bavio, Enrique Varsi Rospigliosi, Jorge Beltrán Pacheco, Violeta Bermúdez Valdivia, Leysser León Hilario, Rómulo Morales Hervias, Giovanni Priori Posada, Carlos Enrique Becerra Palomino, César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez y Gonzalo García Calderón. Asimismo, se realizó un conversatorio con los alumnos del curso de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho. El viernes 16, el profesor Yann Favier se reunió con algunos profesores del Departamento de Derecho. Fecha: 12, 13, 14 y 15 de septiembre.
- II Jornada de Derecho Internacional Privado no Patrimonial. Continuando con el ciclo de conferencias del profesor Yann Favier, se realizó la II Jornada de Derecho Internacional Privado no Patrimonial. Los panelistas invitados fueron: César Delgado Barreto, Teófilo Altamirano Rúa, César Candela Sánchez, Luz María Capuñay Chávez, María del Carmen Santiago Bailetti, Manuel Campana Valderrama, Rómulo Morales Hervias, María Consuelo Barletta Villarán, René Ortiz Caballero y Gonzalo García Calderón. Fecha: 19, 20 y 21 de septiembre.

- «Las obligaciones internacionales de los Estados y los retos en materia de libertad de expresión». Evento organizado por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, la Facultad de Derecho de la PUCP y el Instituto de Defensa Legal (IDL), con el apoyo de la Confederación Suiza. Este evento se realizó en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». Fecha: 22 de septiembre.
- Feria «Expojusticia». El Poder Judicial y la Facultad de Derecho de la PUCP organizaron una feria para que las personas interesadas conozcan el Nuevo Código Procesal Penal, la Nueva Ley Procesal Laboral y los proyectos informáticos que el Poder Judicial está desarrollando en busca de una atención más moderna y cercana a la ciudadanía. El evento se realizó en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». Fecha: 27, 28 y 29 de septiembre.
- «Retos y perspectivas de la contratación pública». El evento fue organizado por la revista *Derecho PUCP* conjuntamente con la Facultad de Derecho de la PUCP. La coordinación estuvo a cargo de los profesores Ana Teresa Revilla y Alfredo Villavicencio y se realizó en el Auditorio de Derecho. Fecha: 27 y 28 de septiembre.
- IX curso de extensión universitaria. Con el fin de dar a conocer el trabajo que desempeña y convocar a los alumnos de las carreras de Economía, Derecho e Ingeniería, el Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transportes de Uso Público, OSITRAN, presentó la conferencia: «Impacto económico de la infraestructura de transporte y la importancia regulatoria» en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». Fecha: 4 de octubre.
- Ciclo de conferencias en Derecho Tributario organizado por el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Tributario. Se realizó un conversatorio sobre las «Modificaciones reglamentarias operadas en materia de crédito fiscal del IGV en el 2011». Se contó con la participación de Rocío Liu y Walker Villanueva. Fecha: 4 de octubre.
- II Seminario Internacional sobre Enseñanza del Derecho, realizado en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido». Se presentaron expositores nacionales y extranjeros. Fecha: 12 y 13 de octubre.
- «Ñucaycupan Machu Picchu. A cien años de su descubrimiento, ¿quién es el dueño?». Evento organizado por la Clínica Jurídica de Derecho Procesal y la Asociación Civil Foro Académico, contó con la participación de Walter Albán, Carlos Glave, Mariana Mould de Pease, Ricardo Castro y Armando Guevara. La mesa

615

CRÓNICAS
DEL
CLAUSTRO

redonda discutió temas relativos a la propiedad y régimen jurídico de Machu Picchu con el objetivo de realizar un análisis conjunto, tanto desde el aspecto jurídico, como histórico que determine su naturaleza, dando un espacio a la participación y brindando una reflexión sobre la importancia de Machu Picchu, nuestro más grande patrimonio cultural y turístico. Fecha: 20 de octubre.

- Semana de Responsabilidad Social Universitaria. La Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS) realizó la Semana de Responsabilidad Social Universitaria (RSU) rindiendo homenaje a la Facultad y el Departamento Académico de Derecho por el trabajo realizado en diferentes proyectos de investigación, formación y colaboración con la sociedad peruana. Fecha: 18, 19 y 20 de octubre.
- Ceremonia de Graduación de los Programas de Segunda Especialidad. Los Programas de Segunda Especialidad realizaron una ceremonia de entrega de títulos, también se realizó un reconocimiento especial a aquellos alumnos que ocuparon los primeros puestos de cada programa. Fecha: 3 de noviembre.
- «Enseñando a enseñar ética y responsabilidad profesional del abogado». El evento se desarrolló en el anfiteatro «Monseñor José Dammert Bellido» y fue organizado por la doctora Beatriz Boza con el apoyo de la Facultad de Derecho de la PUCP. Fecha: 12, 13, 14, 15 y 16 de diciembre.

I.2. Sustentaciones de expedientes y tesis para optar por el título de abogado

- Durante el ciclo 2011-2, se llevaron a cabo 93 sustentaciones de expedientes y 13 sustentaciones de tesis. Tres de las tesis obtuvieron la mención de «sobresaliente».

II. ACTIVIDADES DEL DEPARTAMENTO

II.1. Coloquios y conversatorios especializados

II.1.1. Coloquios y conversatorios con profesores nacionales

- «Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial», por César Higa Silva. Panelistas: Domingo Rivarola y Segismundo León. Círculo de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica. Fecha: 24 de agosto.
- «Libertad de cátedra», por Jeffrey Kleiber y Carlos Blancas. Fecha: 15 de septiembre.

- «Clases de paradigmas para la exigibilidad de los derechos sociales: ¿existen realmente diferencias entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos respecto a su exigibilidad?», por Heber Joel Campos Bernal. Panelistas: Guillermo Cabieses y Elena Alviles. Círculo de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica. Fecha: 12 de octubre.

II.1.2. Coloquios y conversatorios con profesores y especialistas extranjeros

- «El funcionalismo sistemático en debate: el derecho penal del enemigo», por el doctor h.c. mult. Günther Jakobs, catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania. Fecha: 22 de agosto.
- «Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho», por la doctora María Acale Sánchez, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, España. Fecha: 9 de septiembre.
- «El derecho civil y la globalización jurídica en los sistemas integrados regionales y supranacionales: el caso francés», por el doctor Yann Favier, profesor titular de la Universidad de Savoie-Grenoble Université, Francia. Fecha: 16 de septiembre.
- «Aspectos metodológicos y académicos vinculados a la elaboración de un buen trabajo de investigación jurídica», por el Doctor Fernando Rey, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Fecha: 27 de septiembre.
- «Subaltern Constitutionalism», por Esteban Restrepo Saldarriaga, LL.M. de la Universidad de Yale y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes de Colombia, Círculo de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica. Fecha: 6 de diciembre.

II.2. Cursos del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

- «Taller participativo de información y capacitación para las y los adolescentes institucionalizados/as y *care leavers* sobre los derechos y deberes humanos y ciudadanos y sobre derechos y servicios dedicados a la infancia, adolescencia, juventud y a las mujeres», a solicitud de *Associazione Amici dei Bambini* (Ai. Bi.), a cargo de Ernesto Aguinaga, Wilfredo Ardito Vega, María Consuelo Barletta Villarán, Felicita Cayhualla (asistente de docencia) y Mónica Camacho (asistente de docencia). Fecha: 15 de octubre de 2011 a 17 de marzo de 2012.

- Taller «La enseñanza de los hechos a partir de la nueva teoría del derecho probatorio», a solicitud de la Corte Suprema de Justicia de la República, a cargo de César Higa y Julio Espinoza. Fecha: 2 de agosto a 8 de septiembre.
- Taller «Títulos de valores», a solicitud de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, a cargo de Jeanette Aliaga Farfán y Antonio Guarniz Izquierdo. Fecha: 5 de agosto a 2 de septiembre.
- Taller «Derecho Procesal Civil», a solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a cargo de Dante Apolín Meza, Gustavo De Vinatea Bellatin y Jorge Pando Vílchez. Fecha: 8 de agosto a 24 de agosto.
- Taller «Ley de expropiaciones», a solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a cargo de Christian Guzmán Napurí. Fecha: 15 de agosto a 1 de septiembre.
- Taller «Actualización en el reglamento de inscripciones del registro de predios», a solicitud de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, a cargo de Raúl Ravina Sánchez e Iván Ortiz Sánchez. Fecha: 28 de septiembre a 24 de octubre.
- Curso de actualización jurídica en Derecho Civil y Procesal Civil, a solicitud de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, a cargo de Benjamín Aguilar y Gustavo De Vinatea. Fecha: 21 y 22 de octubre.
- Taller «Mejoramiento de los servicios de justicia. Programa de especialización para el fortalecimiento y la materialización de la Nueva Ley Procesal del Trabajo», a solicitud del Equipo Técnico de Implementación del Nuevo Código Procesal Laboral/ Banco Mundial. Fecha: 24 de noviembre de 2011 a la actualidad.
- Taller «Gestión pública», a solicitud del Sistema Integral de Salud, a cargo de Christian Mauricio Alván Silva, Edmundo Beteta Obreros y José Magallanes Reyes. Fecha: 6 al 20 de diciembre.

III. ACTIVIDADES DE PROSODE (PROYECCIÓN SOCIAL DE DERECHO)

Es importante resaltar que en este segundo semestre del año 2011 hemos contado con la participación de 61 estudiantes matriculados en el curso, asimismo, 8 colaboradores (voluntarios), un estudiante del Consorcio de Universidades (Universidad de Lima), cuatro estudiantes de la Universidad Pública de Navarra (España) y un estudiante de la Universidad de Pablo de Olavide (España), que hicieron un total de 74 estudiantes participando

en el curso, además posibilitaron la realización de las siguientes actividades diversas durante este ciclo:

619

CRÓNICAS
DEL
CLAUSTRO

III.1. Asesoría Legal

- Se pone en contacto a los alumnos con casos concretos presentados en forma directa por los propios involucrados, motivando que el estudiante participe activamente en la atención y seguimiento judicial de los procesos. De esta manera, y en aplicación del método clínico, los alumnos tienen la oportunidad de iniciar su labor de futuros abogados, pues deben conocer el caso en su aspecto jurídico/legal y diseñar estrategias de defensa, contribuyendo a que la justicia sea un derecho accesible a las personas, y por otro lado, enriqueciendo o reforzando su formación académica.
- En el semestre 2011-II se tuvo un total de 1502 atenciones, de las cuales 718 constituyen *atenciones nuevas* y un total de 239 *procesos judiciales*, los mismos que se encuentran en trámite hasta diciembre de 2011, lo cual ha permitido facilitar el acceso a la justicia de ciudadanos pobres y de extrema pobreza.
- En cuanto a las cifras de atenciones de nuestros consultorios, presentamos el siguiente cuadro:

Estadística 2011-II de asesoría legal

Área Asesoría Legal	CJG	Total de atenciones	Atenciones antiguas	Atenciones nuevas	Procesos en trámite	Demandas ingresadas	Demandas fundadas	Alumnos
agosto – diciembre 2011	PUCP	312	139	173	49	12	08	06
	Canto Grande	281	121	160	21	07	00	03
	La Recoleta	486	251	235	68	06	02	09
	Callao	94	49	45	19	03	01	01
	Barranco	329	224	105	82	15	08	03
TOTAL		1502	784	718	239	43	19	22

Asesoría Legal	CJG	Familia	Civil	Laboral	Administrativo	Penal	Previsional	Tributario	Constitucional	OTROS
agosto – diciembre 2011	PUCP	72	62	08	10	14	07	00	00	00
	Canto Grande	72	60	02	02	06	03	00	00	14
	Recoleta	72	88	23	20	15	10	06	00	01
	Callao	17	16	02	00	00	08	00	00	02
	Barranco	95	09	00	01	01	01	00	00	00
TOTAL		328	235	35	33	36	29	06	00	17

III.2. Difusión Legal

- Los alumnos informan y reflexionan sobre temas jurídicos de interés a través de la radio. En la segunda mitad del año se trabajó con radio La Luz, con el objeto de orientar a la comunidad acerca del conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, ello siempre con miras a contribuir con la formación ciudadana y la generación de espacios de participación.
- El programa «El Derecho a tu alcance» en el semestre 2011-II tuvo un total de 67 llamadas al aire (consultas jurídicas) durante sus 21 programas emitidos, teniendo como promedio 3 llamadas por programa, principalmente de zonas vulnerables como los distritos de Carabayllo, Los Olivos, El Callao, San Juan de Lurigancho, Comas, Cercado de Lima, San Martín de Porres, Ate, Ventanilla, La Victoria, Barranca, Pucusana y San Juan de Miraflores.
- Durante los meses de septiembre a noviembre, se publicaron dos ediciones del Boletín «Construyendo Justicia» de seis páginas cada uno, gracias al financiamiento de la Dirección Académica de Responsabilidad Social. Estos fueron también colgados en el blog de PROSODE (<http://blog.pucp.edu.pe/prosode>).

III.3. Educación Legal

- Tiene como objetivo promover la formación ciudadana y la defensa y protección de los derechos de niños y adolescentes mediante el dictado de charlas y talleres, a cargo de los alumnos de derecho, a alumnos de quinto y sexto grado de primaria y primero y segundo de secundaria de colegios estatales. De esta

manera, esta área se inserta dentro de la corriente del *Street Law*, la cual se creó con la finalidad de buscar un camino para facilitar información jurídica relevante para la vida diaria de los jóvenes.

- Durante el segundo semestre, se realizaron seis talleres en el colegio República de Paraguay ubicado en el Centro de Lima, seis talleres en el Colegio Juan Pablo II ubicado en el distrito de Chorrillos y dos talleres para los trabajadores de Supermercados Plaza Veá. A partir de esos esfuerzos, se cuenta con alrededor de 200 beneficiarios adolescentes y adultos.

621

CRÓNICAS
DEL
CLAUSTRO

III.4. Penal-penitenciario

El área tuvo tres alumnos inscritos. El consultorio del área se instaló desde la primera semana de clases en los ambientes del auditorio del adulto mayor, en el penal de San Pedro, en Lurigancho. Complementariamente a las visitas al penal de Lurigancho, se coordinó con los alumnos visitas al Palacio de Justicia, a las sedes del Poder Judicial y del Ministerio Público en la Avenida Abancay (ex Ministerio de Economía), el Archivo Penal en Barrios Altos y a la sede del Poder Judicial en el Cono Norte, a fin de hacer el seguimiento directo de los casos de los internos. Durante el semestre se ha atendido 33 casos y se ha patrocinado 12 casos.

III.5. Participación en la «Semana de Psicología»

Cabe señalar que en el marco de la «Semana de Psicología», representantes de PROSODE participaron en un coloquio en el cual se habló de PROSODE, así como de la actividad realizada en el penal de Lurigancho por parte del área penal. Asimismo, se relató la experiencia multidisciplinaria de trabajo que tuvo lugar en el Establecimiento Penitenciario Modelo de Ancón II, actividad en la que participaron conjuntamente alumnos de derecho y de psicología.

III.6. Capacitación en el Penal Modelo de Ancón

Se realizaron coordinaciones con el personal del Establecimiento Penitenciario Modelo de Ancón II y con la Facultad de Psicología de la PUCP con la finalidad de brindar tres charlas vinculadas al tema de beneficios penitenciarios a 60 internos. Se contó con la participación de alumnos de psicología forense y de derecho.

Caso emblemático. El señor Alberto Antonio Caycho Flores, luego de haber cumplido una condena de 12 años de pena privativa de libertad, no fue liberado, convirtiéndose en víctima de una detención arbitraria a partir del 13 de septiembre de 2011. Cuando se asumió el caso en noviembre, se nos entregó un escrito de *habeas corpus* dirigido al Octavo Juzgado Penal de Lima, presentado por el mismo interno. Cuando se

realizaron las averiguaciones del estado del proceso, se nos informó que el expediente «estaba perdido y que sin el original no podían hacer nada». Se percibió un grave desinterés por parte del secretario del Octavo Juzgado Penal de Lima en la realización de su trabajo. Era deber del secretario el ubicar el expediente, sin embargo, se optó por la siguiente estrategia: obtener el expediente, desarchivarlo de ser el caso, y remitir un escrito para que el secretario del Octavo Juzgado pudiese realizar «su trabajo», para posteriormente denunciarlo ante la OCMA, pues estaba violando derechos fundamentales. Se obtuvo el expediente en cuestión luego de varias semanas, en ese lapso, el interno pudo salir debido a que nuestro accionar movió la maquinaria del Poder Judicial.

III.7. Actividades Extracurriculares

III.7.1. Por los veinte años de PROSODE

– Concurso de Investigación Jurídica de Responsabilidad Social

En el marco de la celebración por los 20 años de la fundación de PROSODE, con el apoyo y financiamiento de la DARS, se lanzó una convocatoria, a los alumnos y alumnas de la Facultad de Derecho, para participar en el Concurso de Investigación Jurídica de Responsabilidad Social. Se elaboró las bases del concurso y se designó como jurados a los siguientes profesores: Tesania Velásquez (Departamento de Psicología y Coordinadora del Programa de Formación e Investigación académica de la DARS), Antonio Peña Jumpa y Armando Guevara Gil (ambos del Departamento Académico de Derecho). Se premió a los ganadores en la semana de Responsabilidad Social con una suma de dinero y la posibilidad de viajar a Brasil con el fin de participar en el II Intercambio de Proyección Social, Investigación Jurídica y Enseñanza del Derecho en Comunidades Vulnerables en São Paulo.

– Semana de Responsabilidad Social en Derecho

Como oficina, PROSODE participó en la Semana de Responsabilidad Social Universitaria durante la cual se coordinó, conjuntamente con la DARS y el Instituto Nacional Penitenciario, la participación de veinticuatro artesanos del penal de San Pedro —ex Lurigancho—. Como equipo, PROSODE también participó en la Semana de Responsabilidad Social, ya que se implementaron un *stand* y una exposición fotográfica de las labores de PROSODE, para lo cual se contó con la participación de alumnos del curso. Fecha: 18, 19 y 20 de octubre.

II.7.2. Talleres de Capacitación y Asesoría Legal

– Proceso de amparo de los pueblos Kandozi y Shapra

Se participó en la asesoría legal, bajo coordinación del profesor Antonio Peña, de los pueblos Kandozi y Shapra-Datem Marañón, Loreto en el proceso de amparo en defensa del derecho a la salud y otros por la epidemia de hepatitis B que sufren estos pueblos. Se ha logrado obtener una sentencia del Juzgado Mixto del Datem Marañón que declara fundado el proceso de amparo. Se ha interpuesto un recurso de apelación por lo que el expediente será conocido por la Corte Superior de Loreto.

– Asesoría Legal en la Garita, Chincha

Organizado por la DARS en noviembre de 2011, participaron el profesor Rubén Quispe y 7 alumnos de asesoría legal en esta jornada en la comunidad de Chincha.

– Talleres de Capacitación en Supermercados Peruanos

Durante el semestre 2011-II se ejecutaron dos jornadas de capacitación en temas de familia para los(as) trabajadores de Supermercados Peruanos, Plaza Vea. En estas jornadas se contó con la participación de dos colaboradoras, tanto del área de Educación Legal como del área de Asesoría. El total de número de beneficiarios fue de 80, compuesto principalmente por mujeres (71 mujeres, cifra que representa el 88,8% de los beneficiarios, y solo 9 hombres, 11,2%). Se pudo constatar que existen muchos casos de mujeres peruanas que se hacen cargo de sus familias, si bien tienen empleo estos son precarios. Actualmente muchos de los trabajadores de Supermercados Peruanos se vienen atendiendo en nuestros consultorios de la Recoleta y Bellavista.

– Dictado de Talleres a estudiantes de la Facultad de Educación

Se participó de dos talleres para estudiantes de la Facultad de Educación. En la primera sesión se trabajaron los temas de Estado, democracia y participación ciudadana (13 y 14 de septiembre).

La segunda sesión de trabajo fue sobre violencia familiar y maltrato infantil (25 y 26 de octubre).

El dictado de los talleres estuvo a cargo de la docente Erika Zuta Vidal y de la jefa de práctica Johanna Alejandrina Rodríguez Rodríguez.

III.7.3. Participación en Conferencias

– II Intercambio de Proyección Social, Investigación Jurídica y Enseñanza del Derecho en Comunidades Vulnerables en São Paulo

Representantes de PROSODE participaron del 6 al 10 de noviembre del evento organizado por la Universidad de São Paulo en Brasil. Participaron los siguientes profesores de la PUCP: Wilfredo Ardito, Horacio Gago, Gorky Gonzáles, Iván Ortiz (coordinador de PROSODE) y Ana Teresa Revilla. Asimismo, participaron ocho estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP, dos de los cuales fueron los ganadores del Concurso de Investigación Jurídica sobre Responsabilidad Social en Derecho.

La experiencia fue muy provechosa y enriquecedora para todos los involucrados, especialmente considerando que la Universidad de São Paulo es, de acuerdo a ciertos *rankings* internacionales, la más importante de Latinoamérica. Se organizaron conferencias en las que participaron estudiantes de ambas universidades, conversatorios de profesores sobre los temas de Enseñanza del Derecho, Acceso a la Justicia, Discriminación y Derecho a la Ciudad y sobre las diferentes experiencias de proyección y responsabilidad social que tiene la Facultad de Derecho en São Paulo. Por último, se realizaron visitas de trabajo en la favela de *Paraisópolis*.

III.7.4. Proyectos de Desarrollo Social

- Convenio con el Programa «Justicia en tu comunidad»

PROSODE ha celebrado un convenio de colaboración con la Corte Superior de Justicia de Lima, con el fin de apoyar al programa de proyección social denominado «Justicia en tu comunidad» (Coordinadora, doctora Carmen Julia Cabello). El objetivo es la creación de espacios informativos de capacitación, coordinación y concertación, para la difusión de valores democráticos y el respeto de los derechos humanos a través de nuestra área de difusión legal. Por ello, se realizaron en el semestre siete programas de radio con la participación de 14 magistrados y el Presidente de la Corte Superior de Lima.

- Apoyo con el diagnóstico del asentamiento humano «El Ayllu», Callao

Cabe señalar que este proyecto fue una iniciativa conjunta de Representantes Estudiantiles ante la Asamblea Universitaria (REA) y profesores de diversas facultades y especialidades de la PUCP (Ciencias Sociales, Arquitectura, Geografía y Derecho (PROSODE)), y que contó con el apoyo de la DARS. Se contó con la participación de estudiantes de las facultades y especialidades mencionadas, seis de los cuales fueron estudiantes de derecho de PROSODE. Estos realizaron un diagnóstico sociolegal territorial del asentamiento humano «El Ayllu», asentamiento afectado por

la expropiación provocada por la ampliación del aeropuerto Jorge Chávez.

- Alumnos extranjeros en PROSODE

Durante el semestre 2011-II, cuatro estudiantes de la Universidad Pública de Navarra (España) y un estudiante de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España) tuvieron un intercambio de corto plazo por convenio de las universidades. Así también, acudieron a los consultorios jurídicos gratuitos de PROSODE y participaron en otras actividades de nuestra institución, bajo la tutoría del profesor coordinador de PROSODE.

625

CRÓNICAS
DEL
CLAUSTRO

IV. ACTIVIDADES DE LAS ASOCIACIONES DE ESTUDIANTES

IV.1. Derecho y sociedad

- Presentación del número 36 de la revista *Derecho & Sociedad*. Participaron los doctores Eduardo Quintana, Richard Martin, e Iván Lanegra. Auditorio del Ministerio de Energía y Minas. Fecha: 22 de julio.
- XXVII Feria del Fondo Editorial PUCP realizada en el Campus PUCP. Fecha: 25 de agosto a 3 de septiembre.
- «El convenio arbitral y sus alcances a no signatarios» por el doctor Roque Caivano (Argentina). Auditorio «Monseñor José Dammert Bellido». Fecha: 9 de septiembre.
- Seminario «Minería, Medio Ambiente y Relaciones Comunitarias». Participaron los doctores Antonio Castro Roca, Jaime Cuzquén, Daniel Valenzuela, Rafael Melgarejo, Lorenzo De la Puente, Manuel Pulgar-Vidal, Alicia Abanto y Rolando Luque. Sala de Eventos de EE.GG.CC. de la PUCP. Fecha: 22 y 23 de septiembre.
- Seminario de Derecho del Trabajo «Derecho colectivo, procesal laboral y previsional». Participaron los doctores Alfredo Villavicencio Ríos, Carlos Blancas Bustamante, Mauro Ugaz Olivares, Luis Vinatea Recoba, Mario Pasco Cosmópolis, Michael Vidal Salazar, Luz Pacheco Zerga, Pedro Del Carpio Torres, Daniel Ulloa Millares, Álvaro Vidal Bermúdez y César González Hunt. Sala de Eventos de EE.GG.CC. de la PUCP. Fecha: 19, 20 y 21 de octubre.
- Semana de Responsabilidad Social 2011, «Historias de cambio». Jardín Central de la PUCP. Fecha: 18 al 20 de octubre

- Conversatorio «¿Por qué Derecho?». Participaron los doctores Mario Castillo Freyre, Antonio Peña Jumpa y Jorge Avendaño. Fecha: 20 de octubre.
- Seminario «Temas de Derecho Tributario. Código Tributario, Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas». Participaron los doctores Luis Hernández Berenguel, María Eugenia Caller Ferreyros, César Talledo Mazú, Pedro Velásquez López-Raygada, Jorge Bravo Cucci, Miguel Mur Valdivia, Rocío Liu, David de la Torre, Walker Villanueva Gutiérrez, Alex Córdova Arce, Lorgio Moreno De la Cruz y Javier Luque Bustamante. Sala de Eventos de EE.GG.CC. de la PUCP Fecha: 2 al 4 de noviembre.
- Cena de aniversario por los veintidos años de Derecho & Sociedad
La cena reunió a toda la familia de D&S y a destacados invitados como los doctores Mario Castillo Freyre, Alfredo Soria Aguilar, Moisés Paz Panduro, Ezequiel Ayllón Monroe, Sara Campos Torres, Marco Castañeda Vicuña, Carlos Alza Barco, Jorge Acevedo Mercado y Marco Martínez Zamora. Hotel Los Delfines, Salón Oceanus. Fecha: 12 de noviembre.
- Seminario «Derecho administrativo sancionador». Participaron los doctores Christian Guzmán Napurí, Mario Huapaya Nava, Richard Martín Tirado, Hugo Gómez Apac, Víctor Bava Oneto, Mario Linares Jara, y Jorge Bravo Cucci. Fecha: 14 y 15 de noviembre.
- Mesa Redonda «Mitología laboral: ¿se encuentra realmente protegido el trabajador en los procesos impugnatorios de despido?» Participaron los doctores José Balta Varillas, Daniel Ulloa Millares, Sara Campos, Christian Sánchez y Armando Gutiérrez. Auditorio «Armando Zolezzi», PUCP Fecha: 16 de noviembre.
- Cine D&S: *North Country* por el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Fecha: 25 de noviembre.
- Talleres de Repaso 2011-II a cargo de los doctores Marco Obando Fernández y Héctor Augusto Campos García. Fecha: 26 de noviembre.
- Labor Social «Jesús es Navidad». Centro «Shama», San Juan de Lurigancho. Fecha: 18 de diciembre.

IV.2. Taller de Derecho

- «El arbitraje laboral en materia de relaciones colectivas de trabajo». Anfiteatro «Armando Zolezzi». Fecha: 3 de noviembre.

- «Análisis de la nueva regulación del Mercado de Valores». Anfiteatro «Armando Zolezzi». Fecha: 4 de noviembre.

627

CRÓNICAS
DEL
CLAUSTRO

IV.3. *Themis*

IV.3.1. Cursos

- Derecho y publicidad: «Los 10 mejores casos de regulación publicitaria en Indecopi». Fecha: 3, 9, 16 y 24 de noviembre.

IV.3.2. Seminarios

- «Código Penal después de 20 años. ¿Es necesaria una reforma?». Fecha: 18 y 19 de octubre.
- «Perspectivas y propuestas de reforma del Código Civil de 1984». Fecha: 7 y 8 de noviembre.

IV.3.3. Otras actividades

- Escuela jurídica de padres «Aprendo contigo». Clínica Hogar San Juan de Dios. Fecha: 7 de julio.
- Escuela jurídica de padres, inicial. Colegio Fe y Alegría 65-SJM. Fecha: 26 de agosto.
- Escuela jurídica de padres, primaria: Colegio Fe y Alegría 65-SJM. Fecha: 23 de septiembre.
- Escuela jurídica de padres, secundaria: Colegio Fe y Alegría 65-SJM. Fecha: 4 de noviembre.
- Escuela jurídica de padres «Aprendo contigo». Clínica Hogar San Juan de Dios. Fecha: 19 de noviembre.

IV.4. *Ius et Veritas*

IV.4.1. Publicaciones

- Lanzamiento del número 43 de la revista *Ius et veritas*. Fecha: diciembre.
- Presentación del libro homenaje a Allan Brewer-Carías, *Comentarios a la Jurisprudencia de Derecho Administrativo del Tribunal Constitucional Peruano (2000-2010)*. Fecha: diciembre.

IV.4.2. Eventos

- «Inversión en obras de infraestructura y servicios públicos». Fecha: 29-30 de septiembre.
- «La aplicación del nuevo modelo procesal penal en el Perú». Fecha: 15 de octubre a 5 de noviembre.

- III Seminario de Derecho Aduanero. Fecha: 22 y 23 de noviembre.
- I Conversatorio de Cine y Derecho. Fecha: 24 de noviembre.
- Curso de capacitación en mercados financieros. Fecha: 26 de noviembre a 10 de diciembre.

IV.4.3. Compromiso con la ética y la responsabilidad profesional

- Audiencia pública. Décima contienda de ética profesional «Abogados al banquillo». Fecha: 18 de octubre.

IV.4.4. Actividad institucional

- Lanzamiento del portal de noticias jurídicas, *IUS 360*. Fecha: 24 de noviembre.

IV.5. Foro Académico

IV.5.1. Publicaciones

- Publicación del número 12 de la revista *Foro Jurídico*.

IV.5.2. Cursos y eventos

- I Curso de Derecho Aduanero. Fecha: 24 de septiembre, 1 y 15 de octubre.
- Mesa redonda «Ñuccaycupan Machu Picchu. A cien años de su descubrimiento, ¿quién es el dueño?» organizada por la Asociación Civil Foro Académico y la Clínica Jurídica de Derecho Procesal. Fecha: 20 de octubre.
- Seminario «Temas vigentes del derecho civil patrimonial». Fecha: 9 y 10 de noviembre.
- Mesa redonda «Análisis comparado de los regímenes económicos de las Constituciones de 1979 y 1993». Fecha: 18 de noviembre.
- Conversatorio «The Rise of Nations: El nacimiento de los Estados desde una perspectiva multidisciplinaria», evento que contó con la participación de brillantes ponentes como: Nelson Manrique (sociólogo e historiador), Martín Tanaka (politólogo) y Fabián Novak (abogado, doctor en Derecho). Fecha: 24 de noviembre.
- Conversatorio «Género y Derecho: Posturas encontradas». Fecha: 24 de noviembre.
- Jornada de Debate «Temas de Derecho Procesal Civil». Fecha: 26 de noviembre.

IV.5.3. Otras actividades

- Celebración del décimo aniversario
- Torneo de Fulbito, Copa Foro Académico. Fecha: 15 de octubre.

IV.6. Círculo de Derecho administrativo

IV.6.1. Publicaciones

- *Revista de Derecho Administrativo*, número 10, edición publicada en dos tomos. Desarrolla temas de derecho de la competencia y de protección al consumidor.
- Lanzamiento del Boletín del Círculo de Derecho Administrativo en línea. Fecha: agosto 2011. Reconocidos profesionales escriben sobre teoría de los Juegos, arbitraje del consumo, entre otros temas.

IV.6.2. Eventos

- Mesa redonda «Análisis del código de consumo». Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales de la PUCP. Fecha: 17 de agosto.
- Seminario especializado en minería, en el auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP. Fecha: 23 y 24 de septiembre de 2011.
- Seminario especializado en hidrocarburos. Fecha: 22 y 29 de octubre.

629

CRÓNICAS
DEL
CLAUSTRO

DISTINCIONES ACADÉMICAS

Doctores Honoris Causa

Germán Bidart Campos
Rafael Caldera Rodríguez
Antônio Caçado Trindade
Javier Correa Elías
Miguel Cruchaga Tocornal
Francisco Fernández Segado
Héctor Fix Zamudio
Peter Häberle
Jutta Limbach
Pablo Lucas Verdú
Antonio Ojeda Avilés
Javier Pérez de Cuellar
Alessandro Pizzorusso
Américo Plá Rodríguez
Umberto Romagnoli
Néstor Pedro Sagües

Profesores Honorarios

José Félix Aramburú
Víctor Andrés Belaunde
Daniel O. Bernstine
Paolo Grossi
Gustavo Noboa Bejarano
Raúl Noriega Ayarza
Jiang Ping
Carlos Roberto Reina
Mozart Víctor Russomano
Tomás Salvador Vives Antón

Profesores Eméritos

Jorge Avendaño Hübner

Rosendo Badani

Héctor Cornejo Chávez

José Dammert Bellido Bellido

Miguel de Althaus Guarderas

Luis Echeopar García

Domingo García Rada

Carlos Rodríguez Pastor

Fidel Tubino Mongilardi

Guillermo Velaochaga Miranda

Miguel de Althaus Guarderas

Carlos Fernández Sessarego

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Profesores ordinarios activos de la Facultad de Derecho

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Albán Peralta, Walter Jorge
Avendaño Arana, Francisco Javier
Avendaño Valdez, Jorge
Avendaño Valdez, Juan Luis
Bernaes Ballesteros, Enrique Martín
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cárdenas Quirós, Carlos
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordóñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
De Trazegnies Granda, Fernando
Delgado Barreto, César Augusto
Eguiguren Praeli, Francisco José
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Fernández Sessarego, Carlos
Ferro Delgado, Víctor
Forno Flórez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guevara Gil, Jorge Armando
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo

Llerena Quevedo, José Rogelio
 Lovatón Palacios, Miguel David
 Medrano Cornejo, Humberto Félix
 Méndez Chang, Elvira Victoria
 Montoya Anguerry, Carlos Luis
 Neves Mujica, Javier
 Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
 Ortiz Caballero, René Elmer Martín
 Osterling Parodi, Felipe
 Pasco Cosmópolis, Mario Martín
 Peña Jumpa, Antonio Alfonso
 Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
 Quiroga León, Aníbal Gonzalo Raúl
 Ramírez Díaz, Jorge Gregorio
 Revoredo Marsano, Delia
 Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
 Rubio Correa, Marcial Antonio
 Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
 Salas Sánchez, Julio Moisés
 Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
 San Martín Castro, César Eugenio
 Solís Espinoza, Alejandro Juvenal
 Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
 Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
 Viale Salazar, Fausto David
 Villanueva Flores, María del Rocío
 Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
 Villavicencio Terreros, Felipe Andrés
 Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
 Zusman Tinman, Shoschana

Asociados

Aguilar Llanos, Benjamín Julio
 Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
 Arce Ortiz, Elmer Guillermo
 Ardito Vega, Wilfredo Jesús

Becerra Palomino, Carlos Enrique
Boza Dibós, Ana Beatriz
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Burneo Labrín, José Antonio
Cabello Matamala, Carmen Julia
Cairo Roldán, José Omar
Caro Coria, Dino Carlos
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
García Granara, Fernando Alberto
Hernández Gazzo, Juan Luis
La Rosa Calle, Javier Antonio
Ledesma Narváez, Marianella Leonor
León Hilario, Leysser Luggi
Luna-Victoria León, César Alfonso
Meini Méndez, Iván Fabio
Mercado Neumann, Edgardo Raúl
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Godo, Juan Eulogio
Morales Hervías, Rómulo Martín
Morales Luna, Félix Francisco
Oré Guardia, Arsenio
Palacios Pareja, Enrique Augusto
Pizarro Aranguren, Luis Miguel
Priori Posada, Giovanni Francezco

635

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Ramos Núñez, Carlos Augusto

Revilla Vergara, Ana Teresa

Ruda Santolaria, Juan José

Santistevan de Noriega, Jorge Vicente (†) 18-04-2012

Sevillano Chávez, Sandra Mariela

Siles Vallejos, Abraham Santiago

Solórzano Solórzano, Raúl Roy

Sotelo Castañeda, Eduardo José

Valega García, César Manuel

Velazco Lozada, Ana Rosa Albina

Vinatea Recoba, Luis Manuel

Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Auxiliares

Abugattas Giadalah, Gattas Elías

Aliaga Farfán, Jeanette Sofía

Alvites Alvites, Elena Cecilia

Apolín Meza, Dante Ludwing

Barboza Beraun, Eduardo

Bardales Mendoza, Enrique Rosendo

Barletta Villarán, María Consuelo

Beltrán Pacheco, Jorge Alberto

Benavides Torres, Eduardo Armando

Bermúdez Valdivia, Violeta

Bustamante Alarcón, Reynaldo

Candela Sánchez, César Lincoln

Caro John, José Antonio

Castro Otero, José Ignacio

Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro

Cubas Villanueva, Víctor Manuel

De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos

Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo

Delgado Silva, Ángel Guillermo

Durán Rojo, Luis Alberto

Escobar Rozas, Freddy Oscar

Espinoza Goyena, Julio César

637

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Falla Jara, Gilberto Alejandro
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Huerta Guerrero, Luis Alberto
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Matheus López, Carlos Alberto
Medrano García, Fabricio Manuel
Mejorada Chauca, Omar Martín
Montoya Stahl, Alfonso
Ochoa Cardich, César Augusto
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Ortiz Sánchez, John Iván
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Rivarola Reiz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo, Juan Francisco
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Saco Chung, Víctor Augusto
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Soria Luján, Daniel
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Urteaga Crovetto, Patricia
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Vivar Morales, Elena María

INDICACIONES A LOS AUTORES DE LA REVISTA DERECHO PUCP

I. Objetivo y política de Derecho PUCP

La Revista Derecho PUCP publica artículos e investigaciones jurídicas inéditas, las cuales son revisadas por expertos (pares) nacionales y extranjeros que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos jurídicos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso se detecte alguna falta contra la ética en un texto, durante el proceso de revisión o después de su publicación en la Revista, se tomarán las acciones legales que correspondan para sancionar al autor responsable.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la Revista Derecho PUCP debe ser escrito en español, versar sobre temas de interés jurídico y tener la condición de inéditos. La Revista cuenta con las siguientes categorías:

- Editorial
- Tema central (artículos de investigación)
- Reseñas de libros u otras publicaciones
- Entrevista
- Crónica de Claustro
- Sección especial sobre aspectos jurídicos extraordinarios
- Informe
- Simposio
- Personalidades destacadas en el Derecho
- Comentarios a jurisprudencias nacionales y extranjeras
- Galería fotográfica
- Cartas al Editor

III.2. Documentación obligatoria

- **Autorización de publicación.** Debe ser firmada por todos los autores, consignando cuál fue su contribución en la elaboración del artículo según la codificación propia de la RPMESP.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página. Debe incluir:

- TÍTULO: en español e inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR: (o autores) deben incluir en una nota al pie de página: la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico.
- RESUMEN (*abstract*). Texto en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación.
- CONTENIDO. Se consignará en español los capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE (*key words*): En español y en inglés.

En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o es parte de una tesis debe precisarlo con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores. Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto no debe superar las 20 páginas, a doble espacio, en letra Arial 11 en formato A4 con márgenes de 2,5 cm.
- Consignar las citas de pie de página, a espacio simple en letra Arial 10.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word para Windows XP.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas. Las tablas deben tener solo líneas horizontales para separar el encabezado del cuerpo de la tabla y los títulos van en la parte superior. Los gráficos deben ser remitidos en MS-Excel o Adobe Illustrator y los títulos van en la parte inferior.
- El número de gráficos y tablas depende del tipo de artículo enviado. El Comité Editor de la revista se reserva el derecho de limitar su número.
- Las referencias bibliográficas que serán únicamente las que han sido citadas en el texto, se ordenarán correlativamente según su aparición.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

REVISTAS

Ediciones anuales	ISSN
<i>Agenda Internacional</i>	1027-6750
<i>Anthropologica</i>	0254-9212
<i>Boletín de Arqueología PUCP</i>	1029-2004
<i>Boletín del Instituto Riva-Agüero</i>	0254-410X
<i>Debates en Sociología</i>	0254-9220
<i>Espacio y Desarrollo</i>	1016-9148
<i>Pensamiento Constitucional</i>	1027-6769
PRECIO POR SUSCRIPCIÓN:	US\$ 30.00
PRECIO NÚMERO SUELTO:	US\$ 30.00
Ediciones semestrales	ISSN
<i>Areté</i>	1016-913X
<i>Economía</i>	0254-4415
<i>Educación</i>	1019-9403
<i>Histórica</i>	0252-8894
<i>Lexis</i>	0254-9239
<i>Pro Mathematica</i>	1012-3938
<i>Revista de Psicología</i>	0254-9247
PRECIO POR SUSCRIPCIÓN:	US\$ 30.00
PRECIO NÚMERO SUELTO:	US\$ 15.00

El costo por servicio de envío aéreo varía dependiendo del país.
Para descuentos y tarifas por servicio de envío, sírvase solicitar más información
al Fondo Editorial por medio de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

feditor@pucp.edu.pe

Teléfono: (51 1) 626-2650 / Fax: (51 1) 626-2913