

Tendencias en derecho sindical y debates sobre la negociación colectiva en el sector público

CONTENIDO

- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND:** La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática.
- **JUDITH CARRERAS GARCÍA:** "¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?".
- **MAURICIO MATOS ZEGARRA Y FIORELLA MANRIQUE VALDIVIA:** Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa.
- **MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ:** Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el sector público.
- **JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ:** La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada.
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el Sector Público: balances y perspectivas.
- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Análisis de los proyectos tramitados en el Congreso de la República.
- **ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA:** Los modelos de negociación colectiva en el sector público con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el DU N° 014-2020.
- **RAÚL SACO BARRIOS:** Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público.
- **FERNANDO DELGADO SOARES NETTO:** "Peculiaridades de las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay".

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **LUCÍA GUZMÁN ESTRADA:** Riesgos biológicos en el trabajo: fundamentos para plantear una función resarcitoria del Estado.

SEGURIDAD SOCIAL

- **IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA:** Sistema Pensional Colombiano: una mirada a la responsabilidad del empleador.

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

- **JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA:** Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.
- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** Navegando la pandemia: notas sobre su impacto laboral y las medidas adoptadas para su contención.
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** La kenosis peruana puesta en evidencia por el Covid-19.
- **WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO:** El instituto de la suspensión perfecta de labores en el contexto del Covid-19.

Laborem

N.º 22 / 2022



Revista Laborem

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Director

Luis Mendoza Legoas

Consejo Editorial

Miguel Canessa Montejo

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Lima, 2020

Laborem es la revista de doctrina laboralista editada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde 1994, esta publicación ha promovido el debate de asuntos de trabajo desde una perspectiva académica en el campo aplicado y teórico, a nivel nacional e internacional.

En su edición electrónica, la revista alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio de los asuntos de trabajo a nivel local y comparado. Por ese motivo, la revista respeta el método de citado de las contribuciones originalmente alcanzadas por los autores.

La revista Laborem está alojada en la página de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdtss.org.pe

EDITORIAL

El número 22 de la revista *Laborem* ve la luz en medio de la crisis originada en una pandemia global que ha conmovido al mundo del trabajo y a las instituciones del Derecho Laboral. No obstante, como escribió hace un tiempo el profesor español Manuel Carlos Palomeque, “la crisis económica es un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”, por lo que, además de su impacto en las relaciones de trabajo, la verdadera novedad de la crisis que sufrimos actualmente yace en los terribles efectos del COVID-19 en la vida y la salud de las personas que trabajan.

La revista propone, en ese contexto, una temática principal dedicada al Derecho Sindical. En ella, son dos los temas que se presentan. En primer lugar, dos interesantes ensayos sobre temas asaz actuales sobre el fenómeno colectivo: la huelga como manifestación fáctica en su proyección extracontractual en las complejas relaciones empresariales descentralizadas, a cargo de Wilfredo Sanguinetti; y el estudio realizado por Judith Carreras sobre los bastos puntos de conexión entre la plataforma de lucha sindical y la feminista.

A continuación, una serie de artículos presentados a nuestra revista respecto a un tema que ha ocupado un espacio propio en el debate laboral peruano del último lustro: la negociación colectiva en el sector público. Si bien hoy ya se tiene una normativa aprobada sobre el particular, estos artículos se han incluido como testimonio del impulso que la SPDTSS ha dado a la discusión sobre este tema a través de eventos científicos y publicaciones especializadas (esfuerzo que, estamos seguros, tendrá continuidad).

Así, Marianella Ledesma, presidenta del Tribunal Constitucional del Perú, reseña en primer lugar la doctrina y jurisprudencia del alto tribunal sobre el particular. Igualmente, Juan José Martínez Ortiz, presidente ejecutivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, nos ofrece un panorama de la normativa y la jurisprudencia sobre la negociación colectiva en el sector público, aunada a una nutrida

información estadística sobre aspectos importantes del ejercicio de este derecho en los años recientes.

También dentro del mismo eje temático se presentan los trabajos de los profesores Carlos Guillermo Morales, quien ofrece un balance y perspectivas sobre la regulación del contenido económico; Adolfo Ciudad con un análisis sobre los proyectos normativos que se tramitaron en el Congreso de la República; Ana Cecilia Crisanto, quien trata los modelos de negociación colectiva en los proyectos dados y la norma aprobada; y Raúl Saco, quien analiza el plazo de vigencia asignado a los convenios colectivos del sector público. Cabe mencionar que la mayor parte de estos trabajos recogen, con ampliaciones, las ponencias presentadas por los nombrados autores en el conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público, que fue coorganizado por nuestra asociación y la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para los Países Andinos en setiembre de 2019.

Cerrando esta sección, el profesor uruguayo Fernando Delgado nos ofrece una visión comparativa de las relaciones laborales el sector público de su país. Esta reflexión es de especial interés para nosotros ya que el propio autor tuvo oportunidad de compartir con la SPDTSS la experiencia del Uruguay en la negociación colectiva en el sector público. Su vinculación con nuestra sociedad y con el estudio de este tema data entonces de varios años ya.

4

En materia de seguridad y salud en el trabajo, presentamos el estudio de Lucía Guzmán Estrada sobre la responsabilidad del Estado frente a la exposición de los trabajadores en centros de salud pública estatal a riesgos biológicos. Se trata, sin ninguna duda, de un tema de acuciante actualidad dada la precaria situación del personal que lucha diariamente frente a la pandemia que nos azota en los centros de salud del Estado.

Posteriormente, desde Colombia, la abogada Irene Álvarez Deossa nos presenta una exposición de las obligaciones patronales en el marco del Derecho Previsional de su país, haciendo recurso de la vasta jurisprudencia existente sobre el particular.

A continuación, nuestra sección de tendencias recoge estudios iniciales al impacto de la crisis sanitaria y económica del COVID-19 en las relaciones de trabajo. Cuatro estudios componen esta importante sección, adelantando lo que será la temática principal de la siguiente entrega de la revista *Laborem*, programada para noviembre de 2020.

En primer lugar, José Eduardo López Ahumada presenta un claro análisis sobre las respuestas estatales y supranacionales en función de las instituciones laborales más importantes. De otro lado, Mario Garmendia Arigón nos ofrece un panorama sobre las respuestas desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Uruguay, en la dimensión de lo individual y lo colectivo.

También en este eje se presenta al trabajo de los autores nacionales Leopoldo Gamarra Vílchez, quien presenta una explicación del impacto que ha tenido la pandemia en el sistema peruano desde una crítica estructural a la institucionalidad del mercado de trabajo y el Derecho del Trabajo doméstico. Luego, Willman Meléndez Trigo sobre una traumática institución propia de la crisis: la suspensión perfecta de labores. Esta figura, ampliamente discutida en nuestro medio, es estudiada desde una interesante perspectiva que atiende al fundamento de esta figura excepcional.

Como podrá comprobarse en la lectura de estos aportes académicos, la SP-DTSS ofrece a la comunidad laboralista un número de interés, cuyos temas se encuentran en el debate de los problemas nuevos y actuales, pero problemas de siempre al fin.

Guillermo Boza Pró
Presidente SPDTSS

Luis Mendoza Legoas
Director de *Laborem*

CONTENIDO

Editorial	3
-----------------	---

TENDENCIAS EN DERECHO SINDICAL Y DEBATES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND: La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática	19
I. Los términos de un problema capital	20
II. La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga.....	26
A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida	26
B. La afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho.....	28
C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios.....	31
III. Un intento de reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga.....	39
A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales.....	41
B. Contenido de la posición patronal instrumental.....	47

JUDITH CARRERAS GARCÍA: ¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?	59
Las luchas ‘sindicales’ de la reproducción social.....	62
La Huelga del 8 de marzo densifica el concepto de huelga	66
La huelga feminista, una experiencia para las huelgas laborales y organización sindical	68
Referencias	70
MAURICIO MATOS ZEGARRA / FIORELLA MANRIQUE VALDIVIA: Los Colegios Profesionales en el Perú: Una mirada desde la libertad sindical negativa.....	71
1. Introducción	72
2. La Sindicalización en el Perú	72
2.1 Antecedentes	72
2.2. Regulación actual	75
3. Libertad sindical.....	77
3.1 Contenido y marco normativo aplicable.....	77
3.2 Jurisprudencia	78
4. Colegios profesionales	80
4.1 Regulación normativa y naturaleza de los Colegios profesionales ...	80
4.2 Constitucionalización y principales lineamientos jurisprudenciales	81
4.3. Colegiatura obligatoria y libertad sindical.....	83
5. Conclusiones	84
6. Bibliografía.....	85
MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ: Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre negociación colectiva en el Sector Público	87
1. El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos.....	87
2. La negociación colectiva en el sector público	90
3. Negociación colectiva y presupuesto público	91
4. Sector público y ausencia de regulación de la negociación colectiva	92
5. Directrices para la futura legislación sobre negociación colectiva.....	93
6. Límites a los límites de la negociación colectiva en el sector público	95
Conclusiones.....	97

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ: La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada.....	99
Los antecedentes normativos en materia de negociación colectiva.....	99
La evolución del pensamiento del tribunal constitucional.....	103
Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público.....	104
La postura actual del tribunal constitucional	106
El derecho de negociación colectiva, como derecho de constitucional de configuración legal	110
La negociación colectiva en el sector público. La evidencia de los datos	111
Problemas actuales de la negociación colectiva.....	114
Comentario final	118
 CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE: Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el Sector Público: Balance y perspectivas.....	121
1. Introducción	121
2. Problemática de la regulación del contenido salarial de la negociación colectiva en el Sector Público.....	122
2.1. Antecedentes de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público en el Perú.....	122
2.2. Las prohibiciones presupuestales al contenido salarial en el Sector Público.....	124
3. Análisis de los cuestionamientos a la prohibición de la regulación del contenido salarial en las Leyes de Presupuesto del Sector Público.....	125
3.1. Cuestionamientos de las organizaciones sindicales ante la OIT	125
3.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional	127
4. Análisis de las posiciones sobre la problemática de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público	133
4.1. Posiciones teóricas sobre la materia	133
4.2. Crítica a estas posiciones.....	135
5. Bibliografía.....	136

ADOLFO CIUDAD REYNAUD: Análisis de los proyectos tramitados en el Congreso de la República sobre negociación colectiva en el sector público	139
I. Obligación de fomento de la negociación colectiva.....	139
II. Análisis de los dos proyectos de negociación colectiva.....	140
1. Materias comprendidas en la negociación	140
2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación:	142
3. El Informe Económico Financiero del MEF	144
4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia..	146
5. Conformación del Tribunal Arbitral.....	148
6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones colectiva	149
7. Ejecución del laudo arbitral	151
ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA: Los modelos de negociación colectiva en el sector público con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el DU N° 014-2020	153
I. Antecedentes	153
II. Fundamento de los límites en materia económica en la negociación colectiva del sector público:	155
III. Modelos legales de negociación colectiva en el sector público con incidencia en el presupuesto estatal.....	157
1. Modelo de topes en la ley de presupuesto:.....	158
2. Modelo de ley que habilita el establecimiento de límites en materia económica:	159
3. Modelo de prohibición legal de la negociación colectiva en materia económica en el sector público.....	160
IV. Informe económico financiero: análisis en los proyectos de ley y en el DU N° 014-2020	162
1. Proyecto de ley de la Comisión de Trabajo	162
2. Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización	164
3. DU N° 014-2020	165
V. Conclusiones	167
VI. Bibliografía.....	168

RAÚL SACO BARRIOS: Plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público.....	171
1. Antecedentes	172
1.1. Sector privado	172
1.2. Sector público	176
2. Intervencionismo y “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva frente a la autonomía colectiva, y legislación comparada.....	180
3. Doctrina nacional.....	184
4. La OIT.....	186
4.1. Negociación libre y voluntaria	186
4.2. Duración y vigencia de las convenciones colectivas.....	188
5. Cuestiones prácticas	190
6. Conclusiones.....	191
Bibliografía.....	192
FERNANDO DELGADO SOARES NETTO: Peculiaridades de las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay.....	199
I. Introducción	199
II. Peculiaridades en cuanto a la regulación (Derecho Administrativo vs. Derecho Laboral)	200
1. Posición administrativista o dualista.....	200
2. Posiciones laboristas	201
3. Teorías híbridas	201
4. Los aportes de Octavio Racciatti	202
III. Peculiaridades del sujeto empleador (la complejidad y extensión del estado uruguayo)	203
1. Los vínculos laborales del estado	203
2. Las pluralidades en el ámbito estatal.....	204
3. Los cargos políticos , la estructura jerárquica y burocrática.....	205
IV. Peculiaridades en cuanto al rol del ministerio de trabajo	205
V. Peculiaridades en cuanto al contenido (materia salarial, convenios y presupuesto)	206
1. La materia salarial en la negociación pública	206
2. El “ida y vuelta” entre normas presupuestales y convenios colectivos.....	207

3. El caso del convenio en la enseñanza pública.....	208
4. Los efectos jurídicos de los acuerdos o convenios colectivos	209
VI. Otras limitaciones constitucionales, legales y reglamentarias	209
VI. Reflexiones finales.....	210

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

LUCIA GUZMÁN ESTRADA: Riesgos biológicos en el trabajo: Fundamentos para plantear una función resarcitoria del Estado.....	213
Introducción	214
I. Breve marco conceptual de los riesgos biológicos y su relación con las y los trabajadores de centros sanitarios públicos	215
II. La función garante del Estado como agente principal del sistema de seguridad y salud en el trabajo en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual	216
2.1. Fundamento constitucional del rol garante del Estado en la seguridad y salud en el trabajo.....	216
2.2. Rol garante del Estado en relación a los riesgos biológicos en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual.....	218
3. Riesgos biológicos en el trabajo: ¿cómo se puede sustentar la activación de una función resarcitoria del Estado en relación a sus trabajadores?	221
4. Conclusiones	225
5. Bibliografía.....	226

SEGURIDAD SOCIAL

IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA: Sistema pensional colombiano: una mirada a la responsabilidad del empleador.....	231
1. Presentación	231
2. Antecedentes de la seguridad social.....	232
3. De los regímenes pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.....	234
4. De la creación del nuevo sistema general de pensiones y su posterior reforma con la Ley 797 de 2003	240

A) Antecedentes de la Ley 100 de 1993	240
B) Requisitos para acceder a la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas.....	242
C) De los títulos pensionales.....	243
5. Recorrido en la jurisprudencia colombiana sobre el pago de título pensional, en las situaciones excluidas del art. 33 de la Ley 100 de 1993.	245
a. De la zona geográfica: trabajadores laborando en zonas no cubiertas por el ISS desde el inicio del contrato y trabajadores afiliados al ISS trasladados a zonas sin cobertura.	246
b. Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo	248
c. De los trabajadores cuya vinculación no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993, pero cuya pensión estaba a cargo del empleador.	250
Conclusión.....	255

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

13

José Eduardo López Ahumada: Solidaridad y trabajo protegido desde una perspectiva global: la respuesta social ante la pandemia del coronavirus.....	259
I. Introducción	260
II. La epidemia del coronavirus y la situación de crisis humanitaria: una profunda cuestión social	261
III. El papel de la OIT ante la crisis global en el empleo: efectos de la crisis del coronavirus en la economía y en el mundo del trabajo	266
IV. Los desafíos internacionales de la crisis global en el mundo del trabajo .	268
V. Las principales medidas laborales y de protección social adoptadas por los estados nacionales: la protección del empleo y la atención a las situaciones de necesidad	272
VI. Régimen de servicios esenciales y sectores prioritarios en régimen de continuidad.....	273
VII. La protección del derecho a la salud en el trabajo.....	275

VIII.	Trabajo a distancia y teletrabajo como respuesta al actual modelo actividad laboral	276
IX.	Protección en el empleo y estabilidad laboral: solidaridad y protección social.....	279
X.	Prohibición y limitaciones a los despidos por causa de fuerza mayor: promoción de la defensa del empleo	281
XI.	La protección del salario y la previsión de beneficios económicos excepcionales en caso de necesidad	283
XII.	La ordenación del tiempo de trabajo y de descanso ante la situación de aislamiento y movilidad restringida	284
XIII.	Conciliación de la vida familiar y laboral.....	286
XIV.	Medidas de protección social: desempleo, renta mínima de inserción y subsidios económicos para colectivos más desfavorecidos	287
XV.	Tutela del trabajo por cuenta propia y del régimen de actividad de las microempresas y pymes	290
XVI.	Conclusiones	292
XVII.	Referencias bibliográficas	296

14

	MARIO GARMENDIA ARIGÓN: Navegando la pandemia: notas sobre su impacto laboral y las medidas adoptadas para su contención	301
I.	Introducción	302
II.	Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en la actividad económica y el funcionamiento de las empresas.....	303
III.	Continuidad de la actividad y prevención de los contagios	306
	1. Trabajo desde el domicilio de los trabajadores	307
	2. Telemedicina: Ley nº 19.869, del 2 de abril de 2020.....	308
	3. Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT).....	308
IV.	Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores	310
	1. Flexibilización del seguro de paro.....	310
	2. Otras medidas.....	312
	3. Pago de los salarios.....	313
	4. Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley nº 19.874, del 8 de abril de 2020).....	313

V. Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena.....	314
VI. Situación de los trabajadores de la salud.....	315
VII. ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura?.....	315
VIII. Conclusiones	316
LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ: La <i>kenosis</i> peruana puesta en evidencia por el Covid-19	319
I. Introducción	320
II. El fracaso de las políticas neoliberales	320
1. El grado de la crisis que el coronavirus pone en evidencia	322
2. ¿Cómo explicar esos datos en una “economía social de mercado”?... ..	325
III. Las medidas tomadas por otros países frente al <i>shock</i> del COVID-19....	328
1. La política fiscal, la gran protagonista.....	329
2. La ayuda directa a los más afectados.....	329
3. En cuanto a los trabajadores.....	330
IV. Las medidas que se están tomando (y otras que deben tomarse) en el Perú. .	332
1. Medidas preventivas: “más temo al hambre que al coronavirus”	333
2. Las medidas estructurales: las más necesarias y las más olvidadas	336
V. Conclusiones	341
VI. Referencia bibliográfica.....	342
WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO: El instituto de la suspensión perfecta de labores en el contexto del Covid-19.....	345
¿De lo genérico a lo específico?	346
La hoja de ruta especial	348

Laborem

N.º 22 / 2020

**TENDENCIAS EN DERECHO SINDICAL
Y DEBATES SOBRE LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO**



LA GARANTÍA EXTRA CONTRACTUAL DEL DERECHO DE HUELGA: UNA RECONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND*

La huelga, los límites de su reconocimiento jurídico y su protección están sujetas a los cambios y adaptaciones, como todo hecho social. El profesor Sanguinetti presenta un estudio sobre las direcciones que contemporáneamente está siguiendo este derecho fundamental en la pragmática, respaldando ese estudio en una nutrida experiencia judicial y doctrinaria y atendiendo a la compleja construcción de la idea de empleador en las actuales relaciones laborales.**

SUMARIO: **I.** Los términos de un problema capital. **II.** La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga. A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida. B. La consiguiente afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho. C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios. **III.** Un intento de reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga. A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales. B. Contenido de la posición patro-

* Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Salamanca
El presente artículo ha sido elaborado para su publicación en el primer número correspondiente al año 2020 de la *Revista de Derecho Social*. El autor se siente particularmente satisfecho de poderlo compartir con los lectores de *Laborem*, cuya reaparición constituye una gran noticia para el laboralismo peruano, que se había visto privado en la última etapa de uno de los pocos canales de reflexión académica existentes en el país. Por lo demás, aunque referidas a la experiencia española, las reflexiones contenidas en este artículo resultan en opinión del autor plenamente aplicables a los procesos de externalización productiva de similares características a los examinados que puedan producirse en otras latitudes donde se cuente con un ordenamiento constitucional que ofrezca garantía a los derechos de autotutela colectiva de los trabajadores.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

nal instrumental. a. La garantía de indemnidad. b. El deber de soportar los efectos del ejercicio del derecho. c. El deber de negociar. d. Otras manifestaciones.

I. Los términos de un problema capital

En los últimos años la garantía el derecho de huelga –y no su limitación– ha adquirido dentro de la praxis de nuestros tribunales un protagonismo que parecía haber perdido definitivamente. La razón de esta evolución, que nada a contracorriente de tendencias apuntadas en otros ámbitos por el propio legislador, se encuentra en la emergencia de cambios profundos dentro de nuestra realidad productiva que han puesto sobre el tapete la necesidad de construir formas nuevas de tutela que permitan al mismo seguir cumpliendo su rol constitucional en un contexto completamente distinto al que lo hizo posible en el pasado. Entre tales cambios, especialmente la pérdida de hegemonía del tradicional modelo de integración vertical de las actividades productivas encarnado por la empresa fordista, jerárquica y autosuficiente, al que ha venido asociado el recurso a los instrumentos de autodefensa colectiva, y su sustitución por fórmulas horizontales de colaboración entre sujetos formalmente independientes a los efectos de desarrollar las distintas etapas de un mismo proceso productivo o cooperar para el logro de objetivos comunes.¹ Una realidad cuyo impacto ambivalente, portador de limitaciones potenciales, pero también de nuevas posibilidades de desarrollo del derecho, se ha dejado sentir en los últimos años. Y a la que la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, se ha mostrado especialmente sensible, alumbrando fórmulas de tutela que rompen los moldes tradicionales y las barreras comúnmente admitidas. Entre estas últimas singularmente, como habrá ocasión de desarrollar a lo largo de las páginas siguientes, su proyección hacia los grupos y las redes empresariales. Lo que en este estudio denominaremos la *garantía o protección extracontractual* –es decir, más allá del contrato de trabajo– del derecho de huelga.

Para aproximarnos a la razón de ser y el sentido de esta novedosa garantía conviene empezar por realizar un repaso de las contradictorias consecuencias que sobre el mismo tiene la consolidación del paradigma reticular de organización de las actividades empresariales basado en la creación de grupos y redes.

1 Para una aproximación general al fenómeno y su incidencia sobre las instituciones que integran el ordenamiento laboral, permítaseme la referencia a W. SANGUINETI RAYMOND, *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2016.

En principio, esas consecuencias se miden en términos de minoración de su efectividad como medio de presión y reequilibrio de las posiciones de trabajadores y empresarios.² A esta minoración contribuye, antes de nada, la segmentación de los procesos productivos y su realización por grupos de trabajadores adscritos a entidades diferenciadas que tiene lugar en estos casos, en la medida en que esta da lugar a una diversificación y fragmentación de los intereses de aquellos y a una atomización de los espacios para su ejercicio, que se tornan cada vez más específicos y concretos, con merma evidente de su repercusión. Al lado de lo anterior es preciso tener en cuenta que esa desmembración aleja en muchos casos a los trabajadores que ejercen el derecho en ámbitos reducidos del centro de poder del que depende la solución del conflicto, que puede recaer, tratándose de organizaciones complejas, en un sujeto distinto del empresario que les da empleo y frente al que realizan materialmente la paralización. Bien la matriz o empresa dominante o bien la principal. El resultado termina siendo unas huelgas cada vez más atomizadas, realizadas en defensa de intereses fragmentarios frente a unos empresarios que carecen de capacidad real para atender sus demandas. Cuando no a la configuración de una realidad abiertamente disuasoria del ejercicio del derecho.

Conviene no perder de vista, con todo, que la pertenencia a un mismo proceso productivo de los distintos colectivos de trabajadores segregados en organizaciones independientes es capaz de generar lazos de solidaridad y niveles de conciencia colectiva en torno a la existencia de intereses comunes, susceptibles de actuar como revulsivo para la elaboración de plataformas reivindicativas conjuntas capaces de ser defendidas a través de medidas de presión que rebasen el espacio de sus empleadores para extenderse a la red o el grupo en los que se integran. Esta es una posibilidad que resulta especialmente plausible tratándose de los trabajadores que comparten un mismo espacio o centro de trabajo, un elemento que está en condiciones de promover el contacto entre ellos y la percepción de los problemas que comparten. Y también en el caso de las redes verticales de subcontratación, donde pueden emerger lazos de solidaridad basados en la constatación de la existencia de reivindicaciones comunes, sobre todo entre los trabajadores que ocupan

2 Como apunta R. GALLARDO MOYA, “La articulación de los derechos colectivos y del sujeto sindical en los empresarios complejos”, en L. GAETA, y R. GALLARDO MOYA (Directores), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 809, 815-816 y 823. Más recientemente, vid. también J. M. GOERLICH PESET, “El ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva”, AEDTSS, *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Ed. Cinca, Madrid, 2018, págs. 176-177.

una posición más precaria.³ En estos casos se abre, pues, un espacio para una difícil pero posible recuperación de la funcionalidad del derecho, basada en una reconstrucción desde bases nuevas del interés colectivo a cuya tutela se dirige.

A lo anterior hay que añadir, como un segundo elemento de contrapunto, que el hecho de que la ruptura de la unidad de la empresa tradicional tenga lugar aquí a través de la creación de nexos de interdependencia entre diversas organizaciones, que confluyen para la realización de una misma actividad, abre la posibilidad de que las medidas de presión adoptadas en el seno de una de ellas puedan tener una repercusión, indirecta o refleja pero real y efectiva, sobre las actividades que realizan las demás o incluso sobre el funcionamiento del grupo o la red en su totalidad. Esto supone que en estos casos el impacto del ejercicio del derecho de huelga no solo no se reduce, como pudiera pensarse, sino que está en condiciones de verse amplificado por efecto de los lazos económicos y productivos que la pertenencia a un mismo grupo o red genera entre los empresarios integrados en ellos. Entonces, como se ha afirmado, la huelga “incrementa su eficacia”,⁴ en lugar de verla reducida, al desplegar un “efecto multiplicador” que proyecta su incidencia más allá del ámbito formal de su convocatoria,⁵ hacia otras empresas cuyos trabajadores no participan en ella.

22

Las consecuencias de esta proyección de los efectos de la huelga más allá de su espacio natural de impacto, hacia empresarios distintos de aquel que da empleo a los huelguistas pueden ser exorbitantes en bastantes casos. En particular cuando entre las empresas de las que se trate existe una relación ocasional o de mera clientela. No obstante, en otros, permite que la presión derivada de su ejercicio pueda ser ejercida sobre el sujeto o los sujetos de cuyas decisiones depende que las reivindicaciones de los trabajadores que participan en la medida puedan ser atendidas. Es decir, sobre la empresa que se sitúa en el vértice del grupo o la red y lidera el proceso global de producción, ejerciendo *de jure* o *de facto* una influencia sobre sus restantes componentes que limita –y a veces incluso anula– sus márgenes de decisión en el plano laboral. Algo que sucede casi por hipótesis tratándose de los grupos jerárquicos y las redes verticales de carácter asimétrico.⁶ El ejercicio del derecho de huelga permite, en situaciones como estas, recomponer la unidad

3 Según destaca J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales y derecho de huelga: nuevos escenarios para la tutela y la limitación”, en W. SANGUINETI RAYMOND y J. B. VIVERO SERRANO (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada, 2018, pág. 281.

4 Nuevamente, J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio ...”, cit., pág. 176.

5 J. B. VIVERO SERRANO, loc. cit.

6 Sobre los cuales se remite lo que se dirá en *infra* III.A.a y a la bibliografía citada en la nota 55.

sustancial de los procesos de producción, rota por la división formal de esferas generada por el sistema reticular, favoreciendo una proyección de su impacto hacia aquellos espacios en los que puede ser eficaz.

La propia lógica de funcionamiento del sistema reticular, sin embargo, es capaz de ofrecer un efectivo antídoto frente a esta posibilidad. Ha de tenerse presente que el hecho de que el proceso productivo se encuentre fragmentado y sus distintas fases sean realizados por sujetos distintos de quien ostenta la dirección global hace posible que las prestaciones atendidas por el empresario afectado por la huelga puedan ser sustituidas, salvo cuando su aportación revista especial valor o resulte difícilmente sustituible, recurriendo a otros empresarios, bien integrados en el grupo o red o bien reclutados al efecto. Emerge así la posibilidad de poner en marcha un nuevo tipo de comportamiento dirigido a eludir, mediante el recurso a prestaciones sustitutivas, las consecuencias negativas –en este caso reflejas– del ejercicio del derecho de huelga, cuyo sujeto activo no es ya el empresario para el que prestan servicios los huelguistas, como ocurre con las hipótesis tradicionales de esquirolaje, sino la casa matriz y las demás sociedades del grupo o la empresa principal a la que el primero presta servicios.⁷ Con lo cual nos volvemos a colocar delante del punto de partida: el empleo del sistema reticular como fórmula capaz de vaciar de contenido el ejercicio del derecho de huelga.

El dilema frente al cual nos coloca esta constatación no es el de decidir si frente a cualquier huelga los clientes de la empresa afectada han de verse impedidos de adquirir los bienes o servicios de los que se ven privados. Ni tampoco si todos los empresarios que mantienen algún vínculo comercial con esa empresa deben abstenerse de recurrir a otros para atender sus necesidades. Pretensiones, ambas, que nadie sostiene. Antes bien, de lo que se trata es de determinar si esa forma de reaccionar puede ser adoptada tratándose de empresas que no mantienen con la destinataria de la medida lazos estrechos de colaboración, por realizar tareas que forman parte de procesos productivos altamente integrados. Máxime cuando se trata de aquella que ocupa una posición nuclear dentro de estos y está, por ello, en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones que como empleador debe adoptar la que en principio ha de atender las reivindicaciones de los convocantes. Una situación en la que es posible sostener que la huelga persigue incidir también la esfera de decisión de aquella.

7 Vid. J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 285, para quien estas prácticas constituyen “un nuevo tipo de esquirolaje, el decidido por un tercero”.

Resulta claro que en casos como estos, que son aquellos con los que ha tenido que lidiar nuestra jurisprudencia en los últimos años, la presión que la huelga pueda ocasionar a la empresa que ocupa una posición subordinada resulta por sí ineficaz, toda vez que su capacidad de decisión está condicionada, cuando no determinada, por las relaciones de dependencia jurídica, económica u organizativa que mantiene con la empresa dominante. De allí que aceptar que esta pueda esquivar los efectos que las huelgas realizadas en las empresas dependientes de ella equivalga a condenar a los trabajadores de estas a un ejercicio estéril del derecho en la mayoría de los casos. Además de conducir a un irremediable vaciamiento de la función constitucionalmente atribuida a este dentro del actual modelo productivo.⁸

La cuestión de fondo que de tal modo se plantea es ardua como pocas, ya que de lo que se trata es de determinar si estos riesgos son capaces de justificar la proyección del derecho de huelga más allá del contrato de trabajo, hacia los grupos y redes empresariales. Así como establecer cuáles pueden ser los alcances de esta proyección y sus límites. Este es, por lo demás, un problema capital, cuyas implicaciones se proyectan más allá del terreno puramente operativo, en la medida en que detrás de él se sitúan, como se comprobará en las páginas siguientes, hasta cuatro interrogantes cuya respuesta está en condiciones de determinar en buena medida la orientación futura de nuestro ordenamiento laboral. Entre ellas, antes que nada: ¿qué es la Constitución y que fuerza de obligar tiene? En segundo lugar, ¿qué es el derecho de huelga, qué contenidos tiene y frente a quiénes se ejerce? Cuestión de cuya respuesta depende, a su vez, la de esta otra: ¿cuál debe ser el espacio de aplicación de los derechos de acción colectiva en el actual contexto productivo? O, por último, atendiendo al impacto que la solución que se le dé a las anteriores puede desplegar sobre los agentes empresariales, ¿cómo llevar a cabo una regulación de los efectos laborales de los procesos de externalización productiva que, sin imponerles trabas injustificadas, sea capaz de limitar su empleo como un simple instrumento de degradación de las condiciones laborales?

A veces criticados por su insensibilidad ante las necesidades de nuestro sistema de relaciones laborales, nuestros tribunales han optado por dar una solución positiva a este problema.

8 Para un mayor desarrollo de esta tesis, aquí solo apuntada, pueden verse mis estudios “El derecho de huelga en la encrucijada del cambio económico, tecnológico y productivo”, *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 14, págs. 14-15, y “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, *Revista de Derecho Social*, 2016, núm. 74, págs. 27 y sigs.

Y, por tanto, por afirmar la proyección del derecho de huelga al exterior del contrato de trabajo en situaciones como las apuntadas. Esta conclusión, a contracorriente de las convicciones más extendidas sobre su naturaleza y alcances, es el resultado de un largo proceso de reconstrucción desde bases constitucionales del contenido y los alcances del mismo, que los ha conducido primero a incorporar a él la garantía de su efectividad como medida de presión y luego a extender su aplicación a hacia otros empresarios que mantienen con el directamente afectado por la paralización nexos de cooperación económica y productiva de intensidad suficiente como para justificarlo. Es lo que, en atención a su propósito de salvaguardar el cumplimiento de la misión encomendada por la norma fundamental al derecho, he denominado la *tutela sustancial del derecho de huelga*,⁹ caracterizada por la presencia de un amplio espacio objetivo de protección del mismo, que se proyecta hacia un igualmente extenso ámbito subjetivo, integrado tanto por un anillo interior como por otro exterior al contrato de trabajo.

Esta construcción ha sido objeto de una muy relevante atención doctrinal. No obstante, el hecho de que se haya ido dibujando a partir de la solución de casos concretos durante a lo largo de período muy extendido, ha determinado que la mayoría de estudios se hayan centrado en el examen de las decisiones jurisprudenciales que han ido marcando su aplicación. Sin que exista aún aproximación de conjunto al contenido y los alcances de la novedosa garantía extracontractual de la que por su intermedio se dota al derecho de huelga. Al extremo de poderse afirmar que hoy no es posible saber con certeza a qué supuestos se aplica y a cuáles no, existiendo puntos de vista muy distintos a partir del mismo material jurisprudencial.¹⁰

El propósito de las páginas que siguen es, por ello, tratar de aportar elementos para esa reconstrucción sistemática de los contornos de la referida garantía, que contribuya a clarificar su fundamento, las fórmulas de cooperación sobre las que despliega su eficacia y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. La

9 Vid. “La tutela sustancial ...”, cit., especialmente pág. 14.

10 Así, mientras para quien esto escribe, “El derecho de huelga en los grupos y redes empresariales: la construcción de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, 2018, núm. 49, págs. 11-15, así como para J. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., págs. 293-298, se encuentran cubiertos tanto los grupos como las redes empresariales, siempre que cumplan determinadas condiciones, J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., págs. 194-195, y J. LAHERA FORTEZA, “Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 Octubre 2018, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2019, núm. 3, págs 310-311, entienden que la aplicación de esta garantía debe limitarse, a falta de un pronunciamiento del legislador, exclusivamente a los grupos de empresas.

tesis que a estos efectos se sustentará es la de la construcción, a través de la acción combinada de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, de *una posición de empleador o empresario de carácter instrumental* a los efectos de la tutela del derecho de huelga, en función de la cual se atribuyen a algunos empresarios especialmente cualificados por la singular vinculación que mantienen con el titular de la relación de trabajo y destinatario directo de su ejercicio, deberes que en principio corresponden este último.

La presentación de este punto de vista exige partir de un recuento del proceso de construcción de esa posición. Cuestión a la que está dedicado el siguiente apartado.

II. La construcción jurisprudencial de la garantía extracontractual del derecho de huelga

La construcción de lo que hemos denominado la garantía extracontractual del derecho de huelga es el resultado de un largo proceso de elaboración jurisprudencial, dentro del cual es posible distinguir tres fases o etapas distintas, cada una dotada de rasgos y caracteres diferenciados, las cuales se ido sucediendo a lo largo de las cuatro décadas de vigencia de nuestra Constitución hasta alumbrar como resultado de sus interacciones la afirmación de un *concepto fuerte de huelga*, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, aunque sujeto también a contrapartidas y límites. De allí que convenga prestarles atención por separado.

26

A. La concepción instrumental del derecho de huelga en el punto de partida

Toda la evolución jurisprudencial que conducirá a sancionar la proyección de los efectos del ejercicio del derecho de huelga al exterior del contrato de trabajo no hubiera sido posible sin una primera toma de posición de nuestra jurisprudencia constitucional, que ya en el primer pronunciamiento en el que se enfrentó al problema de delimitar su contenido garantizado por la norma fundamental optó por asumir una caracterización del mismo como uno de carácter instrumental, teleológicamente asociado a la tutela de la posición de los trabajadores asalariados, cuya tutela precisa de la limitación de los derechos del empresario susceptibles de impedir el cumplimiento de su función constitucional. El origen de esta concepción se encuentra, como es sabido, en el entendimiento del de huelga como

un derecho “cuya esencia” consiste “en la producción de un daño”¹¹ con el fin de ejercer sobre la contraparte la “coacción psicológica” necesaria para forzarla a adoptar un acuerdo.¹² Una idea a partir de la cual es posible considerar incluido en su contenido “el elemento instrumental de la presión”, sin el que no está en condiciones de cumplir la misión a la que es llamado,¹³ con la consecuente imposición al empresario de la obligación de “soportar el daño causado”, sin posibilidad de reaccionar frente a este recurriendo a “los normales poderes derivados del derecho contractual”.¹⁴

Aunque la recepción de este punto de vista suele venir asociada a la posterior STC 123/1992, de 28 de septiembre, es en realidad la STC 11/1981, de 8 de abril, la que sentará las bases para el camino que sería posteriormente recorrido por las que la seguirán. En esta sentencia el Tribunal Constitucional deja claramente apuntadas dos premisas esenciales. La primera se relaciona con el vínculo que es posible establecer entre el derecho de huelga y la libertad de empresa. En este caso, tanto la conexión del primero con el valor fundamental de igualdad como la expresa referencia del artículo 28 a su finalidad de defensa de los intereses de los trabajadores permitirán al mismo integrar la garantía del cumplimiento de su misión de operar como “instrumento de presión” en su contenido, así como proyectarlo sobre la definición del que ha de atribuirse a la libertad de empresa. El derecho de huelga es, así, un derecho “a limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”. Vale decir, llevar a cabo actuaciones dirigidas a restringir su impacto. El derecho de huelga comprende, de este modo, la facultad de limitar el uso en clave defensiva de poderes en principio garantizados por la libertad de empresa.

La segunda premisa tiene que ver con la delimitación del espacio del derecho de los empresarios a la adopción de medidas de conflicto previsto por el artículo 37.2 de la norma fundamental, cuya potencial incidencia sobre el derecho de huelga es evidente. Aquí, no solo el nivel superior de protección ofrecido al mismo y su distinta función, sino sus conexiones con valores constitucionales nucleares, conducirán al supremo intérprete a sustentar su preeminencia sobre el poder de confrontación reconocido a los empresarios, con la consecuente imposibilidad de

11 En la muy conocida fórmula acuñada por F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976, pág. 100.

12 Con palabras de P. CALAMANDREI, “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano Editore, 1968, Vol. III, pág. 100.

13 A. SANTANA GÓMEZ, *El régimen jurídico del trabajador no huelguista*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 168.

14 J. MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga*, Madrid, CES, 1996, págs. 131 y 174.

que pueda ser utilizado para vaciarlo de contenido mediante la realización de cierres ofensivos o de retorsión. Ni este derecho, ni la libertad de empresa, pueden, por tanto, servir de fundamento para actuaciones que impidan a la huelga actuar como instrumento de presión para la defensa de los intereses de los trabajadores, como prevé la Constitución.

El límite de esta doble preeminencia se encuentra en el paralelo reconocimiento por la propia STC 11/1981 de la constitucionalidad de la prohibición de las huelgas abusivas contenida en el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 11/1977, en la medida en que este conduce a entender legítimas solo aquellas huelgas que ocasionen a los empresarios perjuicios susceptibles de ser considerados “razonables” o “proporcionados” desde la óptica del legislador. Se produce de este modo una singular operación de *compensación de gravámenes*, con arreglo a la cual se termina garantizando la efectividad del ejercicio del derecho de huelga luego de haber admitido la expulsión de la legalidad de sus manifestaciones más eficaces.¹⁵ En cualquier caso, como se afirmará en su día, de esta suerte de principio de interdicción de la onerosidad excesiva causada al empresario mediante la huelga¹⁶ no solo es posible deducir la ilegitimidad de los perjuicios que superen ese umbral, sino la legitimidad de los que se sitúen por debajo de él. Mientras los primeros no son asumibles, por lo que el empresario podrá hacerles frente, los segundos deben ser soportados por él, no estándole permitido recurrir a práctica alguna con el fin de mitigarlos.¹⁷ Quedan claramente sentadas de tal forma, ya en esta fase inicial, todas las premisas necesarias para lo que vendrá después.

B. La afirmación del deber del empresario de soportar los efectos del ejercicio del derecho

El siguiente escalón del proceso que conducirá a la conformación de la garantía extracontractual del derecho de huelga está representado por la afirmación, primero en sede constitucional y luego ordinaria, del deber del empresario de so-

15 Para un mayor desarrollo del argumento, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 157-171, así como la bibliografía allí citada.

16 L. M. CAMPS RUIZ, “Huelgas intermitentes y cierre patronal”, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los ochenta*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1983, págs. 138-139.

17 J. LAHERA FORTEZA, “La admisión del desvío de clientes a otras empresas durante una huelga: un salto cualitativo en la valoración jurisprudencial negativa del conflicto laboral”, *Relaciones Laborales*, 2002, T. I, pág. 875.

portar, tolerar o no neutralizar las consecuencias de su ejercicio legítimo. Esta afirmación es el resultado de la aplicación de los criterios sentados por STC 11/1981 a una amplia gama de formas nuevas de hacer frente a las medidas de autotutela colectiva, surgidas a partir de los años noventa del pasado siglo como consecuencia de la emergencia de un nuevo paradigma productivo dentro del cual pasaron a ocupar un espacio cada vez más relevante las actividades terciarias y las fórmulas flexibles de organización de la producción dirigidas a permitir una satisfacción lo más inmediata posible de la demanda. Característica esencial de estas prácticas fue el empleo de los más variados poderes empresariales para intentar, antes que impedir el comportamiento huelguista o sancionar su puesta en práctica, atacar las consecuencias que de esta puedan derivarse, de forma que afecte lo menos posible a los programas de producción o los compromisos asumidos por la empresa. Los supuestos pueden variar, pero la lógica es similar: la sustitución de las prestaciones no realizadas por otras ejecutadas por trabajadores distintos, bien contratados al efecto o bien no participantes en la protesta, por otros empresarios, por trabajadores autónomos e incluso mediante automatismos o medios electrónicos.¹⁸

La reacción se producirá aquí de forma temprana, como consecuencia del examen por el Tribunal Constitucional del primer caso de sustitución de trabajadores en huelga por otros de la propia empresa conocido por nuestros tribunales.¹⁹ La STC 123/1992, de 28 de septiembre se sirve de las premisas sentadas por la STC 11/1981 para declarar la no conformidad a Derecho de este comportamiento pese a no estar prohibida por el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, que ilegaliza solo la contratación con ese fin de trabajadores ajenos a la empresa, recurriendo a la aplicación directa del artículo 28.2 de la Constitución. La consideración de la huelga como un “instrumento de presión constitucionalmente reconocido” y su “singular preeminencia” dentro de la Constitución sirven, así, de base para afirmar la capacidad de esta para “reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos”, como sucede con “la potestad directiva del empresario” cuando es utilizada “como instrumento para privar de efectividad a la huelga”. O “desactivar la presión” producida por esta, como se lee a continuación. Como es fácil de percibir, el acierto de esta sentencia, que en su día fue recibida como portadora de una muy relevante novedad, radica más en conectar la doctrina previa del Tribunal sobre la naturaleza

18 Una completa sistematización de estas prácticas en *Los empresarios y el conflicto ...*, cit., págs. 48-60.

19 Que fue resuelto por el Tribunal Central de Trabajo en sentido favorable a la licitud de esta conducta a través de su Sentencia de 13 de diciembre de 1988 (RTCT 1988/613).

del derecho de huelga con la dinámica adoptada por el conflicto que en añadirle elemento alguno de novedad.²⁰

Pese a que, dado su fundamento, esta construcción resultaba aplicable desde un inicio al empleo con el mismo fin de cualquier prerrogativa empresarial y no solo del poder de dirección, el Tribunal Supremo mantendría durante bastante tiempo una posición contraria a su extensión a supuestos distintos de la sustitución interna expresamente contemplada por la STC 123/1992. Esta resistencia empezará a ceder con la expedición de la STS de 25 de enero de 2010,²¹ que declaró la ilicitud de la contratación con otras empresas de “servicios de refuerzo para cubrir aquellos que no se pueden atender” durante la realización de una huelga de una empresa de transportes. Y terminará de romperse con la STS 5 de diciembre de 2012²², en la que se produjo una sustitución virtual en vez de física del personal de una empresa de comunicación afectado por una huelga para la que se habían fijado servicios esenciales, toda vez que en esta el máximo órgano de nuestra judicatura terminará por declarar de forma expresa que el artículo 28.2 de la Constitución puede ser vulnerado también “en el caso de que la actuación empresarial, aún cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos, prive materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental”. La conclusión que de ello se desprende es clara: el deber de tolerar o no neutralizar los efectos del ejercicio legítimo del derecho de huelga es de aplicación respecto del uso desviado de toda clase de prerrogativas empresariales, incluyendo dentro de ellas las relacionadas con la contratación de otros empresarios o el recurso a medios materiales o tecnológicos.²³

30

20 Posteriormente el criterio sustentado por esta sentencia sería ratificado por la STC 33/2011, de 28 de abril, que añadiría una importante precisión sobre el alcance de esta garantía: su valoración no solo en términos de reducción del impacto económico de la huelga sino de limitación de la repercusión de su realización, medida a través de la negación de la visibilización de su puesta en práctica. Circunstancia que adquiere especial relevancia en determinados sectores, como la prensa escrita, la radiodifusión o la televisión.

21 Rec. 40/2009.

22 Rec. 265/2011.

23 La posterior STC 17/2017, de 2 de febrero, ha introducido algún nivel de incertidumbre sobre el particular, al haber indicado, en relación con un caso que reunía todas las trazas de un esquirolaje tecnológico, que el empresario puede utilizar los medios técnicos de los que dispone para mantener su actividad durante una huelga. Aunque sin llegar a afirmar que ello lo autoriza a sustituir, válidamente y sin limitaciones, las prestaciones de los huelguistas por otras realizadas por máquinas o a paliar sirviéndose de ellas los efectos de su ausencia, como hubiese sido necesario para desautorizar esta doctrina. Para un mayor desarrollo de esta tesis puede verse mi comentario “¿El derecho de huelga en entredicho?”, *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 28, págs. 11-15.

C. La proyección de la tutela del derecho hacia otros empresarios

Con todo lo meritoria que resulta, la aportación de nuestros tribunales radica hasta aquí en promover una ampliación del ámbito objetivo de tutela del derecho de huelga hacia las consecuencias de su ejercicio, pero preservando su espacio subjetivo, que continúa ciñéndose a los contornos del contrato de trabajo. La proyección de este efecto más allá, hacia otros empresarios que mantienen con el destinatario de la medida y empleador de los huelguistas intensos vínculos societarios y/o contractuales, será nuevamente fruto de la labor mancomunada de nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, que ha tenido que vencer para ello obstáculos notables. Entre estos, en particular la consideración de esos empresarios como terceros frente a la huelga, a los que “no deben imponerse más gravámenes o molestias que los necesarios”, como indica el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, por lo que no parece que puedan verse impedidos de procurarse en el mercado los bienes o servicios de los que los priva una huelga que en principio no les concierne.²⁴ Tan determinante resultado será alcanzado en la última década a través de dos pasos, que han hecho posible la adaptación del espacio original de la referida garantía, propio de una forma de producir donde el empresario lo hace todo directamente y tiene solo clientes y usuarios o, como mucho, proveedores, a otra en la que los procesos productivos son el resultado de la integración de prestaciones diversas desarrolladas por empresarios estructuralmente vinculados entre sí.

El paso decisivo en la referida dirección será dado, nuevamente, por el Tribunal Constitucional, que a través de su Sentencia 75/2010, de 19 de octubre,²⁵ sentó las bases conceptuales para la proyección de las garantías que rodean el ejercicio del derecho de huelga más allá del espacio de la relación contractual entre trabajador y empresario.²⁶ Esta sentencia se enfrenta a una presunta vulneración de carácter complejo de la garantía de indemnidad asociada a dicho ejercicio, derivada de la actuación de dos empresas entre las cuales existía una estrecha relación económica y productiva (ambas mantenían un vínculo de subcontratación de más de cinco años de duración, en virtud de la cual los trabajadores de la contratista prestaban servicios en exclusiva para la principal en el centro de tra-

24 Como apunta J. M. MARÍN CORREA, “Los ‘terceros’ en la huelga”, *Actualidad Laboral*, 2000, núm. 47.

25 A la que siguieron las SSTC 76/2010, de la misma fecha, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre, casi idénticas.

26 Vid., apuntando esta conclusión, J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 289.

bajo de esta),²⁷ la cual se produjo como resultado de la extinción de los contratos de trabajo de la mayor parte de los trabajadores que participaron en una huelga dirigida a conseguir la equiparación salarial con el personal de la empresa principal, que fue puesta en práctica por la empresa contratista con base en la decisión previa de la principal de dar por terminada la contrata que los unía para eludir las consecuencias económicas derivadas de la solución del conflicto alcanzada por el primero, que pretendía repercutir sobre ella el mayor coste generado. Más allá de los avatares relacionados con la valoración de los hechos y la imputación de la lesión, así como con la determinación de sus consecuencias, asuntos todos respecto de los cuales se registran fuertes discrepancias,²⁸ existe una cuestión previa a cuya solución el Tribunal no puede sustraerse antes de entrar a resolver el caso. Esta no es otra que la de determinar si la empresa principal estaba en condiciones de vulnerar el derecho de huelga de los trabajadores del contratista pese a ser un tercero respecto de la medida de presión, por pesar sobre ella un deber general de respeto del mismo semejante al que graba al contratista que emplea a los trabajadores participantes en la medida.

Para darle respuesta el Tribunal partirá de poner de relieve la lógica productiva integrada que caracteriza los procesos de subcontratación. Una lógica a través de la cual se “posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de la empresa principal”, de forma que esta “recibe” sus servicios “de forma mediata y merced al contrato mercantil”. Esta es una circunstancia, añadirá, que determina que el ejercicio del derecho de huelga “por definición” se proyecte “de manera principal sobre la actividad productiva de la empresa principal”, por lo que esta puede estar

27 Como destaca J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 2011, núm. 110, pág. 200.

28 Las cuales se manifestaron en su día a través de tres votos particulares, así como de fuertes críticas doctrinales. Respecto de estas últimas, vid. especialmente, dada su proximidad al fallo, A. MONTOYA MELGAR, “Contratas, derechos fundamentales y ‘desbordamiento’ de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 149, págs. 211 y sigs; y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, “La violación de los derechos fundamentales de huelga y de indemnidad por parte del empresario principal en una contrata”, *Revista de Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2011, págs. 213 y sigs. Más recientemente, A. DESDENTADO BONETE, “¿Una nueva dimensión del derecho de huelga? Más allá de la existencia de una lesión imputable y más allá del grupo de empresas. El caso Pressprint”, *El Derecho*, Tribuna del 22-02-2016. Una valoración diferente del tratamiento de la prueba en M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Derechos fundamentales del trabajador en empresas complejas: ahora el derecho de huelga”, *Revista de Derecho Social*, 2010, núm. 52, págs. 151-152, para quien lo que hace el Tribunal es valorar de forma distinta los mismos hechos probados.

“igual o más interesada que el contratista en combatirla”. De lo que colige que en estos casos “la efectividad de los derechos de los trabajadores” –y en particular el de huelga– “puede verse afectada no solo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal”. Sostener lo contrario, es decir “la ausencia de responsabilidad de la empresa principal”, dejaría el ejercicio del derecho “huérfano de toda garantía”, añade. Pudiendo llegar a suponer incluso “la práctica eliminación” del mismo “en el ámbito de estas relaciones”. En el fondo, el razonamiento subyacente resulta tan claro como concluyente: el derecho de huelga no solo vincula al empresario que ocupa a los huelguistas sino a aquellos otros que, en razón de la especial relación que mantienen con esos trabajadores debido a la vinculación existente entre las actividades que realizan y sus procesos productivos, padecen también sus efectos y pueden, por tanto, tener motivos para reaccionar frente a él.

Es sobre esta base que el Tribunal Supremo procederá, un lustro después, a dar el último paso de este laborioso proceso de reconstrucción del espacio de tutela del derecho de huelga, representado por la proyección del deber de soportar o no neutralizar las consecuencias de su ejercicio hacia los grupos y las redes empresariales. Aunque son varios los pronunciamientos que contribuyen a la delimitación de los alcances de dicha proyección, la aportación fundamental es llevada a cabo por la STS de 11 de febrero de 2015,²⁹ primera de la serie.

Esta sentencia se ocupó de un supuesto de sustitución de la prestación de una empresa afectada por una huelga, que se encargaba de la impresión de las publicaciones de un grupo editorial del que formaba parte, por la de un contratista externo, llegando a declarar, “en aplicación de la doctrina contenida en la STC 75/2010”, que este comportamiento, adoptado por las demás empresas del grupo, provocó “un vaciamiento del contenido del derecho de huelga”, al haber conseguido con la normal aparición de las mismas “presentar una apariencia de normalidad” que privó a la huelga de los trabajadores de la contratista de “repercusión apreciable”, despojándola de “su finalidad de medio de presión”.³⁰

29 Rec. 95/2914. Caso Prisa o Caso Pressprint.

30 Sobre esta sentencia, además de los textos de A. DESDENTADO BONETE y J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. C. GARCÍA QUIÑÓNEZ, “Derecho de huelga y grupos de empresas: lesión del derecho de huelga por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 4, págs. 446 y sigs.; y M. MIÑARRO YANINI, “Huelga y contratos en el Grupo Prisa: el plus de tutela del Tribunal Supremo frena a la Audiencia Nacional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2015, núm. 387, págs. 115 y sigs.

En principio, la contribución de esta sentencia no parece radicar tanto en añadir elementos de novedad a las tesis desarrolladas antes por nuestros tribunales, como en combinarlas para dar al caso una solución que termina siendo innovadora. En concreto, para declarar la existencia de una vulneración del derecho de huelga imputable a la matriz y las demás empresas del grupo, la misma habría simplemente combinado la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de que el empresario principal vulnere el derecho de huelga pese a ser un tercero, con la construcción, suya y de aquel, en torno al deber de tolerar los efectos de su ejercicio. No es así del todo, no obstante, ya que esta mixtura está acompañada de una clarificación del fundamento de la proyección hacia otros empresarios del deber de respeto del derecho, que en la STC 75/2010 podía entenderse vinculado a todos los supuestos de subcontratación, por más que una lectura atenta de su contenido indujese a pensar otra cosa.

Para el Tribunal Supremo, que razona a partir de las circunstancias del caso, la clave se encuentra en el hecho de que la relación entre las empresas concernidas “no es una mera relación mercantil”, no solamente porque todas forman parte del mismo grupo y hasta poco tiempo antes eran una sola empresa, sino porque la actividad de los trabajadores del contratista “no es sino la ejecución de parte del ciclo productivo” de dichas empresas, “ahora externalizado”. Una circunstancia que determina la existencia de “una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan servicios en la empresa contratista” y “las empresas principales”, “ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral”. Esta es la razón por la cual, concluirá el supremo tribunal, “la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectada por la actuación de los empresarios principales”.

El criterio implícitamente presente en la STC 75/2010 se ve así expresado claramente y sin matices: el elemento justificante de la extensión de la tutela sustancial del derecho se encuentra en la existencia de una *especial vinculación* entre los trabajadores del contratista y las empresas principales, derivada de la integración de su actividad dentro del ciclo o proceso productivo de estas. Es solo “a mayor abundamiento”³¹ que el Tribunal destaca, como “otra circunstancia” que “torna más intensa la relación entre las citadas empresas”, “la pertenencia a un mismo grupo empresarial”. La sentencia permite, así, cerrar tempranamente el paso tanto a posibles interpretaciones expansivas de este criterio, capaces de dar

31 Como destaca con especial énfasis M. MIÑARO YANINI, op. cit., pág. 118.

lugar a una suerte de universalización de la responsabilidad,³² como a eventuales lecturas restrictivas del mismo, encaminadas a limitar su aplicación exclusivamente a los grupos empresariales.³³

Esta línea de proyección de la tutela sustancial del derecho de huelga encontrará continuidad poco tiempo después a través de la STS de 20 de abril de 2015,³⁴ que la aplicó a un singular supuesto de afectación de la efectividad de su ejercicio producido en el marco de la negociación del período de consultas de un despido colectivo puesto en marcha al interior de un importante grupo de empresas embotelladoras. Las características de este caso difieren de las del anterior, ya que aquí no se produce el recurso a un contratista externo para suplir las tareas de que realizaba una de las empresas del grupo en provecho de las demás, sino a las demás plantas propiedad de las restantes empresas del mismo, que ejecutaban tareas de abastecimiento similares a las de la afectada por la huelga en otros territorios, con el fin de satisfacer la demanda no atendida por la primera debido a la huelga, cosa que nunca había ocurrido antes. A pesar de estas diferencias, el Tribunal Supremo no dudará en calificar la situación creada como constitutiva de un supuesto de “esquirolaje impropio” prohibido por la Constitución, en la medida en que la “minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir” supuso una “vulneración del derecho de huelga”, que privó además “de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el período de consultas”.³⁵

La fórmula grupal adquiere en este caso todo el protagonismo, pero no por la pertenencia sin más a ella de todos los participantes, sino debido a que es utilizada como palanca para la vulneración del derecho. Ello nos remite a una modalidad diferente de realización del esquirolaje ejecutado por un tercero, caracterizada por el empleo de la *intercambiabilidad* de las actividades de las empresas de un mismo grupo para mitigar las consecuencias de una huelga que afecta a una de ellas. Si

32 Vid., alertando sobre ello, A. DESDENTADO BONETE, “¿Una nueva dimensión ...”, cit., págs. 6-7.

33 Cfr. *supra* nota 10.

34 Rec. 354/2014. Conocida como Caso Coca Cola.

35 Sobre esta sentencia, vid. A. DESDENTADO BONETE, “Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 4, págs. 429 y sigs.; E. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 4, págs. 412 y sigs.; y C. MOLINA NAVARRETE, “Despido colectivo y derecho de huelga: la intervención judicial del ‘esquirolaje interno indirecto’”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 2015, núm. 388, págs. 190 y sigs.

la primera de las modalidades detectadas, caracterizada por el recurso a un contratista externo puede presentarse tanto en el seno de un grupo como fuera de él, siempre que existan intensos nexos de subcontratación entre las empresas, esta última solo es capaz de materializarse, como es obvio, tratándose de los primeros.

La noción de especial vinculación volverá a ser utilizada, ahora en sentido negativo, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de noviembre de 2016.³⁶ Esta examina una peculiar demanda por vulneración del derecho de huelga del personal de una empresa dedicada a las actividades auxiliares de montaje, desmontaje y alquiler de andamios, la cual habría sido realizada por la misma durante el período de consultas previo a la introducción de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, al haber procedido a comunicar a sus clientes la imposibilidad de prestarles los servicios contratados durante los días de huelga. Circunstancia ante la cual estos optaron por recurrir a otras empresas dedicadas a la misma actividad. Tan llamativa petición es rechazada por entender que “no existe vinculación que justifique” responsabilizar a la empresa afectada por la huelga “de una conducta en la que no ha participado”. La “condición de clientes” de las referidas empresas, se añade, no determina “ninguna vinculación especial” con la primera “que pueda condicionar la decisión” de aquellas “de contratar trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga”. Consideración a la que se suma, otra vez a mayor abundamiento, el hecho de que las mismas tampoco “forman un grupo de empresas” con la demandada. Todo lo cual determina que se trate de “un caso bien distinto” al contemplado en la primera sentencia de la serie, donde se sostuvo la existencia de una “especial vinculación” entre las sociedades participantes en la vulneración, todas las cuales fueron demandadas.³⁷

Con este contenido, la doctrina sentada por esta sentencia no puede ser interpretada sino como una ratificación del alcance no comprensivo de cualquier relación mercantil entre empresas, sino circunscrito a los casos de existencia de una especial vinculación entre sus actividades, de la tutela extracontractual derecho de huelga.³⁸ Lo confirma el propio Tribunal Supremo al señalar que la apreciación en el caso de una vinculación entre las empresas capaz de justificar este efecto

36 Rec. 591/2016. Caso Altrad.

37 Esta sentencia ha sido comentada por A. DESDENTADO BONETE, “Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad”, *Revista de Información Laboral*, 2017, núm. 2; y J. C. GARCÍA QUIÑONES, “Derecho de huelga y contratación por el cliente de una nueva empresa para la realización del servicio”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, núm. 10, págs. 986 y sigs.

38 Como apunta J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., págs. 295-296.

conduciría a consecuencias “exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga”, en la medida en que llevaría a sostener “que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga del primero, o que la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios”. Algo que, sin pasar por el tamiz del antes criterio apuntado, situaría al derecho de huelga, como se ha dicho, en un lugar donde seguramente no pueda ni deba llegar en una economía de mercado y en un marco constitucional respetuoso de la libertad de empresa.³⁹

La serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el tema se cierra con dos sentencias, ambas de 3 de octubre de 2018,⁴⁰ que examinan casos idénticos entre sí, así como respecto del resuelto por la STS de 25 de febrero de 2015. En ambas sentencias, de textos muy similares, nuestro máximo órgano jurisdiccional parte de apreciar la existencia de una doble vinculación –orgánica y funcional– entre las empresas concernidas, en la medida en que todas forman parte de un mismo grupo empresarial en el que “opera” además un “fenómeno de descentralización productiva” con arreglo al cual los bienes y servicios que colocaban en el mercado “son el producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas” que lo componen. Esta es una constatación que le permite traer a colación un argumento presente ya en la STC 75/2010 y que resulta decisivo para la solución de la controversia: dado que existe una “cierta fragmentación de la actividad empresarial”, la “actuación coordinada” de las demás empresas del grupo “puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas” que lo componen. De lo que deduce la existencia en estos casos “una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos”. Y, en particular, del derecho de huelga. En concreto, afirma, que “en empresas vinculadas por fenómenos de descentralización productiva”, “pesa sobre el grupo que funciona como una organización productiva y/o comercial”, “el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental que ejerza cualquier colectivo de trabajadores de empresas pertenecientes al grupo”. Deber que se vulneró a través de la “radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo”, que “vació de contenido” el derecho.

Como puede apreciarse, el fundamento de la proyección del derecho de huelga tampoco radica aquí en el hecho en sí de la existencia de un grupo empresarial o en la pertenencia sin más a este de las empresas involucradas. Antes bien, la clave

39 Dicho con palabras, nuevamente, de J. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 295.

40 Recs. 3365/2016 y 1147/2017. Casos Grupo Zeta y ABC Sevilla.

se encuentra, aquí también, en la “dinámica de funcionamiento coordinado” o en el “funcionamiento como una organización productiva y/o comercial”, por citar palabras empleadas por el Tribunal en otros pasajes de las dos sentencias, existente entre quienes lo integran.⁴¹ Si acaso, lo que distingue a estas sentencias de sus precedentes es el énfasis que ponen en destacar la relevancia que tiene, a los efectos de fundamentar la existencia de esa conexión, el hecho de que esta tenga lugar dentro de un grupo, donde el control societario puede actuar como un eficaz instrumento para garantizar el funcionamiento coordinado de las actividades de las empresas. De esto no parece que pueda deducirse, sin embargo, una sustitución del criterio de la vinculación funcional entre los procesos productivos por otro exclusivamente orgánico. Ni tampoco la limitación de la aplicación del primero al solo espacio de los grupos de empresas.⁴² Sí, en todo caso, la acotación de un importante elemento que está en condiciones de facilitar la prueba de esa especial vinculación e incluso de dar lugar a una suerte de presunción de su existencia.

Desde este punto de vista, la doctrina sentada por estas dos importantes sentencias puede ser considerada representativa de un paso más en la delimitación de los alcances de la noción de especial vinculación que justifica la proyección de la tutela del derecho de huelga dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tanto en lo relativo a la relevancia que adquiere para su detección el hecho de que la conexión entre las actividades de las empresas se produzca en el seno de

41 Quedan así despejadas las dudas que pudo generar en su día el Auto del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2017 (Rec. 412/2013), al utilizar como argumento fundamental para rechazar la existencia de contradicción entre lo resuelto por la STSJ de Andalucía de 14 de enero de 2016 (Rec. 2662/2015) y la doctrina sentada por la STS de 11 de febrero de 2015 el hecho de que en el primer caso se tratase de “empresas usuarias” de un servicio municipal mientras que en el segundo existía “una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas y las empresas que contrataron los servicios”, ya que todas “pertenecían al mismo grupo empresarial”. Una afirmación que conduciría a J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., pág. 190, a indicar que este auto “permite llegar a la conclusión de que el criterio establecido en Pressprint únicamente resulta aplicable en el ámbito del grupo y no en las restantes formas de externalización”.

42 En una línea más escéptica y a la vez crítica se sitúa J. B. VIVERO SERRANO, “Derecho de huelga y descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 48, pág. 84, cuando indica que “parece que para el alto tribunal (...) la especial vinculación entre los trabajadores huelguistas y determinados empresarios formalmente no empleadores de los mismos solo podría darse en el seno de los grupos de empresas con descentralización productiva de por medio (o quizá también sin ella, según las circunstancias del caso concreto, cabría pensar) y no así en los demás escenarios de descentralización productiva (...) o en otros fenómenos de redes de empresas, sin grupos de sociedades de por medio”. Un planteamiento más abierto y posibilista, de acuerdo con el cual no existe una línea divisoria simple basada solo en el hecho de que la descentralización se lleve a cabo dentro o fuera del grupo, sino una amplia gama de posibilidades, que exige “ahondar más en el casuismo” en los “casos de mera externalización del servicio”, en J. CABEZA PEREIRO et. alt., “Comentario de jurisprudencia del TS. Cuarto trimestre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, 2019, núm. 85, págs. 188-189.

un grupo, como respecto de lo que las propias sentencias denominan “empresas independientes”, que no tienen otro vínculo “salvo el contrato mercantil”, siendo tan importante lo primero como lo segundo. De hecho, ambas sentencias inician su argumentación citando casos, como el de la referida STS de 11 de noviembre de 2016, en los que se niega la existencia de vulneración del derecho de huelga por entender que las empresas mantienen exclusivamente relaciones de ese tipo.⁴³ Luego de lo cual realizan una afirmación que resulta capital: en ellos los nexos interempresariales “se limitan a la vertiente estrictamente mercantil”, no estando las empresas “condicionadas, en modo alguno, por estrategias conjuntas de producción, comerciales o de otro tipo”, como ha de ocurrir para justificar este efecto.

III. Un intento de reconstrucción: la afirmación de una posición patronal instrumental a los efectos de la garantía del derecho de huelga

La reseña que se acaba de realizar permite apreciar que todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo traídos a colación se caracterizan por llevar a cabo una aproximación pragmática a la tutela del derecho de huelga en los escenarios de fragmentación productiva. Lo que en ellos interesa es dar una protección adecuada al mismo, poniendo freno a las conductas de sujetos distintos del empleador capaces de vaciar de contenido su ejercicio. De allí que se conformen con afirmar el carácter fundamental de este derecho y establecer que ha sido vulnerado por un agente externo, normalmente a partir de la determinación de la estrecha relación existente entre las tareas desatendidas por esos trabajadores y el proceso global de producción controlado por el mismo.⁴⁴

Este pragmatismo jurisprudencial, “relativamente despreocupado por el replanteamiento conceptual de la figura del empresario laboral”,⁴⁵ como pudiera pensarse que debería ocurrir dada la proyección hacia terceros de deberes que en principio corresponden a este último, hunde sus raíces en el fundamento de esa proyección. No es difícil advertir, en este sentido, que este se sitúa fuera del contrato de trabajo, en la medida en que no se apoya, ni en la existencia de un

43 El Tribunal Supremo alude también a sus sentencias de 23 de enero de 2017 (Rec. 60/2016, Caso Telefónica) y 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017, Caso Indra), en las que potencial vulneración del derecho de huelga se examina desde una perspectiva diferente. Habrá ocasión de hacer alusión a ellas más adelante.

44 Como apunta J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 302.

45 Sobre el cual llama la atención, nuevamente, J. B. VIVERO SERRANO, loc. cit.

grupo de empresas fraudulento o una cesión ilícita de trabajadores, como hubiera sido necesario para afirmar la presencia de una posición patronal única, ni en el ejercicio en común o repartido de los poderes propios de la condición de empleador, como se requeriría para estar en condiciones de hablar de la existencia de una posición patronal plural o compartida.⁴⁶ Antes bien, según se ha visto, la atribución de esos deberes a otros empresarios hunde sus raíces en la dinámica de integración económica y funcional presente en buena parte de los fenómenos de fragmentación empresarial hoy en auge. Una integración a partir de la cual nuestros tribunales entienden que emerge un deber de respeto en cabeza del sujeto o los sujetos que se sitúan en el vértice del consiguiente proceso productivo global.

Esta atribución de deberes del empleador a sujetos distintos, basada en criterios funcionales ajenos a la imputación de esa condición, conlleva la creación por nuestra jurisprudencia de una *posición patronal instrumental, artificial o putativa* en cabeza de los mismos, vinculada exclusivamente a la garantía del derecho de huelga. Esta es una posibilidad que existe cada vez que, en relación con un particular efecto jurídico y una situación concreta, sea necesario, por razones de garantía de los derechos fundamentales asociados a la tutela del trabajo asalariado, extender su aplicación a un sujeto diferente del empleador *strictu sensu*, pero intensamente relacionado con él.⁴⁷ Es decir, cuando, más allá de las diferencias formales, de la posición en la que se sitúa un tercero respecto de un concreto grupo o categoría de trabajadores “emerge la misma exigencia de tutela” que caracteriza a esta modalidad de trabajo.⁴⁸ Este tratamiento como empleador a un solo efecto a quien no lo es,⁴⁹ del que nuestra experiencia registra algún importante ejemplo,⁵⁰

40

46 Una tesis distinta, más próxima a este planteamiento, es la sustentada por M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Derechos fundamentales ...”, cit., pág. 158. En una dirección similar, vid. también J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El derecho de huelga ...”, cit., pág. 200.

47 Vid. L. NOGLER, “Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro”, y W. SANGUINETI RAYMOND, “El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales”, ambos en W. SANGUINETI RAYMOND y J. B. VIVERO SERRANO (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*, Granada, Ed. Comares, 2018, págs. 104-105 y 148-149, respectivamente.

48 L. NOGLER, op. cit., pág. 105.

49 Sobre el que llama la atención R. GUTIERREZ ARRANZ, “La consideración de McDonald’s por la Administración Laboral de EE.UU. como empresario de sus franquiciados. Su reflejo en las relaciones triangulares en España”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, núm. 187, pág. 190, respecto de la posición mantenida sobre esta cuestión por la jurisprudencia administrativa norteamericana.

50 Se trata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, a través del cual se extiende la responsabilidad por la obligaciones de carácter retributivo y provisional del titular de la relación de trabajo al “empresario principal” que haya contratado o subcontratado con otro la realización de obras o servicios correspondientes a su “propia actividad”, aunque sometiéndola a un régimen especial que

ha sido puesto en marcha entre nosotros por la jurisprudencia sin mediación legislativa alguna, en base a la aplicación directa de la Constitución, como expresión de la fuerza vinculante y el efecto inmediato de sus mandatos.

La determinación de la existencia de esta posición patronal instrumental, que no se integra ni se superpone a la del empleador formal, sino que opera con independencia de ella, permite llevar a cabo una reconstrucción de conjunto, es decir más allá de los casos concretos examinados por nuestros tribunales, del fundamento, los alcances y el contenido de la novedosa garantía extracontractual del derecho de huelga que a través de ella se crea. Cosa que no se ha intentado hasta el momento sino de manera fragmentaria. Las páginas finales de este estudio están dedicadas a este cometido.

A. La “especial vinculación” entre los trabajadores que ejercen el derecho y el proceso productivo global liderado por otro empresario como fundamento y límite de su proyección a los grupos y las redes empresariales

Como todo derecho fundamental, el de huelga impone un deber negativo de respeto, abstención o tolerancia que se proyecta sobre todos los que puedan entrar en contacto con él. Este deber, sin embargo, adquiere una particular intensidad tratándose del empleador, al que las normas de garantía del derecho suelen colocar en una *especial situación jurídica de subordinación*, que lo obliga a tolerar la incidencia que el ejercicio de este pueda tener sobre su esfera jurídica, pasando por la situación de suspensión unilateral de la relación de trabajo en la que se colocan los trabajadores y soportando los efectos negativos que pueda ocasionarle, sin posibilidad de adoptar represalias por su realización. Algo que no ocurre con otros sujetos, que no resultan especialmente obligados. La razón por la cual se atribuye al empleador esta singular posición guarda relación con su doble condición de contraparte de la relación de trabajo y titular de la organización productiva en la que se realizan las labores y sobre la que recaen las consecuencias del comportamiento huelguístico.⁵¹

precisa su carácter solidario y la supedita al incumplimiento previo de quien contrató a los trabajadores.

51 Vid., con mayor amplitud, J. L. MONEREO PÉREZ y P. G. ORTEGA LOZANO, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2019, pág. 237-238, cuyas ideas recoge de forma sintética este párrafo.

La construcción de una posición patronal instrumental a los efectos de la protección del derecho de huelga conlleva la extrapolación de esa situación jurídica de subordinación a sujetos que no comparten ninguno de los elementos que la fundamentan, toda vez que, ni son contraparte de la relación de trabajo, ni ostentan la titularidad de la organización productiva en el marco de la cual se produce la paralización de las tareas. ¿Cuál puede ser, entonces, la razón de esta proyección? La respuesta se encuentra, como ocurre cada vez que se procede a la creación de esta clase de posiciones, en la comprobación de la existencia una situación formalmente distinta de la que identifica al empleador, pero materialmente muy próxima a esta, en relación con la cual es preciso ofrecer una protección equivalente al derecho.

El conjunto de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo que hemos podido examinar en el apartado anterior permite apreciar cómo la proyección a terceros de la tutela sustancial del derecho de huelga tiene como *presupuesto material* la existencia de lo que el segundo denomina una especial vinculación entre las tareas que corresponden a los trabajadores participantes en la medida de presión y el proceso productivo global liderado por la empresa cuyas necesidades atiende aquella para la que prestan servicios, normalmente como resultado de la adopción por parte de la primera de una estrategia de descentralización productiva con mantenimiento del control sobre el conjunto. Es decir, la presencia de un “un ciclo productivo global dominado por un empresario líder o hegemónico”,⁵² del que dichas tareas no son sino un componente más. De esta inserción de los trabajadores que ejercen el derecho en un proceso productivo fragmentado en prestaciones desarrolladas por sujetos distintos pero sujeto a la influencia decisiva de uno de ellos, se desprenden dos consecuencias que sirven de *fundamento causal* para la extensión de la especial situación jurídica de subordinación hacia el empresario que se sitúa en la referida posición de liderazgo.

La primera tiene que ver con la posibilidad de que el empresario principal o líder, que puede sufrir de forma refleja el impacto del paro, haga uso de los poderes asociados a su posición nuclear para anularlo o reducirlo, recurriendo a las demás empresas que participan en el proceso global o a terceros. Dicho empresario se sitúa, así, en una posición a partir de la cual no solo puede tener un interés objetivo de hacer frente al ejercicio del derecho, sino que dispone de medios particularmente incisivos para hacerlo, como se dijo en su momento. Esta posibilidad adquiere un relieve especial para la tutela del derecho de huelga debi-

52 En la síntesis propuesta por J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 296.

do al alto grado de integración existente en estos casos entre las actividades de la empresa para la que prestan servicios los trabajadores que recurren al derecho y la que ejerce el liderazgo sobre el proceso productivo, en la medida en que esta integración determina que las condiciones conforme a las cuales prestan su trabajo esos trabajadores no dependan solo del empresario que dirige sus labores, como ocurre de ordinario, sino también –y principalmente– de aquel al que este sirve. El daño que pueda causar el paro al primero es en estos casos por definición ineficaz, ya que sus márgenes de maniobra dentro del conflicto están decisivamente condicionados por los vínculos económicos y productivos –de subordinación por lo general– que mantiene con la empresa principal o líder. En estos casos el único modo de garantizar que la huelga continúe cumpliendo la misión de tutela de los intereses de los trabajadores que la Constitución le encomienda es asegurando su eficacia en el espacio del entero ciclo productivo, mediante la extensión de los deberes propios del empleador a quien se sitúa al frente de él.

La existencia de un vínculo estructural entre las actividades de las empresas afectadas directa e indirectamente por la huelga y el control o la influencia dominante por una del proceso global de producción constituyen, así, tanto el fundamento como el límite de la proyección de la tutela del derecho de huelga.⁵³ Fuera de ella quedan, pues, las hipótesis de colaboración ocasional o esporádica entre empresarios, a las que se ha hecho alusión en otros pasajes de este estudio. Aunque la huelga sea capaz de tener aquí también un efecto reflejo sobre las actividades de otros empresarios, la inexistencia del referido nexo funcional y la autonomía económica y productiva de quien la padece de forma directa, permiten entender que esta se dirige a ejercer presión únicamente sobre él y no sobre los demás, que ninguna influencia están en condiciones de tener sobre la solución del conflicto, siendo el hecho de estos opten por sustituir las prestaciones dejadas de realizar una medida que causa daño y ejerce presión esencialmente sobre el primero.⁵⁴ El derecho preserva con ello su espacio natural de eficacia.

La de especial vinculación es, en consecuencia, una noción asociada solamente a las relaciones entre empresarios caracterizadas por la presencia de intensos lazos funcionales y una acusada verticalidad. De allí que, como muestran los casos vistos por nuestra jurisprudencia, tenga en los *grupos de empresas jerárquicos o por subordinación* y en las *redes empresariales hegemónicas o asimétricas*⁵⁵ su ámbito de

53 Vid. igualmente J. B. VIVERO SERRANO, loc. cit.

54 Conforme destaca J. M. MARÍN CORREA, “Los ‘terceros ...’”, cit.

55 Vid., con referencia a ambos supuestos, J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., págs. 296-298. Sobre el primero, caracterizado por la presencia de dirección unitaria y relaciones de control dentro del

aplicación. Más allá de sus diferencias, estas son fórmulas de cooperación interempresarial en las que pueden concurrir los dos elementos diferenciales que actúan como fundamento material para transposición de la garantía de la que venimos tratando: a) un elevado grado de integración entre las actividades de las empresas afectadas; y b) el sometimiento de todas al control o la influencia dominante de una, ejercida por medios corporativos o a través de resortes contractuales o incluso de hecho, con base especialmente en la dependencia económica.⁵⁶ Estos conglomerados, conformados por empresas de distinta dimensión que contribuyen al desarrollo del ciclo productivo conducido por la que se sitúa en su vértice, guardan una llamativa proximidad con el modelo de empresa unitaria, vertical y jerárquica, dado el estrangulamiento de la autonomía económica y de decisión de sus miembros que conllevan.⁵⁷ De hecho, lo que su formación permite es integrar en un proceso sometido a la capacidad decisoria de la empresa que los encabeza las prestaciones de los trabajadores de las demás mediante el empleo de instrumentos distintos del poder de dirección. Es decir, superar los inconvenientes del modelo de integración horizontal de los procesos productivos basado en la colaboración de entidades formalmente independientes, garantizándose a pesar de ello resultados similares a los propios del tradicional modelo de integración vertical fundado en el uso del referido poder. De allí que tenga sentido extenderles, desde bases constitucionales, las garantías del derecho de huelga.

44

Frente a lo indicado, se ha defendido la limitación de la aplicación de la garantía objeto de examen exclusivamente a los grupos de empresas en los que se registre un fenómeno de coordinación como los descritos, alegándose tanto la falta de refrendo jurisprudencial de su extensión a las redes empresariales como la necesidad de una decisión legislativa que la establezca.⁵⁸ Añadiéndose que esta suerte de “solución intermedia”, mediante la cual “se otorga prioridad a la huelga solo en

grupo, vid. J. M. EMBID IRUJO, *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003. Respecto de las redes que conforman el segundo, identificadas por el sometimiento de todas las empresas a la influencia dominante de una de ellas, permítaseme otra vez la remisión a *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 28-32.

56 Como destaca C. GOMEZ ASCENCIO, *El deber de lealtad en las redes empresariales: los interproveedores*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2018, págs. 44-45, en estos casos nos encontramos ante “una situación de superioridad organizativa o estratégica en la que un cabeza de red ejerce”, de facto, “su influencia sobre la gestión, organización y gobierno de la actividad de la red”

57 Así, singularmente en relación con las redes asimétricas, I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di impresa: profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2014, pág. 37.

58 Vid. J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, cit., págs. 194-195, y J. LAHERA FORTEZA, “Hacia un nuevo modelo ...”, cit., págs. 310-311, en este caso reconociendo que los mismos argumentos “pueden ser proyectados en las redes de empresas, con la misma conclusión de la prohibición de subcontratar”.

los grupos” manteniéndose la “libertad de contratación en el resto de supuestos”, constituiría una respuesta equilibrada de nuestra jurisprudencia al conflicto que entre el derecho de huelga y la libertad de empresa existe en estos casos.⁵⁹

Basta recordar las reseñas efectuadas en el apartado anterior, no obstante, para advertir, antes que nada, que precisamente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que marcó el camino que siguieron luego las decisiones del Tribunal Supremo –la STC 75/2010– estuvo referido a un caso que encaja a la perfección dentro de las características que identifican a una red de empresas hegemónica o asimétrica, sin que hubiese un grupo de por medio. A lo que debe añadirse que todas y cada una de dichas sentencias la determinación de la existencia de la lesión reposa sobre una doble batería de argumentos, uno de orden material, relacionado con la existencia de estrechos lazos entre los procesos productivos de las empresas implicadas, y otro de alcance jurídico, vinculado con la determinación de su pertenencia a un grupo de sociedades, pero sin que ambos se sitúen en pie de igualdad. Antes bien, como se puso de manifiesto entonces, la causa que justifica la extensión de la tutela del derecho de huelga se encuentra siempre en la presencia de un elevado grado de integración económica y productiva entre las actividades de las empresas, en línea con lo apuntado por el Tribunal Constitucional, operando la referencia a la pertenencia al mismo grupo como un elemento adicional y coadyuvante, capaz de reforzar esa conclusión, antes que como un presupuesto o requisito para la misma.⁶⁰ Y menos aún como una situación que permita llegar a esa conclusión al margen del primero. Tanto es así que puede afirmarse, como se ha hecho, que resulta en el fondo intrascendente para la calificación del supuesto de hecho. E incluso generador de confusión.⁶¹

¿Cuál podría ser entonces la razón para limitar la aplicación de tutela del derecho a los grupos en los que opera un fenómeno de descentralización productiva, negándola a las redes empresariales con un elevado grado de integración y relacio-

59 J. LAHERA FORTEZA, op. cit., pág. 311.

60 Vid. C. GÓMEZ ASCENCIO y A. ESCRIBÁ PÉREZ, “Derecho de huelga y esquirolaje en las redes empresariales”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, núm. 227, págs. 6-7 de la versión digital, agregando que la pertenencia a un grupo “simplemente refiere al instrumento escogido por las partes, de entre varios posibles (...), para instrumentalizar la estructura de organización empresarial subyacente, caracterizada por la existencia de una vinculación entre la actividad productiva de las empresas que la conforman”.

61 Nuevamente, C. GÓMEZ ASCENCIO y A. ESCRIBÁ PÉREZ, op. cit., págs. 7 y 10-11, añadiendo que “la existencia de un grupo societario identifica la existencia de una dirección unitaria y, en su caso, control de una sociedad sobre el resto de sociedades (...), pero este es un elemento meramente societario, que en ningún caso presupone la existencia de una vinculación entre la actividad productiva de las empresas que lo conforman”.

nes igualmente asimétricas? No parece que pueda serlo la ausencia de una voluntad legislativa expresa, que tampoco existe en el primer caso, sin que ello provoque similares objeciones. Tampoco una supuesta falta de refrendo jurisprudencial, que no parece ser tal a la luz de los antecedentes apuntados. Ni siquiera la necesidad de ponderar de manera adecuada los derechos en conflicto, que no parece que pueda consistir en admitir la vulneración del derecho de huelga en un caso y no en el otro en función de un elemento a fin de cuentas adjetivo, como es el mecanismo a través del cual se gestiona la integración de las actividades productivas. Más aún cuando, según vimos, desde la propia STC 11/1981 cabe entender que el derecho de huelga comprende, dada su función, la facultad de limitar el uso en clave defensiva de los poderes empresariales.⁶² No parece existir, pues, motivo alguno —como no sea el temor a una inmoderada aplicación de esta garantía— que pueda servir de fundamento para dar un trato distinto a conductas que, aún proviniendo de ámbitos organizativos diferentes, tienen el mismo efecto destructivo sobre el derecho y cuya ilicitud descende en la misma medida de la aplicación directa del texto constitucional.

En consecuencia, la clave para determinar si se encuentra justificada o no la proyección hacia terceros del deber cualificado de respeto del derecho de huelga se encuentra, como se dejó apuntado, en la singular combinación de integración productiva y falta de autonomía económica y de decisión del empresario afectado por la huelga, que se ve constreñido a actuar como una pieza de una estrategia empresarial decidida por otro. Esta es una situación que puede ser apreciada con claridad en el caso de los grupos empresariales dentro de los cuales opera un fenómeno de descentralización productiva, donde esa subordinación viene impuesta a partir de los vínculos societarios existentes entre las empresas, al extremo de poder presumir su existencia en estos casos. No parece que la existencia de una situación análoga pueda ser negada, sin embargo, ya que tiene el mismo fundamento y sus consecuencias sobre el derecho de huelga son similares, cuando tenga su origen en estipulaciones contractuales o incluso de una mera situación de hecho, derivada entre otros factores de la dependencia económica, como ocurre en el caso de las redes empresariales hegemónicas o asimétricas.

Lo que ocurre es que aquí, al no existir un nexo corporativo entre las empresas, resultará necesario detectar la presencia de indicios o elementos de juicio que permitan inferir la dependencia del empresario participante en el sistema de

62 De forma que el problema del nexo entre este derecho y la libertad de empresa es enfocado como uno de delimitación de sus respectivos contenidos antes que de conflicto entre ellos, como destacaría J. MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, pág. 183.

cooperación respecto de las decisiones de quien se sitúa al frente del mismo. Entre ellos, en particular, los siguientes: a) la presencia de una vinculación económica y productiva estable o regular entre ambos empresarios, en vez de esporádica y ocasional; b) la integración de la actividad del empresario colaborados como una parte, fase o etapa del ciclo productivo globalmente controlado por el comitente; c) la existencia de una situación de monocomitencia o la importancia crucial para la empresa colaboradora de la actividad contratada; o d) el hecho de que la huelga afecte de manera principal o nuclear a la actividad de la empresa principal.⁶³

En los casos de mera externalización de tareas o actividades es necesario, por tanto, ahondar en el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso, para discriminar, en función de ellas, las conductas lesivas del derecho fundamental de las que no lo son.⁶⁴

B. Contenido de la posición patronal instrumental

Tan relevante como establecer las hipótesis a las que es aplicable, es determinar el contenido de la posición especial de subordinación frente al ejercicio del derecho de huelga en la que se colocan otros empresarios distintos del que emplea a los huelguistas por aplicación directa del mandato constitucional. Como veremos a continuación, esta posición está en condiciones de incluir, al lado de los deberes de contenido singular que han venido siendo declarados por nuestros tribunales, también a aquellos otros que resulten indispensables para ofrecer una adecuada tutela al derecho en situaciones como las contempladas. Y muy singularmente los relacionados con la solución del conflicto. A la vez, sin embargo, determina el surgimiento de obligaciones y cargas que en estos casos graban de forma correlativa a los huelguistas.

a. La garantía de indemnidad

Presente desde el inicio de la serie a través de la STC 75/2010, la garantía de indemnidad constituye la primera y más genuina manifestación de la proyección de la protección del derecho de huelga más allá del contrato de trabajo. A través de ella busca evitar que no solo el empresario que padece directamente los efectos

63 Todo ello, por supuesto, no medido en abstracto, respecto del conjunto de las actividades de las empresas, sino en concreto, en relación con las actividades o tareas a las que se ciñe el conflicto.

64 Como anotan J. CABEZA PEREIRO el alt., “Comentario de jurisprudencia ...”, cit., pág. 189.

adversos de la medida de presión, sino también aquellos otros que los sufren de forma refleja pero tanto o más relevante debido a los estrechos lazos económicos productivos que mantienen con el primero, adopten decisiones que supongan represalias u ocasionen perjuicios a los trabajadores por causa del ejercicio del derecho. Esta es, empero, como lo demuestra el intenso debate generado en torno al supuesto examinado por la sentencia recién referida,⁶⁵ una necesidad de tutela bastante más fácil de comprender que de instrumentalizar jurídicamente.

La razón salta a la vista: mientras en el caso del empleador de los huelguistas la vulneración está en condiciones de producirse mediante un medida capaz de tener un impacto negativo directo sobre su posición como trabajadores por razón del ejercicio del derecho; tratándose de los empresarios que soportan indirectamente las consecuencias de una huelga esa vulneración tendrá su origen en una decisión adoptada en el plano mercantil, cuya incidencia sobre la posición de los mismos será en todo caso inducida o refleja, por lo general como resultado de la intensidad de los lazos existentes entre sus tareas y el proceso productivo global liderado por el empresario que pone en marcha la medida. Es la diferencia entre un despido impuesto como sanción luego de una huelga y la cancelación por ese motivo de la contrata de una empresa integrada en un grupo o una red, que actúa como presupuesto para la extinción de los contratos de los trabajadores integrados en ella. En el primer caso se trata de una medida que tiene una repercusión directa sobre el contrato de trabajo, en tanto que en el segundo nos situamos delante de una actuación externa a él, que requiere del complemento de una decisión del empleador para desplegar consecuencias desfavorables sobre los trabajadores. Esta diferencia es capaz de ocasionar al menos dos tipos de problemas.

48

El primero es uno de valoración de la medida como una auténtica represalia por el ejercicio del derecho. Si esta es una cuestión que puede plantear dificultades tratándose del empleador, al encontrarse por lo general los actos de retorsión formalmente asociados a causas distintas, estas dificultades se incrementan cuando se trata de actuaciones de carácter mercantil ejecutadas por un tercero. Dada su desvinculación respecto del contrato de trabajo, la decisión de poner fin a la contrata o modificar desfavorablemente sus términos podría ser interpretada en casos como estos como una actuación encaminada a limitar el impacto de una controversia laboral con la que no se tiene relación, antes que como un acto de retorsión.⁶⁶ Conviene no perder de vista, no obstante, que en las hipótesis aquí

65 Respecto del cual se remite a *supra* nota 28.

66 En este sentido, respecto del supuesto examinado por la STC 75/2010, A. DESDENTADO BONETE, “Ecos de Samoa ...”, cit., nota 6.

consideradas la posición del empresario que actuaría como un tercero no es la misma que la de cualquier cliente, dada la especial vinculación existente entre los trabajadores en huelga y su proceso productivo. Una circunstancia que, como hemos visto, permite entender que la medida de lucha se dirige a ejercer presión también sobre él y que tiene un interés incluso mayor en reprimirlo. La sospecha de la existencia de un nexo de causalidad entre el ejercicio del derecho y la reacción empresarial emerge, en virtud de ello, de la propia sustancia de los hechos en estos casos. De allí que la cancelación de la relación mercantil o la minoración de los encargos deberán ser consideradas como acciones vulneradoras del derecho de huelga cuando afecten a empresas que se encuentren igualmente obligadas a soportar sus consecuencias según los criterios expuestos y no existan indicios suficientes de que obedecen a razones distintas, capaces de alejar esa sospecha. Entre ellos, especialmente la presencia de motivos técnicos y organizativos no asociados al daño sufrido que expliquen la decisión adoptada.

Ahora bien, establecida la existencia de un acto de represalia del empresario que se sitúa al frente del proceso productivo global, queda aún por determinar si la lesión del derecho ha de ser imputada exclusivamente a este o debe serlo también al empresario que ocupa la posición de empleador respecto de los huelguistas, que es quien procede luego a extinguir los contratos de estos o empeorar sus condiciones. Por supuesto, solo si es posible establecer que nos encontramos delante de un comportamiento de naturaleza compleja, en cuya realización participaron tanto el empresario principal o líder del grupo como el que desempeña el rol de empleador, bien como una sanción adoptada en dos actos y de común acuerdo por ambos, o bien como una reacción inducida o impuesta por el primero a través de los resortes derivados del sometimiento a una dirección unitaria o la dependencia económica, será posible que la lesión pueda ser imputada a ambos. Por el contrario, de no existir elementos de juicio para ello, no habrá más remedio que atribuir la lesión al solo empresario que por fuera del contrato de trabajo precipita el despido o la minoración de las condiciones de quienes realizaron la huelga. Esto supone que la imputación de la lesión a los dos empresarios se limita a los casos en que pueda apreciarse un concierto de voluntades, bien libremente asumido o bien inducido o impuesto por uno de ellos a través de cauces corporativos, contractuales o incluso de facto. Una situación que debe presumirse cuando se esté delante de grupos de sociedades jerárquicos y redes empresariales asimétricas, caracterizados por la existencia de muy estrechos márgenes de gestión laboral autónoma de quienes los integran.⁶⁷

67 Este parece ser el razonamiento subyacente a la indicación que hace el Tribunal Constitucional en su

Las consecuencias de cada una de estas situaciones sobre la responsabilidad de los empresarios son muy distintas. En el supuesto, ciertamente excepcional, de que la lesión sea imputable solo al empresario líder del grupo o la red, la reparación de los efectos negativos de la decisión de carácter mercantil en la que se concreta solo será posible por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, sin que quepa extenderla a las consecuencias de la decisión perjudicial adoptada luego por el empleador.⁶⁸ En cambio, de imputarse la vulneración a ambos, como ocurrirá de ordinario en hipótesis como las aquí consideradas, cabrá atribuirles la responsabilidad de reparar sus consecuencias de forma solidaria,⁶⁹ con posibilidad que esta tenga repercusiones tanto en el plano laboral como en el mercantil, determinando la nulidad de los actos que causaron el daño o dando lugar al abono de las correspondientes indemnizaciones, de no ser posible el restablecimiento de la situación precedente.⁷⁰

b. El deber de soportar los efectos del ejercicio del derecho

La reconstrucción del proceso de elaboración jurisprudencial de esta garantía realizada en las páginas precedentes nos ha permitido apreciar con claridad su contenido y alcances. Solo interesa remarcar aquí que la nómina de los actos en los que se concreta su vulneración, para los que, como hemos visto, se ha acuñado el nombre de *esquirolaje decidido por un tercero*, comprende tanto el recurso a contratistas externos como a las restantes empresas pertenecientes al mismo grupo o red, a los efectos de eludir o recortar el impacto indirecto o reflejo de una paralización realizada por el personal de una empresa con la que la entidad que lo pone en marcha mantiene una especial vinculación, medida en términos de integración

50

Sentencia 75/2010 en el sentido de que el impacto negativo sobre el derecho de huelga del recurrente “se produce por una decisión empresarial en el marco de su contrato de trabajo pero determinada por la confluencia de dos voluntades en el marco del contrato mercantil”.

68 Vid., en la misma dirección, respecto del supuesto examinado por la sentencia referida en la nota precedente, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “El derecho de huelga ...”, cit., pág. 206, añadiendo que entonces el despido “no podría calificarse como nulo sino como procedente o improcedente”.

69 A. ESTEVE-SEGARRA, *Puntos críticos del tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 40.

70 En una línea próxima a esta se mueve la STC 75/2010, aunque limitando las consecuencias de la responsabilidad solidaria al plano laboral, mediante la declaración de nulidad del despido adoptado luego de la rescisión de la contrata, cuyas consecuencias se difieren a la fase de ejecución de la sentencia por la jurisdicción social, con posibilidad de sustitución de la obligación de readmitir por el abono de una indemnización. Para un desarrollo de los alcances de esta opción, vid. A. ESTEVE-SEGARRA, op. cit., págs. 39-41.

productiva y estrangulamiento de su poder de decisión. A lo que debe añadirse que las secuelas negativas de la conducta sobre el derecho deben ser valoradas en términos de reducción del efecto coactivo y la capacidad de presión de la huelga, medida bien en términos de reducción de sus efectos económicos o bien en términos de limitación de su visibilidad e impacto exterior.⁷¹

A diferencia de lo que sucede tratándose de la garantía de indemnidad, el establecimiento de la existencia de una vulneración del derecho no presenta en estos casos especiales dificultades.⁷² Esta requerirá la presencia de un comportamiento, adoptado por un empresario distinto del que da empleo a los huelguistas pero estrechamente vinculado a él, que suponga una objetiva anulación o una merma de las secuelas inducidas que la paralización de labores pueda tener sobre sus actividades o proceso productivo. Sin que haya que realizar valoración alguna en términos de intenciones,⁷³ al tener la conducta una repercusión negativa directa sobre el derecho. ¿Cómo distinguir estas actuaciones del uso legítimo de los poderes de libre organización del proceso productivo y contratación de terceros, que resulta posible incluso durante una huelga y con el que pueden confundirse? La solución radica en prestar atención a la regularidad del empleo de esos poderes. Desde este punto de vista, el recurso a terceros contratistas o a otras empresas del grupo o la red será legítimo si no se aparta de la pauta seguida en situaciones no conflictivas; mientras que no lo será cuando se haya visto alterado con ocasión de una huelga.⁷⁴ El empleo de “cauces inusuales” para la satisfacción de las necesi-

71 Este criterio, sentado como se dejó dicho en *supra* nota 20, por la STC 33/2011, ha sido aplicado luego por el Tribunal Supremo a los tres casos emblemáticos en los que esta forma de esquirolaje afectó a la impresión de prensa escrita (la STS de 11 de febrero de 2015 y las dos SSTs de 3 de octubre de 2018).

72 Antes bien, como apunta J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 292, en el fondo se trata de un “fenómeno relativamente fácil de determinar en los terrenos fáctico y jurídico”.

73 Como resalta C. MOLINA NAVARRETE, “Despido colectivo ...”, cit., pág. 193, respecto del supuesto contemplado por la STS de 20 de abril de 2015.

74 Sobre este criterio, aplicable también a la sustitución indirecta de huelguistas por el empleador, vid. “La tutela sustancial ...”, cit., pág. 26 y la bibliografía citada en la nota 59. Este canon parece estar en la base de lo resuelto por la STS de 13 de julio de 2017 (Rec. 25/2017, Caso Indra), en la que el desvío de las llamadas originalmente asignadas a un contratista afectado por una huelga hacia otras empresas realizado automáticamente por una aplicación utilizada por la principal, fue considerado lícito por tratarse del “sistema habitual de redistribución de llamadas” y venir “operando con carácter previo a la huelga del contratista”. No está demás apuntar, con todo, que, aunque dicho sistema se basara ya en funcionamiento, los desvíos de llamadas realizados por el algoritmo en el que se basa fueron posteriores, siendo su efecto último igualmente la sustitución de la prestación de los huelguistas, que es un resultado prohibido cuando nos encontramos ante empresas entre las que existe, como parecería ser el caso, una especial vinculación. Debiéndose añadir que la empresa principal, titular del sistema, no fue demandada. Sobre esta sentencia, vid. A. ESTEVE-SEGARRA,

dades no atendidas a causa de la huelga o la “radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado” entre las empresas, por utilizar dos expresiones acuñadas por el Tribunal Supremo,⁷⁵ se convierten aquí, de tal forma, en el factor determinante de la presencia de la lesión.

Ahora bien, con estos caracteres, no parece que pueda ponerse en duda que la conducta contraria al derecho, así como la responsabilidad por esta, deben ser imputadas exclusivamente a quien la realiza. Es decir, al empresario principal, a la empresa líder del grupo o a las demás que lo integran, si actuaron de consuno. Sin que exista título jurídico alguno, como no sea la connivencia o la existencia de fraude o abuso de la personalidad jurídica, para su extensión al empleador de los huelguistas, en principio extraño al esquirolaje realizado por un empresario distinto.⁷⁶ Aún así, los más relevantes pronunciamientos del Tribunal Supremo vinculados con la realización esta clase de vulneraciones en el seno de grupos de empresas han optado por declarar la responsabilidad solidaria de todas las sociedades integradas en ellos, sin excluir a la destinataria de la huelga, muy probablemente por entender que su intensa vinculación con las demás permite excluir que la conducta le sea completamente ajena.⁷⁷

Por lo que se refiere a la reparación de las consecuencias de la lesión, que ha de acompañar a la declaración de la nulidad de la conducta y la orden de cese de su ejecución, de ser pertinente, debe indicarse que comprenderá la imposición a su autor o autores de la obligación de abonar una indemnización al sindicato convocante, así como a los trabajadores que realizaron la huelga, que compense no solo los daños económicos sufridos, entre ellos las pérdidas salariales asociadas a un ejercicio del derecho convertido culpablemente en ineficaz, sino los daños morales, incluyendo los asociados al “descrédito” y la “pérdida de credibilidad” experimentados por dicha organización como resultado del fracaso inducido de la huelga, como tiene declarado nuestra máxima instancia judicial.⁷⁸

Puntos críticos ..., cit., págs. 37-38.

75 En sus Sentencias de 20 de abril de 2015 y de 3 de octubre de 2018.

76 Vid. J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 302, añadiendo que “no parece que tenga dicho empresario obligación alguna de garantía o defensa del derecho de huelga de sus trabajadores frente a empresarios terceros”.

77 Vid., nuevamente, la STS de 11 de febrero de 2015 y las dos SSTS de 3 de octubre de 2018. Sobre estas últimas, echando en falta “un pronunciamiento expreso sobre el fundamento de la condena solidaria”, vid. J. B. VIVERO SERRANO, “Derecho de huelga ...”, cit., pág. 85.

78 Vid., nuevamente, STS de 11 de febrero de 2015, aunque sin ordenar el abono de la indemnización a cada trabajador por falta de identificación de los afectados y el importe de los salarios perdidos.

c. El deber de negociar

La especial posición de subordinación respecto del ejercicio del derecho de huelga asignada a ciertos empresarios por nuestra jurisprudencia esta en condiciones de extenderse, conforme se ha apuntado, más allá de las garantías expresamente declaradas por esta, hacia aquellos otros deberes que resulten necesarios para ofrecer a este una apropiada garantía en las situaciones de especial vinculación aquí consideradas. Esto incluye, de forma señalada, al deber empresarial de negociar con los representantes de los huelguistas a los efectos dar solución al conflicto, al que alude el artículo 8.2 del Real Decreto-Ley 17/1977. La razón se encuentra, una vez más, en el carácter instrumental de este derecho, que no solo exige garantizar el despliegue de su dimensión coactiva, sino la creación de los espacios que hagan posible que las reivindicaciones de quienes lo ejercen puedan ser atendidas. Si, como ha indicado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, la huelga “tiene por objeto abrir una negociación, forzarla si se quiere y llegar a un compromiso o pacto”, su protección no resultará plena si no se asegura, a la par de su eficacia, la apertura de los espacios necesarios para ello.

Como se ha afirmado, los mismos argumentos que conducen a extender la tutela sustancial del derecho de huelga al empresario líder de un grupo jerárquico o una red asimétrica sirven para fundamentar la ampliación a este del deber de negociar, si no con carácter general, al menos sí cuando los objetivos de la paralización puedan ser satisfechos o dependan –de forma inmediata o mediata, en todo o en parte– de él.⁷⁹ La estrecha vinculación entre las tareas de los huelguistas y el proceso global sujeto al control de dicho empresario y la limitada autonomía de gestión de aquel que se desenvuelve como empleador no solo sirven, pues, para cimentar la aplicación al primero de la obligación de soportar el impacto reflejo de la huelga, sino que operan, con la misma razonabilidad, como soporte para la imposición al mismo de la obligación de participar en las negociaciones dirigidas a la solución de un conflicto que depende de forma decisiva –o muy relevante– de su intervención y para el cual el empresario directamente afectado carece de márgenes relevantes de decisión, dada su posición de dependencia orgánica, funcional y/o económica. Si, “el precio de la contrata es”, como se ha afirmado “el condicionante decisivo en las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas”,⁸⁰ encomendar la solución del conflicto exclusivamente al empresario dependiente, permitiendo que la empresa principal se desentienda de

79 Según la tesis sostenida por J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., pág. 299.

80 En palabras de A. ESTEVE-SEGARRA, *Puntos críticos ...*, cit., pág. 36.

él, es condenar al ejercicio del derecho de huelga, cuya capacidad de presión se trata de garantizar por otras vías, a la más completa esterilidad. Amén de privar a esta empresa de la posibilidad de participar, al menos directamente, en la solución de un conflicto cuyos efectos está obligada a soportar.

De momento, sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado negativamente sobre esta posibilidad, que habilitaría a una participación conjunta en la negociación del empresario cabeza del grupo o red al lado del empleador, en el único supuesto en que le ha sido demandada. En efecto, frente a la pretensión, esgrimida por varios sindicatos de trabajadores de las empresas contratistas encargadas del mantenimiento de la red de una gran empresa de telecomunicaciones, de que esta última pusiese en marcha un proceso de negociación sobre el impacto en sus condiciones laborales de una modificación introducida por esta en los términos del contrato por el que sus empleadores le prestaban el servicio, en respaldo de la cual llevaron a cabo una huelga de casi tres meses de duración, nuestra máxima instancia judicial se inclinó por respaldar, a través de su Sentencia de 23 de enero de 2017,⁸¹ la negativa de la referida compañía por entender, en abierta contradicción con su jurisprudencia relacionada con la garantía frente a terceros del impacto de las paralizaciones de labores, que “toda la regulación del derecho de huelga parte de la necesaria existencia de trabajadores que ejercitan ese derecho subjetivo (...) frente a un empresario”. Razón por la cual, dado que la demandada “en modo alguno tenía la condición de empresario afectado”, “tampoco tenía capacidad ni por ello obligación de concurrir a la negociación”. Naturalmente, frente a esta visión meramente formal del problema era posible sostener que, dado que el conflicto tenía su origen en una decisión de la principal con efecto directo sobre las condiciones del personal de los contratistas, siendo además su intervención indispensable para la solución del mismo, su presencia en las negociaciones dirigidas a poner fin a la huelga resultaba exigible en aplicación del artículo 8.2 del citado Real Decreto-Ley. De allí que no sea extraño que este pronunciamiento haya sido calificado como un “claro ejemplo de ceguera voluntaria a la realidad”.⁸²

Lo anterior no impide que el propio ejercicio del derecho de huelga pueda ser utilizado por los trabajadores de las empresas contratistas con el fin de conseguir la participación de la principal en las negociaciones o, en todo caso, su respaldo a las que entablen con sus empleadores. Esta es una opción que puede conducir a resultados positivos en más situaciones de las que pudiera pensarse, toda vez que la

81 Rec. 60/2016. Caso Telefónica.

82 Nuevamente por A. ESTEVE-SEGARRA, op. cit., pág. 35.

especial vinculación existente entre las tareas dejadas de atender debido a la huelga y la actividad global sujeta al control de dicha empresa es capaz de convertir su participación en las negociaciones en una necesidad inaplazable para ella, si no en todos los casos, al menos cuando la huelga le ocasione un perjuicio relevante. De hecho, esto ocurrió en caso reseñado, para cuya solución cumplió un rol decisivo la empresa principal, para la que el paro de sus contratos de mantenimiento tuvo un efecto devastador.⁸³

Esta es una constatación de gran importancia para el futuro de la regulación del trabajo en los grupos jerárquicos y, sobre todo, las redes asimétricas. El juego combinado de los deberes de soportar los efectos de las huelgas del personal de las entidades colaboradoras y de participar en la solución de los conflictos asociados a este —o la posibilidad de imponerlo a partir del primero— puede conducir a quienes están al frente de estas estructuras a desarrollar políticas dirigidas a hacer sostenibles sus redes de empresas colaboradoras desde el punto de vista social, imponiendo límites a la asimetría de condiciones laborales que muchas veces las caracteriza, cuando a recentralizar las actividades externalizadas con el solo propósito de favorecer un incremento de la precariedad y una degradación en cascada de los salarios. Ejemplos de experiencias de este tipo existen ya dentro de nuestras relaciones laborales, por más que estos permanezcan por lo general ocultos al escrutinio público.⁸⁴

d. Otras manifestaciones

La proyección extracontractual del derecho de huelga no resultaría coherente, ni tampoco convincente,⁸⁵ si no viniese acompañada de una paralela extensión al espacio de las fórmulas de cooperación interempresarial de los restantes extremos de su régimen jurídico. Y en particular de aquellos que imponen cargas a los huelguistas con el fin de tutelar la posición de otros sujetos pueden padecer directa o indirectamente sus efectos. Esta prolongación, en cierta medida de contrapeso de

83 Conforme relata y documenta J. B. VIVERO SERRANO, *op. cit.*, pág. 300 y nota 54.

84 Uno especialmente significativo a añadir al ya apuntado y del que se tiene noticia cierta está representado por la participación decisiva de AENA en la solución del conflicto originado por la huelga realizada en 2017 por el personal de seguridad de la empresa concesionaria de las instalaciones del aeropuerto de Barcelona, del que da cuenta también J. B. VIVERO SERRANO, *op. cit.*, págs. 300-301 y nota 55.

85 Como apunta J. M. GOERLICH PESET, “Ejercicio del derecho ...”, *cit.*, pág. 195.

aquella de la que se ha venido dando cuenta hasta ahora, afecta al menos a los tres espacios de los que se da cuenta brevemente a continuación.

El primero está representado por la obligación de comunicación del acuerdo de declaración de huelga, prevista por el artículo 3.2 del Real Decreto-Ley 17/1977. Si la huelga está en condiciones de afectar legítimamente la actividad de empresarios distintos del empleador formal, debiéndose entender que puede pesar sobre ellos el deber de participar en las negociaciones dirigidas a su solución, parece por completo necesario que el correspondiente preaviso deba ser cursado por los convocantes igualmente estos y no solo al primero. De hecho, la aplicación del precepto no parece plantear en estos casos especiales dificultades,⁸⁶ al prever el mismo que dicha comunicación deberá dirigirse “al empresario o empresarios afectados”, una expresión, esta última, capaz de incluir a aquellas las empresas que deben asumir una posición patronal instrumental conforme a los criterios tantas veces apuntados.

El segundo elemento cuya extensión ha de ser valorada es el relativo a la interdicción de las huelgas abusivas, prevista por el artículo 7.2 de la citada norma. Como vimos,⁸⁷ esta es una previsión que, al limitar el alcance de los daños que las huelgas pueden ocasionar al empresario, actúa a la vez como un factor de ilegalización de los que se sitúen por encima del umbral fijado por el legislador y de legitimación de aquellos que no lo superen. Siendo esta su función y resultando exigible a los empresarios que se sitúan al frente de los grupos y las redes aquí considerados el deber de tolerar los efectos de las huelgas realizadas por el personal de las empresas que mantienen con ellos vínculos de especial intensidad, no parece que estos parámetros no deban de ser aplicados a estas últimas. En la valoración de su aplicación deberá tenerse en cuenta, no obstante, la singularidad de las situaciones aquí consideradas. En particular, por lo que las huelgas estratégicas se refiere, que el hecho de que el paro del personal del contratista repercuta sobre las actividades de la principal no podrá ser considerado, por sí mismo, prueba suficiente del abuso, al no poderse entender que existe una disminución puramente formal y aparente del número de huelguistas o una reducción artificial del ámbito del conflicto a algunos trabajadores cuya especial posición les permite desencadenar una paralización completa del proceso productivo,⁸⁸ ya que el ejercicio del

86 Vid., no obstante, J. M. GOERLICH PESET, págs. 195-196.

87 En *supra* II.A.

88 M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, R. Areces, Madrid, 27ª Ed., 2019, pág. 428, y A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 28ª Ed, 2019, pág. 446, con alusión al

derecho se ciñe en estos casos a la defensa de los intereses específicos de los trabajadores que lo llevan a cabo.⁸⁹

Finalmente, dada la estrecha imbricación productiva existente dentro de los grupos y redes a los que nos venimos refiriendo, tampoco parece que pueda dudarse de la aplicación a las huelgas del personal de las empresas contratistas de la exigencia de mantenimiento de una parte de las tareas que habitualmente realizan en provecho de la principal o las demás empresas del grupo, cada vez que ello resulte necesario para asegurar la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento y de los servicios esenciales de la comunidad, a los que se refieren los artículos 6.7 y 10 del Real Decreto-ley 17/1977.⁹⁰ La realización de los primeros será exigible siempre que el contratista tenga asignadas labores del tipo de las relacionadas por el primero de dichos preceptos y la huelga pueda poner el peligro su ejecución. En estos casos la fijación de estos servicios corresponderá al dicho empresario, sin que deba descartarse la legítima participación en las negociaciones del destinatario de los mismos.⁹¹ La fijación de servicios mínimos de garantía de los servicios esenciales está en condiciones de afectar a la huelga de los trabajadores de una empresa contratista o colaboradora cuando esta tenga atribuidas funciones o tareas necesarias para su satisfacción en beneficio de la empresa a la que sirve, las características de la medida de presión lo hagan necesario y así haya sido establecido por la autoridad gubernativa, directamente o a solicitud aquella.⁹²

requisito intencional típico de esta modalidad.

89 De hecho, esta fue una cuestión considerada sumariamente por la STS de 11 de febrero de 2015, que llegó a la conclusión de que “en el caso examinado no se ha seguido (...) ninguna de las ‘modalidades’ de huelga proscritas por el artículo 7.2 del RD Ley 19/1977”. Desde una perspectiva más general, J. M. GOERLICH PESET, pág. 196, señala que “si la huelga que se desarrolla en una empresa ‘anestesia’ las facultades de otra, habrá que analizar el conjunto de las dos para determinar si la actuación de los huelguistas puede reputarse abusiva”.

90 Vid., coincidiendo en esta aplicación, aunque desde perspectivas distintas, J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., págs. 306-308, y J. M. GOERLICH PESET, op. cit., pág. 197.

91 Como indica J. B. VIVERO SERRANO, “Redes empresariales ...”, cit., págs. 305-306, quien añade que el no acatamiento de estos servicios por los trabajadores designados, además de poder dar lugar a responsabilidad disciplinaria, justificará su sustitución tanto por el empresario destinatario directo de la huelga como por el que la padece indirectamente, sin que ninguno de ellos incumpla la prohibición de esquirolaje.

92 Vid, citando ejemplos en los que esa fijación se ha producido, J. B. VIVERO SERRANO, op. cit., pág. 307-308.

¿PUEDE EL FEMINISMO SER UN REVULSIVO SINDICAL?

JUDITH CARRERAS GARCÍA *

Dos programas de reivindicación de derechos, el sindical y el feminista, son objeto de análisis para la autora. El artículo presenta una mirada a una serie de luchas sociales en la agenda del feminismo contemporáneo, planteando su relación y mutuo aprendizaje con las plataformas laborales, mostrándose a la lucha feminista desde su virtual capacidad de nuclear renovadas iniciativas sindicales.**

El movimiento feminista ha conseguido organizar la primera Huelga internacional del s.XXI, el movimiento sindical terminó el s. XX con la esperanza de organizar una.

Una afirmación provocadora que rehúye la analogía o la comparación, pero que quiere servir como punto de partida para analizar si la potencialidad del nuevo movimiento feminista puede contribuir a rearmar otros frentes. Formulado de manera más precisa, pensar si el feminismo como movimiento de politización de muchas mujeres puede relanzar el ‘movimiento sindical’, entendiendo el sindicalismo en un sentido amplio. O, usando los términos de Nancy Fraser, cómo se puede reforzar la dimensión de la redistribución articulada con el reconocimiento.

Previo a la Huelga 8M, dos han sido los ejes más visibles del movimiento feminista, por una parte, la lucha contra las violencias machistas resumidas con el ‘Ni una menos’ y el ‘Me too’; y por otra parte, la denuncia de la discriminación de género que opera en el mercado de trabajo explicitada, sobre todo por los medios, a través de la brecha salarial.

* Es activista feminista

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 22*.

La convocatoria de la Huelga Internacional Feminista supuso un salto que permitió ir más allá en el discurso a nivel global, pero con características distintas según los países. En Estados Unidos, por ejemplo, la irrupción de la Huelga rompió con la comodidad del feminismo neoliberal y *funcionó como modo un modo de visualizar la potencialidad de un nuevo feminismo*. (Drapper 2018, p.58).

En cambio, en el Estado español, en donde como apunta Fefa Vila *‘no existe tal cosa como el feminismo neoliberal’*, por lo menos de momento (Vila 2018, p. 25).

Aquí la convocatoria de Huelga no produjo esa ruptura, aunque tal vez si incomodidad inicial de una parte del feminismo más institucional que vio cómo el movimiento autónomo marcaba la agenda, también en el terreno de lo laboral, donde siempre ha tenido menor influencia y ha sido más ajeno.

Ambos feminismos históricamente han trabajado la discriminación que sufre la mujer en el mercado de trabajo con aportes muy valiosos y necesarios, si bien con importantes diferencias de base.

El feminismo institucional ha puesto el foco en los aspectos de las tasas de participación de las mujeres en el mercado de trabajo, la brecha salarial, las cuotas en los consejos de administración, la segmentación vertical -más conocida por techo de cristal-, y la segmentación horizontal, que entendemos por feminización de ciertas ocupaciones, por citar algunos elementos, que dan lugar como respuesta a la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Este acercamiento se apoya en la idea de que las desigualdades de género en el mercado de trabajo pueden ser corregidas con las políticas públicas adecuadas y con su cumplimiento. Este enfoque considera que pueden acabarse con el patriarcado dentro del sistema capitalista, y esta es justo su limitación. No considera que la división sexual del trabajo es funcional al sistema capitalista y no contempla adecuadamente la paradoja de que el sistema capitalista necesita la reproducción social, pero necesita que ésta sea al menor coste posible o sin coste, como nos explica Cinzia Arruzza (Arruzza 2018). En otras palabras, que la posibilidad de desarrollar sistemas fuertes de protección social que den respuestas a las necesidades y propuestas de cuidados chocan con las propias lógicas del capitalismo financiarizado en el que vivimos.

Desde el movimiento autónomo feminista, se ha abordado este tema con una mirada interseccional y más de carácter estructural. Por una parte, ha confrontado la idea de pensar en un genérico de ‘mujer’, en este caso ‘mujer trabajadora’, por considerarlo reduccionista. Ello supone admitir que las medidas y propuestas que puedan ponerse en marcha para acabar con la discriminación de género en

el mercado de trabajo no tienen el mismo efecto para todas las mujeres y por lo tanto no son igual de trascendentes o relevantes para todas ellas. Es innegable que estamos todas atravesadas por discriminaciones y desigualdades en el mercado laboral, pero no todas nos situamos en el mismo lugar, existen diferencias según la procedencia, el nivel educativo y de formación, la edad, la orientación sexual, la identidad de género, si vivimos en zonas urbanas o rurales, que hacen que nuestras experiencias en el mundo del trabajo sean distintas. Esta visión de 'mujeres' en plural ha sido una aportación fundamental del movimiento feminista autónomo que nos permite por ejemplo comprender mejor lo del suelo pegajoso y las precariedades múltiples, y la necesidad de articulación de lo común partiendo de la diversidad. Un enfoque que ha sido necesariamente complementado, a su vez, por las aportaciones del feminismo decolonial y las feministas racializadas.

A su vez, su enfoque más de raíz y holístico ha contribuido a poner las experiencias en relación con las estructuras sociales de dominación y con las relaciones de desigualdad. En otras palabras, ha mostrado cómo opera la contradicción capital-vida, que incluye también la contradicción capital-trabajo, y la necesidad de construir un nuevo modelo de producción para resolver la crisis social de los cuidados y ambiental. Si bien hay que señalar también que este acercamiento más macro, ha mostrado en ocasiones dificultades para plantear medidas concretas relacionadas con el mercado de trabajo, asumibles por el sistema, y necesarias porque han supuesto y suponen avances materiales objetivos para las mujeres.

Esta caracterización, aunque limitada, tiene su interés por qué en el terreno de lo laboral supone disputar las prioridades que deben marcar la agenda.

Para intentar responder al enunciado inicial, ¿Puede el feminismo ser un revulsivo sindical?, el artículo está estructurado en tres partes con el objetivo de: (i) explicar lo que defino como 'luchas sindicales de la reproducción social' entendidas como aquellas movilizaciones laborales recientes lideradas y protagonizadas por mujeres que además de plantear reivindicaciones sobre las condiciones de trabajo visibilizan aspectos más de fondo como las condiciones de vida y la contradicción entre capital-vida, (ii) analizar la importancia de la Huelga internacional feminista como acontecimiento. Se ha hablado mucho de las dimensiones innovadoras de la huelga del 8M, pero se ha analizado menos la aportación que ha supuesto en la revalorización del concepto de huelga en sentido clásico; y (iii) apuntar si y cómo la huelga feminista internacional puede estar marcando otras huelgas laborales.

Las luchas ‘sindicales’ de la reproducción social

Utilizo este término para referirme a aquellas luchas laborales lideradas y protagonizadas por mujeres que además de la defensa de los derechos laborales y la reivindicación de la dignificación de sectores feminizados están sirviendo para poner en evidencia la división sexual del trabajo, visibilizar la crisis social de los cuidados y mostrar la contradicción capital-vida.

Son luchas laborales que beben y nutren al discurso y la práctica feminista, a la vez que aportan nuevas formas, prácticas y discursos al sindicalismo. Como ejemplos más reconocibles:

La lucha de las trabajadoras domésticas, o del hogar como ellas se reivindican, supone probablemente el ejemplo más visible de la convergencia entre feminismo y sindicalismo. Han contribuido a visibilizar y poner en valor los cuidados como pieza central para el funcionamiento de nuestras sociedades y economías, además de dignificar el sector. Un colectivo que a través de su movilización ha hecho patente la precariedad del sector, los prejuicios que siguen operando como trabajos de “poco valor”, fácilmente reemplazables, realizados por mujeres, y las dinámicas de discriminación institucional, como ser el único colectivo asalariado que no tiene derecho al subsidio de desempleo. Representan casi el 4 por ciento de la población activa, hay más de 630.000 trabajadoras domésticas, pero sufren en mucha mayor medida que el resto de las personas trabajadoras las consecuencias de la pobreza laboral, la precariedad y la informalidad. La tasa de los y las empleadas del hogar que vive en hogares que están por debajo del umbral de la pobreza, duplica a la del resto de los asalariados y supone el 34,3 por ciento, frente a la tasa del 16,3 por ciento, que ya de por sí es elevadísima. La tasa de parcialidad se sitúa en el 62,2 por ciento de las trabajadoras de hogar no internas, mientras en la población asalariada ronda el 15 por ciento (Oxfam, 2018)

Es un sector atravesado fuertemente por la dimensión de clase, raza y género. Más del 50 por ciento son migrantes y más del 90 por ciento son mujeres. La organización de las trabajadoras del hogar supone probablemente uno de los colectivos más difíciles de organizar por la situación de trabajo en solitario, dificultades de horarios, entre otros factores, sin embargo, es un colectivo que ha puesto en práctica nuevas formas de organización de las trabajadoras. SEDOAC y Territorio Doméstico, son los ejemplos más conocidos, pero no los únicos, de las nuevas formas de autoorganización que buscan el empoderamiento a través del reconocimiento y la acción política, y a la vez generan espacios y redes de apoyo mutuo. Una forma de organización que interpela a los sindicatos a buscar nue-

vas formas de relacionarse y colaborar con estos nuevos colectivos con ejemplos interesantes como la *Plataforma por la Igualdad de Derechos de las Empleadas de Hogar de Valencia* que coordina a organizaciones de trabajadoras domésticas, de mujeres, asociaciones de migrantes, del tercer sector y CCOO y UGT. Un sector que además practica el internacionalismo con la creación, en 2013, en Uruguay de la Federación Internacional de Trabajadoras y Trabajadores Domésticos/del Hogar (IDWF).

Es una lucha laboral profundamente feminista como quedó también patente en la Huelga del 8 de marzo de 2018 no solamente en las reivindicaciones explícitas para la ratificación del Convenio 189 de la OIT sino en la propia convocatoria de huelga de cuidados y las acciones para materializarlas.

La lucha de las trabajadoras de las residencias de Bizkaia, son otro de los ejemplos que evidencian los problemas de la reproducción social en el marco capitalista, donde los trabajos de cuidados remunerados son siempre demasiado costosos para el sistema y sometidos a una presión constante de precarización y devaluación. Después de más de dos años de conflicto y 370 días de huelga, las gerocultoras de Bizkaia consiguieron en octubre del 2017 firmar un convenio colectivo con reducción de jornada y mejora del salario, por el cual el número de horas de trabajo semanales se reducirá progresivamente hasta llegar a las 35 en 2020 y se establece un incremento salarial que alcanzaría los 140 euros mensuales en los próximos tres años, con el objetivo de llegar a un salario mínimo de 1.200 euros al mes para 2020. Además, las trabajadoras percibirán el 100% del sueldo en caso de accidente laboral o enfermedad profesional y verán aumentado el plus de fin de semana y los pluses de nocturnidad. Las propias trabajadoras y el sindicato ELA en un comunicado señalaban que esta lucha era más que un conflicto laboral, *'ha sido una lucha social y feminista, ya que hemos avanzado hacia la dignificación de los trabajos de cuidados'* (Europapress)

Las Kellys, por la Kelly, la que limpia, asociación de camareras de piso que empezó su andadura en el 2014, han situado la dimensión del cuerpo como campo de batalla en lo laboral. Vender la fuerza de trabajo no tiene solo connotaciones sobre el tiempo, sino también sobre el cuerpo. En sí no es nuevo, pero este colectivo ha hecho de ello un tema central de su lucha con la denuncia de los trastornos musco-esqueléticos que sufren y que se ven agravados por el inasumible número de camas a realizar sobre todo en temporada de verano, y los riesgos psicosociales derivados del estrés y la ansiedad por el ritmo de trabajo. La movilización de este sector también ha puesto en evidencia los aspectos de brecha salarial con la condena reciente del Tribunal Supremo a varios hoteles de Tenerife (Tensur SA Hotel

Best Tenerife) por discriminar salarialmente a sus camareras de piso con respecto a los camareros de sala (mayoritariamente hombres) (Tenerife Ahora 2018). Además de mostrar cómo la precariedad se extendía en un sector económico que no ha parado de crecer en beneficios y actividad durante la crisis.

La huelga de las dependientas de Bershka en Pontevedra de finales de 2017 contribuyó a poner de manifiesto las dificultades/imposibilidades de la organización de la vida privada y familiar en el mercado de trabajo actual, planteando los temas conciliación como un tema clave. Como resultado de su lucha contra Inditex, consiguieron mejoras en materia de vacaciones, permisos, excedencias, tiempos de descanso, lactancia, así como un sábado libre por mes para todas las trabajadoras (Pérez, 2017). Además de la equiparación de su salario con el de los establecimientos de A Coruña, donde las empleadas ingresaban más por determinados bonus pactados y se consiguió el aumento de 120 euros mensuales. Estas movilizaciones se extendieron a Guipúzcoa en marzo de este año, y justo a la vuelta del verano en Lefties en A Coruña.

La movilización de las freseras en Huelva ha dado a conocer cómo el acoso sexual se convierte en un mecanismo más de opresión y explotación laboral. Además de mostrar las situaciones en las que se encuentran los y las temporeros migrantes del campo, en estas cadenas globales de explotación, con casos relacionados de trabajo forzoso. Raza, género y origen como ejes de la experiencia de lucha.

64

Las Espartanas, madres, hijas, hermanas, compañeras de los trabajadores en lucha de Coca-cola, han mostrado que las huelgas, para sostenerse, precisan del apoyo del entorno más inmediato – de la familia- y de la comunidad. Mujeres que asumen un papel activo, protagónico y visible. No son las que acompañan, se convierten también en protagonistas en primera persona. Ante lo que definiríamos como movilización clásica de hombres sindicalizados del sector industrial, hay una dimensión de comunidad muy potente, rica e interesante.

Podríamos hablar también de las trabajadoras de los comedores en Sevilla, las aparadoras del calzado de Valencia en una lista que no es exhaustiva de las movilizaciones, acciones, huelgas, luchas en el terreno laboral de estos últimos años lideradas y protagonizadas por mujeres. De todas estas experiencias de lucha, podemos destacar tres aspectos que subyacen de manera más o menos explícita: la constatación de que la reorganización social de los cuidados no es posible sin la reorganización del mercado de trabajo/espacio productivo; la necesidad de explorar formas más amplias de participación que coordinen la ostentación del derecho de negociación que tienen los sindicatos mayoritarios con el surgimiento de nuevas

formas organizativas de las trabajadoras precarizadas; y la contribución que hacen a una nueva subjetividad de clase trabajadora.

Las movilizaciones laborales de las trabajadoras del hogar, de los servicios sociales, de la educación, de cuidados están contribuyendo, en primer lugar, a revalorizar las profesiones tradicionalmente feminizadas y, en segundo lugar, a visibilizar la paradoja del trabajo reproductivo en el capitalismo. Es decir, la necesidad del capitalismo de una reproducción social relativamente funcional, pero que sea pagada al menor coste. Una contradicción que desde la economía feminista se ha puesto sobre la mesa para explicar porqué la reproducción social es realizada por las mujeres y no valorada socialmente; además de entender cómo la provisión de estos servicios fluctúa entre Estado, mercado o el ámbito de lo privado según momentos históricos, políticos y territorios, y qué es esto de la crisis de los cuidados.

El feminismo nos enseña a reivindicar el derecho al cuidado y también la obligación de que el sostenimiento de la vida no recaiga solo en las mujeres. Esta convergencia de enfoques evidencia que no es posible dar respuesta a las necesidades de cuidados, sin otra organización del mercado de trabajo, y que tampoco es posible acabar con las desigualdades que sufren las mujeres en el mercado de trabajo –brecha salarial, segregación horizontal- sin abordar lo organización de los cuidados –remunerados y no remunerados-. Y ninguna de ambas cosas parece asumible por el sistema capitalista.

Estas luchas de la reproducción social, sin ser las únicas que lo hacen, interpelan a las formas de sindicalismo más clásico que no llega a los sectores más precarios. Colectivos autoorganizados que a su vez dependen de los sindicatos mayoritarios en lo que a negociación colectiva se refiere. Mientras no se den cambios de fondo que alteren esta situación, la necesidad de explorar formas amplias de coordinación y participación, para que la negociación colectiva sea más inclusiva, se convierte en la única estrategia posible para avanzar. Permitiendo que las trabajadoras de los colectivos autoorganizados arranquen mejoras materiales y a los sindicatos mayoritarios la legitimación para su sostenimiento.

La configuración de una nueva subjetividad es otro de los aspectos a los que creo están contribuyendo estas luchas sindicales de la reproducción social. Una identidad común de las víctimas del capitalismo y del neoliberalismo que se construye a través de la praxis y se nutren de las experiencias de movilización que vivimos. Es nuestra genealogía: las Mareas en defensa de la sanidad y las pensiones, la V de vivienda, el 15M, el movimiento feminista, las movilizaciones contra la corrupción contra las Sentencias del Tribunal Supremo a favor de la banca, etc.

Como vemos antes de la Huelga del 8 de marzo, se estaban dando ya interesantes e importantes luchas sindicales con un fuerte discurso feminista, si bien, sin participación estratégica del movimiento feminista. La Huelga internacional feminista es el hito más importante porque supone la entrada directa del movimiento al mundo laboral, consigue ampliar el campo de los actores que se sienten interpelados por la misma, además de densificar el concepto clásico de huelga con las dimensiones de huelga de cuidados, consumo y estudiantil que se suman a la laboral.

La Huelga del 8 de marzo densifica el concepto de huelga

Mucho se ha debatido, analizado y escrito –y mucho más se hará– sobre la originalidad y potencial de la Huelga del 8M para resignificar el concepto de huelga (desafiando y actualizando la dinámica misma de lo que es una huelga). Como señala Justa Montero, *el éxito de la propuesta de huelga feminista está precisamente en su carácter innovador: trasciende el concepto tradicional, entendida como huelga laboral en el ámbito de la producción, para extenderla al ámbito de la reproducción social* (Montero, 2018, p.37).

66

Uno de los elementos más importantes ha sido la capacidad para situar la centralidad de los trabajos de cuidados, articulándolos con los trabajos del ámbito productivo como parte del mismo proceso económico. *Una huelga que ha rechazado ser etiquetada como mera batalla ‘cultural’ o ‘emancipatoria’ separada de las instancias ‘materiales’ relativas a las condiciones de vida y trabajo*, como señala Mariana Montanelli (Montanelli, 2018). La mayoría de las experiencias contadas de los procesos de Huelga feminista aquí y en otros países como Uruguay, Argentina, Italia, Estados Unidos coinciden en priorizar un mismo aspecto en el relato: el sistema capitalista precariza las vidas y se sustenta en la división sexual de la reproducción social.

La Huelga feminista ha cuestionado la centralidad-exclusividad del trabajo asalariado para construir derechos y ciudadanía, pero a su vez a través de su reivindicación ha fortalecido el concepto de huelga en lo productivo.

Este fortalecimiento se expresa en cuatro aspectos: (i) ha sido un proceso de aprendizaje para muchas mujeres, (ii) ha llegado a sectores laborales nuevos, (iii) ha resignificado el concepto de trabajo, (iv) ha materializado la dimensión de internacionalidad en la Huelga.

Como apunta Verónica Gago ha sido un *proceso de alfabetización sindical a través del feminismo, politización de la precariedad, visibilización del trabajo de cui-*

dados (Gago, 2018). No ha sido una huelga solo simbólica, sino también política de mujeres aprendiendo a hacer huelga. Mujeres pidiendo información de cómo se hace una huelga, preguntando aspectos, que suenan tan elementales como si hay que informar previamente al empleador. Mujeres que, a pesar de llevar años en activo en el mercado de trabajo, con huelgas generales relativamente recientes, no se habían sentido interpeladas como sí lo hicieron ahora.

La Huelga ha apelado también a sectores laborales no tradicionales y/o nuevos, como las trabajadoras autónomas. Actualmente hay algo más de un millón cien mil mujeres en régimen de autónomas –por cuenta propia– en la seguridad social. No se las contabiliza en las estadísticas de la Huelga, pero la Secretaria General de UATAE, Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores, reivindicaba que muchas autónomas se sumaron a la Huelga (Lan-duburu 2018 p.22). En el trabajo autónomo solo una de cada tres trabajadoras es mujer y entre los problemas que enfrenta es que las autónomas presentan bases de cotización más bajas y perciben un 26 por ciento menos de jubilación que los autónomos, que ya de por sí es un 41 por ciento menor con respecto a los asalariados y no alcanza el salario mínimo interprofesional. Es un colectivo que acumula grandes bolsas de trabajadoras pobres y precarias, que va en aumento. No hay precedentes de ello en otras huelgas.

Académicas, juezas, investigadoras, deportistas, periodistas sacaron manifiestos los días previos sumándose a la Huelga. Tampoco hay precedentes de ello en otras huelgas. Si bien, las desigualdades socioeconómicas marcaron también diferencias en la facilidad/posibilidad de ejercer el derecho a huelga. Hay un largo recorrido a trabajar en este sentido. Las trabajadoras más precarias, las empleadas del hogar, las teleoperadoras o las trabajadoras en servicios mínimos, ante la dificultad para hacer huelga quisieron hacerse visibles y hacer visible su apoyo con brazaletes morados, camisetas moradas, delantales en los balcones, asistiendo a las concentraciones. No hay precedentes de ello en otras huelgas.

Las huelgas laborales, lo sabemos por otras, no sólo se miden por los datos sino por la trascendencia y el impacto. Esta Huelga sobrepasó el campo de lo laboral y abrió el concepto de trabajo al considerar los trabajos de cuidados no remunerados también como trabajos. Era una Huelga que apelaba a parar al empleo y al trabajo. Lo resume Verónica Gago cuando dice, *el ejercicio práctico ha sido mapear los modos no reconocidos ni remunerados en los que producimos valor y elaborar una imagen colectiva diversa de lo que llamamos trabajo.* (Gago, 2018, p.15) Una Huelga que ha complejizado las reivindicaciones en el campo de lo productivo, fue más que la exigencia de derechos laborales y condiciones de trabajo dignas. Su

vinculación con la huelga de consumos era una reivindicación por otro modelo productivo, por otros trabajos en lo productivo.

Una huelga en clave internacional, a pesar de sus grandes límites y las reservas objetivas que existen, es lo más próximo que hemos vivido en generaciones a un ¡Precarias de todos los países, uníos!

El movimiento de mujeres no solo ha conseguido situar el Feminismo como concepto hegemónico, sino que ha sacado la Huelga de la escuadra de la izquierda clásica y sindical en la que estaba para darle un nuevo impulso. Veremos el alcance y recorrido que ello tendrá, pero de por sí es una aportación del movimiento muy valiosa.

La huelga feminista, una experiencia para las huelgas laborales y organización sindical

La experiencia de la Huelga internacional feminista no tiene tampoco un vínculo directo con importantes huelgas laborales de mujeres que ha habido en tiempos recientes en otros países como Estados Unidos con huelgas ilegales de maestras, la huelga de las trabajadoras de la sanidad en la India, o la de maestras en Brasil, como señala Ciniza Arruzza (Arruzza, 2018) Si bien en todas ellas el discurso feminista ha estado presente.

68

Sin embargo, hay ya algunas experiencias de movilización laboral reciente donde sí puede verse ese vínculo con la Huelga feminista, por ejemplo, la llamada ‘Marcha Google por el cambio real’. El pasado 1 de noviembre de 2018, 78 oficinas de la compañía Google pararon en todo el mundo, para denunciar cómo la compañía había venido abordando los temas de acoso hasta ese momento. Se trata de una movilización inspirada en la campaña #MeToo pero centrada en el ámbito laboral y con un fuerte componente de autoorganización. El paro también reivindicó el fin de la brecha salarial entre hombres y mujeres, que la compañía publique un informe de transparencia sobre los casos de acoso sexual constatados y que se mejore la manera de hacerlos públicos.

La acción Google tuvo una amplia repercusión mediática, pero hay otras experiencias mucho más ricas y potentes recientes. Por ejemplo, a finales de septiembre, las trabajadoras de McDonald’s en diez ciudades de Estados Unidos abandonaron el trabajo para protestar contra el acoso sexual generalizado. Una semana antes, mujeres conserjes en California marcharon 100 millas desde San Francisco hasta la capital del estado en Sacramento para apoyar la legislación contra el acoso. En asociación con el Centro de Mujeres del Este de Los Ángeles,

el sindicato de conserjes, SEIU, ha estado capacitando a mujeres en talleres de autodefensa (Quart, 2018)

Otro aspecto para analizar, a la vez paradigmático, es cómo el discurso feminista puede estar contribuyendo a la autoorganización sindical de colectivos invisibilizados y negados de derechos, como es el caso del sindicato OTRAS, aunque una parte del movimiento feminista desprecie este hecho. La constitución de OTRAS no deja de ser una acción clásica en términos sindicales, pero nueva por al exigir un colectivo de mujeres en situación laboral ilegal ser reconocidas y poder tener el derecho a tener derechos. Sin embargo, este hecho confronta con un enfoque dominante de asimilación entre prostitución decidida y mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, que dificulta que las primeras puedan avanzar en la garantía de derechos laborales y cobertura social adecuada, y puede contribuir a desdibujar a las segundas como víctimas reales que precisan políticas y acciones centradas en la identificación, la protección y la reparación. Aquí los retos se presentan también para el movimiento feminista que corre el riesgo de fracturarse si sé que quiere forzar a presentar una única postura como unánime y representativa del movimiento, sin encontrar fórmulas para que ambas convivan.

Si bien estos hechos laborales son prematuros para saber hasta qué punto el movimiento feminista contribuirá a reconstruir el movimiento sindical como expresión de organización de movimiento obrero, tenemos experiencias que apuntan a cómo podría desarrollarse. En Argentina, por ejemplo, el trabajo conjunto entre colectivos feministas y trabajadoras de sectores informales supone ejemplos muy interesantes de este doble camino a recorrer, donde el movimiento feminista aporta herramientas –discursivas y de empoderamiento– a las luchas laborales de mujeres, y a su vez las luchas laborales de mujeres se convierten en parte del movimiento feminista, extendiéndolo y dándole mayor corporalidad, potencia de cambio y transformación social.

Como señala Mariana Montanelli *la perspectiva feminista constituye un punto de vista privilegiado para analizar las condiciones de explotación contemporánea* (Montanelli, 2018, p.89), poniendo en el centro la relación entre el capitalismo, la opresión de género y raza. De esta forma, el nuevo movimiento feminista tiene la oportunidad para ser un revulsivo que mueva los cimientos de un sindicalismo que debe cambiar. Con la vocación, como estamos viendo, de llegar a sectores que no se sienten interpelados por el sindicalismo clásico, con su expresión de confrontación con las visiones de clase que se relacionan con ella como grupo homogéneo, así como con las posiciones jerarquizantes en sus reivindicaciones que supeditan lo reproductivo a lo productivo. El nuevo movimiento feminista tiene potencial, por tanto, para contribuir a crear un movimiento popular diverso,

mestizo, migrante, transfeminista con nuevas formas de organización, de articulación del discurso y nuevas reivindicaciones. Las dificultades no son menores, entre las que están las propias intrínsecas de articulación del movimiento obrero y los ataques de la contra ola reaccionaria que ha fijado en el movimiento feminista su principal enemigo. En cualquier caso, realizar o no este potencial dependerá de cómo el nuevo movimiento feminista se organice, qué ejes de trabajo defina para este próximo período y del soporte que pueda dar a estas luchas de la reproducción social para contribuir *a ser parte de algo mayor, de un proyecto político más amplio* (Nancy Fraser, 2018, p. 12).

Referencias

- ALABAO N., CADAHIA L., CANO G., CASTEJÓN M., Adelantado A., LLAGUNO T., L. Gil S., MONTERO J., SERRA C, y VILA F. (2018) *Un Feminismo del 99%*. Madrid. Colección contextos
- ARRUZZA, C. entrevistada por L. MARTÍNEZ J.: “El feminismo del 99% es la alternativa anticapitalista al feminismo liberal”, *Ctxt*, 15/08/2018.
- EUROPAPRESS “Trabajadoras de residencias de Bizkaia llegarán a los 1.200 euros de salario neto en 220”, 27/10/2017
- GAGO V., GUTIÉRREZ AGUILAR R., DRAPER S., MENÉNDEZ DÍAZ M., MONTANELLI M., Rolnik S. (2018) *8M Constelación feminista. ¿Cuál es tu lucha? ¿Cuál es tu huelga?*. Buenos Aires. Tinta Limón.
- LANDÁBURU CARRECEDO J.M. (2018) “Las mujeres y el trabajo autónomo”, *Balance de una década regresiva. Revista Digital del Centro 8 de marzo*. Madrid, Fundación 1 de mayo, CCOO.
- MARÍN G. (2018) “Sindicación de las trabajadoras sexuales”, *Viento Sur*, 1/05/2018
- OXFAM (2018) *Voces contra la precariedad: mujeres y pobreza laboral en Europa*
- PÉREZ PENA, M “La huelga de Bershka no sale en casi ningún medio. Es increíble el control”, *eldiario.es*, 01/11/2017
- QUART AL. “#MeToo’s hidden activists? Working-class women”, *The Guardian*, 25/11/2018
- TENERIFE AHORA “El Tribunal Supremo confirma la discriminación salarial de las camareras de piso” en varios hoteles de Tenerife”, *eldiario.es*, 09/11/2018

LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN EL PERÚ: UNA MIRADA DESDE LA LIBERTAD SINDICAL NEGATIVA

MAURICIO MATOS ZEGARRA*

FIGORELLA MANRIQUE VALDIVIA**

La finalidad del presente artículo es determinar si la asociación compulsiva que ejerce el Estado a través del requisito de adscripción forzosa a colegios profesionales previo al ejercicio de determinadas carreras implicaría un eventual atentado al ejercicio del derecho a la libre asociación y a la libertad sindical en lo relativo a su aspecto negativo. Esto último considerando que en la práctica, la justificación constitucional propuesta para el caso de los Colegios Profesionales podría verse en algunos casos distorsionada por la falta de organización y diligencia para cumplir con su función referida al control público del ejercicio de la profesión, y el ejercicio de representación de sus afiliados en materia de sus intereses sociales, económicos y profesionales, funciones que conforme al ordenamiento jurídico corresponden estrictamente a las organizaciones sindicales.

PALABRAS CLAVE: Colegios Profesionales – Libertad Sindical – Asociación compulsiva

ABSTRACT: The purpose of this article is to determine whether the compulsory association exercised by the state through the requirement of forced affiliation to professional associations prior to the exercise of certain careers would imply an eventual assault against the exercise of the free association right and freedom of association in regarding its negative aspect. The latter considering that in practice, the proposed constitutional justification in the case of professional associations is distorted by the lack of organization and diligence to fulfill its function regarding public control of the exercise of the profession, and the exercise of representation of its affiliates in matters of their social, economic and professional interests, functions that according to the legal system correspond strictly to trade union organizations.

Key words: Professional Associations - Freedom of Association - Compulsory association

* Máster en Droit Social. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (Bélgica). Docente del curso de Derecho Laboral 1 y 2 en la Universidad Católica de Santa María (Perú) y en la Universidad Católica San Pablo (Perú). Gerente Senior del área laboral en EY

** Abogada por la Universidad Católica de Santa María. Asistente del área laboral en EY.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sindicalización en el Perú. 2.1. Antecedentes. 2.2. Regulación actual. 2.2.1. *Tipos de Sindicato*. 3. Libertad sindical. 3.1. Contenido y marco aplicable. 3.2. Jurisprudencia. 4. Colegios profesionales. 4.1. Regulación normativa y naturaleza de los colegios profesionales. 4.2. Constitucionalización y principales lineamientos jurisprudenciales. 4.3. Colegiatura obligatoria y libertad sindical. 5. Conclusiones

1. Introducción

A través del artículo 28 de la Constitución Política del Perú el Estado reconoce los derechos de sindicación y en específico garantiza la libertad sindical. Siguiendo la definición de Álvarez Conde, la libertad sindical puede ser entendida como la capacidad auto determinativa para participar en la constitución o desarrollo de la actividad sindical. A su vez, y siguiendo el razonamiento de algunos autores y lo dictado por la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Huilca Tecse Vs. Perú, 2005) respecto a este tema, el derecho de sindicación ha sido considerado como una manifestación propia del derecho de asociación por la suerte de naturaleza común en referencia a la participación política. Como tal, la libertad sindical *intuitu personae* plantea dos aspectos principales, uno positivo y uno negativo, este último en particular es el que nos interesa en el sentido que comprende el derecho que posee un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical que tiene como propósito principal la defensa de los intereses de sus afiliados. Dicho esto, proponemos un análisis respecto a la posible contradicción entre el aspecto negativo de la libertad sindical con la adscripción forzosa a colegios profesionales que viene siendo actualmente una condición *sine qua non* para el ejercicio de determinadas profesiones, considerando el hecho que, si bien la misma Constitución justifica la naturaleza de los colegios profesionales y su obligatoria adscripción, también es evidente que en muchas ocasiones los objetivos de estas instituciones se han visto desdibujadas y empiezan a invadir los fines que deben ser válidamente velados por otras, como es el caso de los sindicatos.

2. La Sindicalización en el Perú

2.1 Antecedentes

Conforme a la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), la libertad sindical como tal constituye el fundamento de cualquier sociedad de-

mocrática a través del cual se permite a los trabajadores puedan manifestar sus aspiraciones y participar en la organización que constituye su medio de vida y de esta manera se asegure el equilibrio tanto de su fuerza como de las condiciones laborales entre las partes (Villavicencio Rios, 2010). Constituye de esta forma, un contrapeso útil del poder del Estado para garantizar su participación en la elaboración y ejecución de la política económica y social. Sin embargo y como sabemos, para el reconocimiento y consagración constitucional de este derecho fundamental, han tenido que transcurrir varios años y una serie de acontecimientos que han terminado por reconocer a la libertad sindical como un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico nacional.

El sindicalismo como tal, ha tenido un largo camino por recorrer para llegar a la conquista de las diversas disposiciones que contienen en su mayoría los ordenamientos jurídicos de todos los países latinoamericanos. De esta manera, se ha dispuesto una regulación específica para el tema de organizaciones sindicales y libertad sindical, y sin lugar a duda podemos hablar de una conquista considerando que la evolución del derecho a la sindicalización y sus derivados han pasado por un proceso similar al caso del derecho a la huelga, antes considerado un delito y ahora un derecho fundamental.

La doctrina en general reconoce que ese proceso podría ser identificado en tres etapas: i) la de la represión o prohibición, ii) la de la tolerancia; y iii) la de la protección. (Pla Rodríguez, 1962). Con el Estado Social de Derecho y los derechos sociales y económicos que consideraba la Constitución de Querétaro en 1917 se logró impulsar no solo la codificación de estas normas sino la internacionalización de reglas laborales y la necesidad que fuera consideradas en el resto de las Constituciones regionales y de esta manera, se pudiera discutir y considerar alternativas que remediara la desigual distribución de poder entre capital y trabajo, empleador y trabajador, a partir de un sistema de representación colectiva de trabajadores.

En el Perú, como antecedentes del sindicalismo propio, y sus organizaciones que permitieron hoy en día el efectivo reconocimiento de los derechos conexos, podríamos mencionar a la Confederación de Artesanos Unión Universal, a la Federación de Obreros Panaderos Estrella del Perú y la Federación Obrera Regional Peruana. El movimiento obrero de esa etapa dará lugar a un conjunto de luchas reivindicativas que culminarán con la conquista de la jornada de las ocho horas el 15 de enero de 1919, tras días de paro impulsados por las principales federaciones (Villavicencio Rios, 2010).

Si bien en un principio, la respuesta del Estado ante organizaciones colectivas de trabajadores fue ciertamente intervencionista, poco a poco se ha incluido dentro de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de derechos orientados a la organización colectiva de trabajadores. La Constitución peruana de 1933 incluía por primera vez el derecho a constituir sindicatos, pero no de manera independiente, sino que lo incluía en el derecho general de asociación, que en muchas oportunidades ha sido vinculado al derecho de sindicación por sus mismas particularidades. En ese contexto, tribunales internacionales como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha vinculado en sus pronunciamientos el análisis del derecho a la sindicalización con el derecho a la libre asociación como lo hizo en la sentencia de fondo del caso *Huilca Tecse Vs. Peru* en el 2005.

Posteriormente, y tras la ratificación por parte de Perú del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la OIT a través de la Resolución Legislativa N° 13281, se promulgó el Decreto Supremo N° 009 el tres de mayo de 1961 y su respectiva modificatoria el 21 de diciembre de 1962. Ambos instrumentos, propugnaban contemplar las normas que dirigirían al nuevo sindicalismo en el país y los demás lineamientos incluidos en el Convenio 87, pero lo que verdaderamente hicieron fue restringir el derecho a la sindicalización en diferentes aspectos. En principio, el decreto de 1961 solo comprendía en sus disposiciones a los empleadores, obreros y empleados de la actividad privada (Contreras, 2016), asimismo imponía una serie de requisitos formales para la constitución de sindicatos como tales, entre otras, cuando el Convenio 87 en su artículo 2 dispone expresamente que las autoridades públicas deberán abstenerse de limitar de alguna manera el ejercicio de su derecho a la libertad sindical. Un punto que resaltar en esta primera regulación nacional relacionada al derecho a la sindicalización es lo dispuesto por el artículo 1 del decreto supremo de 1961, el cual precisaba la finalidad de los sindicatos, los cuales se constituían para dos aspectos fundamentales: i) la defensa de los intereses comunes de sus agremiados, así como su mejoramiento económico, social y cultural; y ii) la lucha por obtener mejores condiciones salariales y de trabajo. En ese sentido, coincidimos cuando se hace referencia al sindicato como la única forma de asociación que por esencia y por disposición legal tiene esas finalidades como propias (Santistevan, 1972),

Por su parte, la Constitución de 1979 se destaca por ser el principal hito en materia de libertad sindical pues reconocería por primera vez de manera independiente este derecho en su artículo 51, otorgándole a los trabajadores la libertad de sindicalización sin autorización previa, además de mencionar los alcances de

la libertad sindical positiva y negativa, que, sin lugar a dudas, brindaba mayor apertura y protección a los trabajadores para conformar organizaciones colectivas.

Actualmente, en la mayoría de los sistemas democráticos de América Latina, la libertad sindical ha llegado a un punto máximo de reconocimiento, pues de alguna manera u otra, los ordenamientos jurídicos ya han constitucionalizado a la libertad sindical, algunos con mayores restricciones que otros ordenamientos, pero el derecho ya es plenamente reconocido. La Constitución actual del Perú no es la excepción, el impulso de la autonomía colectiva influyó activamente y permitió que se reconociera plenamente el derecho a la libertad sindical en su artículo 28, además de incluir los derechos de negociación colectiva y la huelga. De esta manera, podemos confirmar no solo el modelo pluralista que se viene incorporando respecto a las relaciones laborales, sino también el irrestricto reconocimiento de la libertad sindical como piedra angular del modelo constitucional y como bien jurídico tutelado por el Estado, pero que aun así, y conforme a lo que analizaremos posteriormente, no está libre de ser invadido en su objeto de protección, así como la naturaleza de sus funciones respecto a organizaciones autónomas que puedan entorpecer o distorsionar sus finalidades propias, por lo cual, el desarrollo y precisión de lo que engloba este derecho es una tarea pendiente a analizar.

2.2.Regulación actual

En forma adicional al reconocimiento constitucional del derecho a la libertad sindical contenido en nuestra Constitución, a nivel nacional podríamos apelar a instrumentos internacionales que abarcan el mismo derecho, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra en su artículo 8 los derechos sindicales que deberán garantizar los Estados partes, asimismo el Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva aprobado por Perú desde 1960 y 1964 respectivamente.

En cuanto a legislación nacional, son dos los pilares fundamentales si se trata de relaciones colectivas, por un lado, el Decreto Supremo N° 010-2003-TR que aprueba el TUO de la Ley de relaciones colectivas de trabajo y el Decreto Supremo N° 011-1992-TR que aprueba el Reglamento del Decreto Ley N° 25593, que regula las relaciones colectivas de trabajo.

En particular, el Título II del TUO regula ampliamente los alcances de la libertad sindical como tal, esto implica su constitución, características y titularidad del derecho, así como ciertos aspectos a considerar en el caso de negociación colectiva.

2.2.1 Tipos de sindicato

En el ordenamiento nacional se establece que los sindicatos pueden ser de hasta cuatro tipos:

- a) Sindicatos de empresa. – principalmente formado por trabajadores de diferentes profesiones o especialidades pero que comparten un mismo empleador.
- b) Sindicatos de actividad. – conformados por trabajadores de diferentes profesiones o especialidades que pueden laborar en dos o más empresas que tengan la misma rama de actividad.
- c) Sindicatos de gremio. -integrados por trabajadores que desempeñan una misma profesión o especialidad, pero que laboran en diversas empresas. No se ajusta a ninguna limitación respecto al rubro de la empresa en la cual laboren.
- d) Sindicatos de varios oficios. – conformados por trabajadores de diferentes profesiones, oficios o especialidades que trabajan en diversas empresas, cuando en un determinado lugar el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir otro tipo de sindicatos.

Para efectos de este trabajo es necesario fijar nuestra especial atención en los sindicatos de gremio, los cuales pueden comprender a trabajadores que laboren en distintas empresas pero que necesariamente, deberán desempeñar la misma actividad profesional. De esta forma y conforme al artículo 8 del TUO, este sindicato comprende entre sus principales funciones: a) la representación de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito en los conflictos o controversias de naturaleza colectiva, b) la representación o defensa de sus miembros en las controversias de carácter individual, c) la promoción de creación y desarrollo de cooperativas, cajas, fondos y, en general, organismos de auxilio y promoción social de sus miembros, así como d) la promoción de mejoramiento cultural y educación de sus miembros, entre otras.

Al analizar detenidamente los elementos de un sindicato de gremio y sus funciones, es difícil no relacionarlo directamente con el papel que desempeñan los

colegios profesionales en nuestro país. En principio, abarcan a trabajadores que laboran en distintos lugares o empresas, pero que obligatoriamente deben ejercer la misma profesión. Tenemos así, el caso de los psicólogos, abogados, médicos, entre otros más, que deben afiliarse obligatoriamente a sus respectivos colegios profesionales previamente para poder acceder al mercado laboral, y si analizamos con mayor detalle, las funciones de un sindicato de gremio no son del todo incompatibles con las de un colegio profesional, esto en la práctica, porque a nivel legal está claro que los colegios profesionales también tienen su propia regulación de naturaleza constitucional.

3. Libertad sindical

3.1 Contenido y marco normativo aplicable

La libertad sindical como derecho puede ser definido como la libertad que tienen los trabajadores para constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y estas a desarrollar las actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes (Neves Mujica, 2003). Gran parte de la doctrina señala a este derecho en particular como uno dinámico considerando que su ejercicio permite el goce de otros derechos, como es el caso de la negociación colectiva o de la huelga.

En esencia, el derecho a la libertad sindical involucra la participación de sujetos individuales y colectivos, así como a sus elementos de organización y actividad. El elemento de organización hace referencia a la facultad de constituir sujetos colectivos como presupuesto indispensable para la actuación sindical, mientras que el de actividad hace referencia a la actuación de los sujetos colectivos orientados a promover y tutelar los intereses económico y sociales de los trabajadores, con el firme propósito de cumplir con la función equilibradora entre las principales fuerzas laborales.

Adicionalmente debemos destacar el derecho a la libertad sindical a nivel individual o *intuitio personae*, en el sentido que corresponderá a cada trabajador el derecho a ser parte de las organizaciones sindicales que estime conveniente, sin necesidad de contar con autorización previa. A este nivel, la libertad sindical puede diferenciarse en dos aspectos:

- a) **Aspecto positivo.** – en el sentido que corresponderá únicamente al trabajador la decisión de constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a sindicatos previamente constituidos.
- b) **Aspecto negativo.** – comprende el derecho del trabajador a no afiliarse a sindicato alguno si así lo estima conveniente, así como la libertad a desafiliarse a una organización sindical.

Es este último aspecto el que debemos resaltar, pues si bien no se encuentra consagrado específicamente en nuestra Constitución ni en alguno de los Convenios de la OIT sobre la materia, si es incluido expresamente en el artículo 3 del TUO, cuando refiere que: “No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo”. Asimismo, el propio Código Penal en su artículo 168 incluye la pena correspondiente para todo aquel que “(...) mediante violencia o amenaza, obliga o impide a otro a integrar un sindicato, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”, en esencia el delito supone criminalizar aquella conducta que mediante violencia o amenaza, obliga, coacciona o compele a un sujeto para que realice algún supuesto del tipo penal, en este caso hacemos clara referencia a la defensa de la libertad sindical visto desde su aspecto negativo. Con ello, queda demostrado que respecto a la libertad sindical en su esfera individual nuestro ordenamiento jurídico prohíbe cualquier tipo de imposición de sindicación, ya se de manera directa o automática o indirectamente a través de cláusulas sindicales que condicionen el acceso o el mantenimiento de un puesto de trabajo a la afiliación de un sindicato.

En este contexto, no podemos dejar de mencionar que el derecho a la libertad sindical también debe ser analizado en su esfera colectiva, la cual conforme a la sentencia expedida en el EXP. N° 0206-2005-PA/TC, abarca no solo la organización sino también el cumplimiento de sus funciones como sindicato, a su vez protege las actividades sindicales que desarrollan los miembros que lo integran, así como su autonomía sindical de manera que puedan ejercer libremente sus funciones sin injerencias que puedan afectarlos.

3.2 Jurisprudencia

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva OC-22/16 y casos emblemáticos como es el de Huilca Tecse Vs. Perú y Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, ha desarrollado brevemente el derecho a

la libertad sindical vinculado al derecho de libre asociación en materia laboral. Mientras que la OC-22/16 hace mayor referencia a la titularidad de las organizaciones sindicales respecto a sus titulares y en relación al artículo 8 del Protocolo Adicional San Salvador, casos como el de *Huilca Tecse Vs. Perú*, *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá* y *Lagos del Campo Vs. Perú* se han constituido como los principales estándares en cuanto a libertad sindical se refiere. Esto último considerando que a través de estas sentencias de fondo, la Corte IDH considera que el contenido de la libertad sindical es una forma del derecho a la libertad de asociación, derecho que se encuentra consignado expresamente en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; dicho esto, la Corte IDH fue enfática al señalar que la libertad sindical implicaba la potestad de elección respecto a cómo ejercerla, así como al hecho que el Estado debía garantizar que las personas pueden ejercer libremente su libertad sindical sin implicar ser sujetos a violencia alguna (*Huilca Tecse Vs. Perú*, 2005). De la misma manera, la Corte IDH ha reconocido que la libertad de asociación, en materia laboral, comprende a su vez un derecho y una libertad: el derecho a formar asociaciones sin restricciones y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato” (*Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, 2001), reforzando de esta manera la relevancia del aspecto negativo dentro de la esfera del derecho a la libertad sindical individual.

Respecto a la eventual relación que podría existir entre la libertad sindical y la libertad de asociación con la adscripción forzosa a colegios profesionales, la Corte ha emitido previamente la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas (OC-5/1985), la cual si bien hacía referencia expresa a la eventual afectación a su derecho de libertad de expresión por la naturaleza de sus labores, mencionó un aspecto muy interesante a considerar cuando se trata de colegiaturas obligatorias. Al respecto, el Juez Nieto Navia indicó que el contenido del derecho de asociación contemplado en el numeral 16.1 de la Convención Americana sobre DD.HH implicaba a la vez un derecho y una libertad. Un derecho en el sentido que formar asociaciones no puede ser restringido para los eventos y propósitos contemplados en los artículos 16.2. y 16.3 del mismo instrumento normativo, y una libertad respecto a que nadie puede ser compelido u obligado a asociarse (Opinión Consultiva sobre la acolegiación obligatoria de periodistas, 1985), argumento que nos permite asociarlo directamente con la libertad sindical negativa reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

De esta forma, la libertad de asociación responde a un derecho del individuo de unirse a otros de forma voluntaria y durable para la realización común de un fin, para el caso de los colegios profesionales, según el juez, deberá evaluarse si estas organizaciones violan el carácter voluntario de la libertad de asociación y responder si la norma imperativa de derecho público que los obliga a colegiarse previamente para su desarrollo profesional es válida y no resulta atentatoria de la libertad de asociación. Para que la adscripción forzosa a los colegios profesionales sea válida y no atente contra el derecho de libre asociación y sindicación, estas instituciones deberán cumplir fines estrictamente públicos y trascendentes al interés privado, esto es, que, al recibir la delegación del Estado de cumplir con el fin propuesto, deberá corresponder directamente a asegurar cierto control público del ejercicio de la profesión.

Conforme a la Corte IDH, la adscripción forzosa a colegios profesionales podría violar la libertad de asociación si los fines concretos que persigue corresponde a aquellos que podrían cumplirse por otras asociaciones creadas por los individuos al amparo de su libertad (Opinión Consultiva sobre la acolegiación obligatoria de periodistas, 1985). Dicho de otra manera, deberá determinarse en cada caso en concreto si la adscripción forzosa a colegios profesionales justifica y corresponde a una necesidad efectiva del Estado de asegurar el control público de determinadas profesiones por su propia naturaleza y que delega en los colegios profesionales o si por el contrario, responde a fines distintos y se estarían replicando funciones que corresponden a otro tipo de organizaciones, como sería el caso de los sindicatos que tienen como propósito principal la defensa de los intereses profesionales de sus afiliados; atentando de esta forma, contra el ejercicio del derecho a la libertad sindical negativa.

A nivel nacional, tenemos extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al desarrollo del derecho a la libertad sindical relacionado a las relaciones colectivas, tal es el caso de la sentencia EXP. N° 008-2005-PI/TC, que describe ampliamente los alcances de la libertad sindical, su ejercicio autónomo, así como su ejercicio positivo, negativo y adicionalmente, su ámbito plural.

4. Colegios profesionales

4.1 Regulación normativa y naturaleza de los Colegios profesionales

Los colegios profesionales como tales fueron incluidos por primera vez en un texto constitucional en la Carta Magna de 1979 y actualmente se encuentran regulados en el artículo 20 de la Constitución Política del Perú, el cual dispone:

Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

De esta forma, el Estado otorga no solo autonomía a estas organizaciones, sino que establece expresamente su naturaleza de derecho público. Por su parte, Velezmoro Pinto reconoce la vinculación que existe entre los antecedentes de los gremios desde la Edad Alta Media con la de los colegios profesionales, y justifica su rango constitucional en el sentido que el Estado reconoce la necesaria protección del interés público relacionado a la importancia social y económica de algunas profesionales así como el correcto desenvolvimiento de quienes legítimamente la practican. (Velezmoro Pinto, 2005), de esta manera el Estado es consciente de su propia limitación para supervisar y controlar el desempeño de los profesionales una vez egresados y encuentran en los colegios profesionales, su mejor opción para agrupar y supervisar el correcto ejercicio profesional; estableciendo de esta forma una suerte de asociación compulsiva; lo cual es ciertamente debatible si consideramos que en la práctica las organizaciones profesionales no están siquiera debidamente estructuradas para cumplir con la supuesta misión encomendada por el Estado, esto en el sentido que los colegios profesionales no guardan una estructura unificada a nivel nacional para llevar a cabo sus funciones y en algunos casos se habla de colegios profesionales que funcionan únicamente a nivel regional, todo ello se suma a que en la práctica estas instituciones no se limitan únicamente a la justificación de proteger el interés público y ejercicio correcto de la profesión tal y como lo mencionaba la Corte IDH en su opinión consultiva, resultando todo este comportamiento en una suerte de atentado respecto al derecho de libre asociación vinculado a la libertad sindical.

4.2 Constitucionalización y principales lineamientos jurisprudenciales

Siguiendo lo mencionado líneas arriba, el Estado consciente de la supuesta necesidad de regular y controlar el ejercicio de ciertas profesiones por su grado de incidencia pública confiere a los colegios profesionales el rango constitucional y su naturaleza de derecho público, de tal suerte que, la adscripción forzosa a la cual deben sujetarse diversos profesionales encuentre justificación ante el atentado de su libertad de asociación y libertad sindical en su aspecto negativo. De esta forma, a nivel nacional podemos mencionar la sentencia expedida en el EXP. N° 1027-2004-AA que hace referencia expresa a la naturaleza de los colegios profesionales y la justificación de su adscripción forzosa apelando a la excepción al principio de

autonomía personal, en el sentido que, si bien en un régimen de derecho privado no es exigible la asociación compulsiva, si lo es respecto de entidades de derecho público, como es el caso de los colegios profesionales. De esta manera, el ingreso a la organización no es un acto voluntario, sino una suerte de carga pública o servicio personal. Esta obligación surge de la necesidad de alcanzar específica y concretamente fines públicos de relevancia constitucional (Melquiades Cruz, 2004).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el EXP. N° 00027-2005-AI analizaba la naturaleza jurídica de los colegios profesionales, así como su autonomía y la colegiatura obligatoria, concluyendo que los colegios profesionales debían ser entendidos como instituciones de actuación social y colectiva compatibles con el ejercicio de las potestades y competencias de los poderes público, de esta forma su naturaleza constitucional implicaba su singularización y diferenciación frente a otras formas de organización profesional. Respecto a la adscripción forzosa a colegios profesionales el Tribunal fue bastante escueto al determinar que el legislador gozaba de la facultad de determinar aquellas carreras profesionales en que la colegiatura era *conditio sine qua non* para el ejercicio regular de una profesión. Finalmente determinó que si la obligatoriedad de la colegiación suponía una restricción únicamente para el caso del libre ejercicio de la profesión, dicha obligatoriedad debía ser objetivamente justificada por el legislador (Colegio de Periodistas del Perú, 2006), mas no mencionó argumento alguno respecto a la adscripción forzosa a colegios profesionales y la eventual vulneración al ejercicio de libertad sindical negativa que existiría de darse el caso que los colegios profesionales no cumplan efectivamente las funciones que les fueron delegadas, sino que de cierta forma se desvirtúan ante su falta de organización y las actividades que realizan en la práctica, como es la defensa de intereses de sus agremiados, o creación de fondos orientados a la defensa social de sus miembros, funciones que corresponden a las organizaciones sindicales como tales.

A nivel de jurisprudencia comparada, la sentencia del Tribunal español, STC 131/1989, hace referencia expresa a la justificación de la adscripción forzosa a colegios profesionales cuando el ejercicio de la profesión se realiza de manera libre y autónoma y de esta manera, el Estado se asegura de ejercer cierto control público sobre el ejercicio de la profesión, mas no en el caso en que la profesión se desarrolla en un régimen de subordinación pues considera que el empleador en ejercicio de su facultad de dirección podría eventualmente ejercer el control necesario para el ejercicio adecuado de la profesión, es decir, que discurra dentro de los parámetros éticos, lo mismo se discute cuando el empleador corresponde a la Administración Pública como parte del Estado. Sin embargo, el Tribunal no deja de reconocer la

labor y utilidad de los colegios profesionales y la necesaria adscripción forzosa en los casos que lo determine el ordenamiento jurídico.

4.3. Colegiatura obligatoria y libertad sindical

Con lo mencionado líneas arriba, queda clara la interposición que existe entre la finalidad que justifica la colegiatura forzosa impuesta por los colegios profesionales para el ejercicio de la profesión y la naturaleza misma de las organizaciones sindicales, vulnerando eventualmente, el ejercicio del derecho a la libertad sindical negativa.

El problema radica en dos aspectos fundamentales. En principio, todo lo dispuesto por el Estado en pro de justificar la naturaleza de los colegios profesionales no ha considerado en alguna instancia, la posibilidad que la adscripción forzosa a un colegio profesional puede devenir en un obstáculo para el ejercicio profesional de una persona, esto aunado al hecho que la adscripción implicará el pago de determinadas cuotas que no necesariamente son accesibles para todas las personas y más aún si se considera la coyuntura actual de crisis económica y sanitaria por el COVID-19 que afectará a profesionales recién titulados que se verán obligados a tramitar su afiliación a un colegio profesional previo a su desempeño profesional. Asimismo, y como problema fundamental, está la evidente intromisión a las funciones propias de las organizaciones sindicales que han dispuesto los colegios profesionales, pues más allá de ejercer los mecanismos alternos de control a la titulación y el correcto ejercicio de diversas profesiones a través del requisito obligatorio de encontrarse colegiado como lo dispone la Constitución, incluyen también entre sus fines ejercer la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos y sociales de sus miembros, que por defecto y conforme a la ley corresponden a las organizaciones sindicales.

Igualmente, no podemos dejar de lado el hecho que la defensa de intereses profesionales que indebidamente ejercen o pretenden ejercer los colegios profesionales, incluyen a una pluralidad de sujetos que no necesariamente pueden encontrarse ejerciendo la profesión individualmente sino también incluye a sujetos que se prestan servicios por cuenta ajena, y que ante la obligación de encontrarse adscritos al colegio profesional pueden considerar satisfecha la defensa de sus intereses a través de las funciones que asume el colegio y de esta manera, encontrar escasos incentivos para unirse a cualquier otro tipo de organización sindical. Es así, que resulta fundamental que las funciones y la propia justificación que man-

tienen los colegios profesionales para la adscripción forzosa de sus miembros sean reexaminadas a la luz del texto constitucional y del resto del ordenamiento jurídico, de manera que, no solo puedan precisarse de manera clara las funciones que corresponden tanto a los colegios profesionales como a las organizaciones sindicales y no se afecte la naturaleza de ninguna de estas instituciones, sino también se garantice el ejercicio del derecho a la libertad sindical en todos sus aspectos.

5. Conclusiones

A través del modelo pluralista que viene aplicando el Estado respecto a las relaciones laborales, la libertad sindical como derecho constitucional implica la participación de sujetos individuales y colectivos en la facultad de constituirse como organización sindical para de manera conjunta promover y tutelar los intereses económicos y sociales de sus integrantes, conforme lo establece el artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Asimismo, este derecho involucra aspectos positivos y negativos, que hacen clara referencia a la libre decisión de cada individuo a formar parte o no, de las organizaciones sindicales, debiendo garantizar el debido respecto a su voluntad.

84

Los colegios profesionales, por su parte, constituyen instituciones autónomas de derecho público que encuentran su justificación en el texto constitucional y procuran la asociación compulsiva de sujetos que ejercen determinadas profesionales con el objeto de ejercer la facultad delegada por el Estado, la cual comprende ejercer los mecanismos de control necesarios a fin de asegurar el ejercicio correcto de la profesión.

Siguiendo la práctica y funciones que realmente despliegan los colegios profesionales en la actualidad, se observa que su naturaleza y justificación no obedece a lo dispuesto en la Constitución, en el sentido que hoy se tiene entre sus funciones la defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de sus miembros, entre otras, funciones que competen únicamente a las organizaciones de carácter sindical según lo regula el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, invadiendo de esta forma facultades ajenas que conllevan a un eventual desincentivo a la incorporación de sindicatos, además de la desnaturalización de la asociación compulsiva que involucran estas organizaciones, la cual si bien encontraba justificación constitucional, se desvirtúa ante la alteración del propósito que da origen a los colegios profesionales como tales. Por ende, es necesario llevar a cabo un reexamen que justifique la naturaleza de los colegios pro-

fesionales actualmente y se determine si vienen cumpliendo con el fin principal para el cual fueron creados o si, con el pasar de los años, han ido transformándose en un tipo de organización distinta que lejos de ejercer un control adecuado de la profesión, viene ejerciendo funciones como es el caso de la defensa y representación de interés económicos, sociales y profesionales, entre otros que pueden derivar en un atentado directo a derechos constitucionales como es el caso del derecho a la libertad sindical y el derecho a la libre asociación.

6. Bibliografía

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de Febrero de 2001). Recuperado el 10 de Mayo de 2020, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf

Colegio de Periodistas del Perú, 00027-2005-AI (Tribunal Constitucional 2006). Recuperado el 05 de Mayo de 2020, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01027-2004-AA.html>

CONTRERAS, C. I. (2016). *La desigualdad de la distribución de los ingresos en el Perú. Orígenes históricos y dinámica política y económica*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Huilca Tecse Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 03 de Marzo de 2005). Recuperado el 06 de Mayo de 2020, de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_121_esp.pdf

MELQUIADES CRUZ, 1027-2004-AA (Tribunal Constitucional 2004). Recuperado el 07 de Mayo de 2020

NEVES MUJICA, J. (2003). *Derecho Colectivo del trabajo*. (P. U. Perú, Ed.) Lima. Recuperado el 04 de Mayo de 2020

Opinión Consultiva sobre la acolegiación obligatoria de periodistas, OC-5/85 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1985). Recuperado el 08 de Mayo de 2020, de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

PLA RODRIGUEZ, A. (1962). Convenios Internacionales sobre la libertad sindical. *Derecho Laboral*, 74, 185. Recuperado el 07 de Mayo de 2020

- SANTISTEVAN, J. (1972). Sindicato y Comunidad Industrial. *Derecho PUCP*, 177-186.
- VELEZMORO PINTO, F. (2005). Artículo 20. Los Colegios Profesionales. En *La Constitución Comentada* (Vol. I Tomo, págs. 691-693). Lima. Recuperado el 08 de Mayo de 2020
- VILLAVICENCIO RIOS, A. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación*. Lima: PLADES. Recuperado el 07 de Mayo de 2020

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ*

Se presenta a continuación la transcripción autorizada por la autora de la exposición que, en setiembre de 2019, ofreció en el marco del conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo.**

La presente ponencia abordará 4 temas esenciales vinculadas con la jurisprudencia del Tribunal en materia de negociación colectiva.

87

1. El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos

- El derecho fundamental a la negociación colectiva está consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que establece que “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”. Este artículo no hace diferencia entre trabajadores privados y públicos. Es un reconocimiento general a todo el sector de los trabajadores.

* Presidenta del Tribunal Constitucional del Perú. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctora en Derecho por la misma casa de estudios. Profesora en las siguientes universidades: Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico, Universidad de Lima, Universidad de Piura, Universidad Femenina del Sagrado Corazón y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

- El artículo 42 de la Constitución establece que “Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos”. El dispositivo constitucional no menciona el derecho a la negociación colectiva, pero tampoco lo excluye expresamente. Sin embargo, cualquiera sea la lectura, debemos comprender que el silencio del artículo 42 no significa que los trabajadores públicos no titularicen este derecho, pues los artículos 28 y 42 deben ser estudiados desde una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, según la cual “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático” (STC Expediente 05854-2005-PA/TC, fundamento 12).
- Pues bien, en la STC Expediente 00003-2013-PI/TC y Acumulados, publicada el 18 de setiembre de 2015, sentencia de inconstitucionalidad contra las Leyes de Presupuesto para el Sector Público de los años 2012 y 2013 (en adelante, sentencia sobre Leyes de Presupuesto), el Tribunal se ha preocupado por desarrollar este asunto. Teníamos el antecedente de la STC Expediente 00008-2005-PI/TC, publicada el 17 de setiembre de 2005, sentencia de inconstitucionalidad contra la Ley del Empleado Público, Ley 28175, donde el Tribunal Constitucional, examinando las limitaciones a la negociación colectiva de los servidores públicos que se habían incorporado en la Ley 28175, simplemente había dado por concretado que este sector gozaba de tal derecho, sin realizar sin embargo una problematización de este tema. A lo sumo, en el fundamento 52 de esta sentencia, únicamente se había advertido que, si los servidores públicos tenían reconocido expresamente el derecho a la sindicación en el artículo 42 de la Constitución, entonces, “consecuentemente”, tenían derecho a la negociación colectiva, pero sin dar mayor abundamiento.
- En la actualidad, la reciente sentencia sobre Leyes de Presupuesto, emitida por el actual Pleno de magistrados, esgrime consideraciones importantísimas acerca del alcance de la negociación colectiva en la Administración Pública y establece que el artículo 28 de la Constitución reconoce a “todos” los trabajadores los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva, incluido los trabajadores públicos. Asimismo, argumenta que:
 - Cuando el artículo 42 de la Constitución menciona únicamente los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, no tiene la intención de privarles del derecho a la negociación colectiva, sino únicamente *enfaticar* la importancia de aquellos para este sector de trabajadores, no eliminar.

- Es más, una interpretación del artículo 42 entendiéndolo como eliminando el derecho a la negociación colectiva a los trabajadores públicos supondría la introducción de un trato discriminatorio, que el principio-derecho de igualdad de la Constitución no aceptaría.
 - Asimismo, conceptualmente, desde el punto de vista del derecho a la sindicalización, su mención a favor de los servidores públicos en el artículo 42 “implicaría” que también se reconoce el derecho a la negociación colectiva, porque ésta es una modalidad de representación de los intereses sindicales. Es más, la negociación colectiva es una de las principales actividades representativas de los sindicatos; y,
 - Desde el punto de vista del derecho a la huelga, éste es un derecho funcional del derecho a la negociación colectiva. La huelga que se menciona en el artículo 42 también “implicaría” el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, porque la huelga se ejerce en el contexto de un proceso de negociación colectiva, no en forma independiente.
- En ese sentido, la mención en el artículo 42 de la Constitución de solo dos derechos constitucionales, los derechos de sindicalización y huelga, no excluyen, de ninguna manera, a los trabajadores públicos del goce del derecho a la negociación colectiva, sino que, por el contrario, la implicarían tanto desde un examen conceptual de estos derechos fundamentales como desde la aplicación del principio de igualdad del artículo 2 de la Constitución.
 - En consecuencia, una tesis que defienda que el artículo 28 de la Constitución no es aplicable a los servidores públicos del Estado y que estos trabajadores no son titulares del derecho a la negociación colectiva sobre la base de que el artículo 42 de la Constitución no lo menciona, sería una aproximación simplemente semántica de este artículo y sería contraria a una interpretación unitaria de la Constitución.
 - De ahí que el Tribunal Constitucional en la STC Expediente 00025-2013-PI/TC y Acumulados, publicada el 4 de abril de 2016, sentencia de inconstitucionalidad contra la Ley del Servicio Civil, Ley 30057 (en adelante, sentencia sobre Ley del Servicio Civil), ha reforzado que, en virtud a los argumentos antes mencionados, los trabajadores públicos sí gozan del derecho a la negociación colectiva y que una interpretación contraria constituiría una “interpretación inconstitucional” (fundamento 145).

2. La negociación colectiva en el sector público

- En primer lugar, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la negociación colectiva como mecanismo para la pacificación de conflictos entre trabajadores y empleadores es aplicable al sector público, por lo que la complejidad propia del Estado, y que alcanza a toda la Administración Pública, no es, desde la visión del Tribunal, argumento para postergar este derecho fundamental únicamente al sector privado y empresarial. Por el contrario, atendiendo a la diferente naturaleza de los sectores público y privado el legislador tiene el deber de implementar la esencia de la negociación colectiva con las especificaciones que sean pertinentes para cada ámbito, para no poner en peligro o sacrificar los intereses que ahí se encuentran en juego.
- De ahí que, dada la naturaleza de las cosas, el diseño de un sistema de negociación colectiva para cada sector no resulte arbitrario ni resulte incompatible con la Constitución, pues, como bien ha resaltado el Tribunal en la sentencia sobre Leyes de Presupuesto, no se afecta el principio de igualdad cuando “el legislador establezca un régimen diferenciado según el proceso de negociación colectiva” (fundamento 69) se aplique a los trabajadores del sector privado o al público.
- En efecto, si bien la constitución ha reconocido la negociación colectiva como un derecho constitucional de los servidores públicos, según los artículos 28 y 42 de la Constitución, conforme se ha dicho; será la ley quien “perfeccione” el ejercicio razonable de este derecho en los sectores público o privado, tanto en relación a su goce como a sus limitaciones y restricciones. El legislador tiene ese encargo constitucional, de afinar el diseño legal para hacer efectivo el contenido del derecho a la negociación colectiva en cada sector, sin que ello suponga, por supuesto, que esté autorizado a vaciar dicho contenido.
- Recordemos que el derecho a la negociación colectiva, como así también los derechos a la pensión, a la seguridad social, al trabajo, y los derechos sociales en general, son derechos fundamentales de configuración legal, que, aunque su sola consagración constitucional ya le confiere exigibilidad jurídica, no obstante, el desarrollo legislativo asume la tarea de precisión del contenido, tal como son leyes que especifican los requisitos de la edad y aportaciones para acceder a una pensión de jubilación, en el caso del derecho fundamental a la pensión; o las leyes que han implementado los actuales regímenes de pensiones que hoy disfrutan los trabajadores (ONP u AFP), en el caso del derecho fundamental a la seguridad social.

3. Negociación colectiva y presupuesto público

- Este proceso de configuración legal del derecho a la negociación colectiva, el Tribunal Constitucional, en las sentencias sobre Leyes de Presupuesto y Ley del Servicio Civil, ha sido enfático en resaltar que se debe tomar en cuenta que en el sector público el ejercicio de la negociación colectiva debe ser armonizada con los principios constitucionales que ordenan el presupuesto público de la república. Ello, por la razón de que, mientras en una negociación colectiva en el sector privado se tiene al frente las finanzas corporativas de una empresa o grupo de empresas, en el sector público, por el contrario, se tiene al frente el “interés general de la nación” representada por la economía y las finanzas nacionales.
- En efecto, por lo general, los acuerdos que celebran los trabajadores públicos con sus empleadores en el marco de una negociación colectiva en el sector público tienen un impacto en la economía del Estado. Las legítimas mejoras en las condiciones de trabajo que contenga un pacto colectivo con la Administración Pública, en la mayoría de las veces, altera pues en forma negativa en los recursos que dispone el gobierno de turno. De ahí que, las expectativas de los trabajadores públicos y sus organizaciones sindicales, así como las promesas que las entidades del Estado pudieran presentar deben encaminarse en el marco del régimen constitucional presupuestario, a efectos de no desbordar las posibilidades financieras del Estado.
- Precisamente, por eso, el Tribunal ha recalcado, en la sentencia sobre Leyes de Presupuesto, la necesidad de que “el resultado de la negociación colectiva no genere un exceso de gastos que conlleven a un desbalance en el presupuesto general de la república”. Si bien la Constitución garantiza la protección del trabajador y una remuneración justa y adecuada, “ello no significa que el Estado tenga que asumir una deuda pública desproporcionada en aras de atender estas necesidades legítimas de los empleados públicos” (fundamento 67).
- El orden y la equidad en el presupuesto nacional ha sido una preocupación del constituyente. Así, en los artículos 77 y 78 de la Constitución han establecido los principios de equilibrio presupuestal y legalidad presupuestaria. Según el primero, “El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responde a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”; y según el segundo, “El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”.

- Dichos principios constitucionales servirán de marco y límite al ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues, como bien apunta el Tribunal Constitucional, en la sentencia sobre Ley del Servicio Civil, estas “limitaciones presupuestarias, que se derivan de la Constitución, deben ser cumplidas en todos los ámbitos estatales y, con mayor razón, en relación con aquellas medidas que signifiquen un costo económico para el Estado, como es el caso de algunos aspectos de las condiciones de trabajo o de empleo, que se financian con los recursos del contribuyente y de la Nación”. De ahí que, solo una interpretación de los artículos 28, 42 que sea respetuosa de los artículos 77 y 78 que regulan el presupuesto estatal es aceptable desde una lectura unitaria de la Constitución.

4. Sector público y ausencia de regulación de la negociación colectiva

- El Tribunal ha llamado la atención acerca de la ausencia de regulación en materia de negociación colectiva en el sector público. En los años ochenta, en el Perú se implementó el régimen laboral del Decreto Legislativo 276, Ley de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público, que en su artículo 44, prohibía a las entidades públicas negociar directamente con sus empleados incrementos remunerativos. Luego, en la década de los noventa, se expidió el Decreto Legislativo 728, actualmente, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dirigido como régimen laboral general para el sector privado. Este régimen se extendió, después, a la Administración Pública y ha sido el principal soporte normativo para contratar trabajadores en el sector público.
- Paralelamente, las entidades públicas también contrataban personal mediante contratos de locación de servicios o contratos de servicios no personales. De ahí que, en el año 2008, se emitiera el Decreto Legislativo 1057, Ley que Regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, con la finalidad de sustituir estos contratos y sincerar la verdadera naturaleza de las labores en el Estado de este universo de trabajadores. Pero, a pesar de toda esta pluralidad de regímenes en la contratación estatal, no existe una norma que regule en forma general, ordenada y completa la negociación colectiva con el Estado, sea para negociar mejoras económicas (incrementos remunerativos) como no económicas. La nueva Ley del Servicio Civil, Ley 30057, que apunta ser una reforma ambiciosa y que busca incorporar la me-

ritocracia en la Administración Pública, hace referencia a este asunto, pero no se concentra en él y, por ello, es insuficiente y no es aplicable, además, en su origen, para “todos” los trabajadores públicos (Decreto Legislativo 728, régimen laboral CAS), sino solo para la carrera administrativa que norma.

- Existe hoy el Decreto Supremo 10-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que es una continuación de la regulación laboral de la actividad privada en materia de derecho del trabajo colectivo, pero que no se adecúa a la realidad del sector público, donde, como se ha afirmado, los pactos colectivos tienen un impacto en el presupuesto nacional.
- Para el Tribunal Constitucional esta ausencia de legislación ha significado una “omisión inconstitucional”, que entorpece el goce efectivo del derecho fundamental a la negociación colectiva y, por supuesto, también afecta una gestión disciplinada de las finanzas nacionales, dado que se celebran micro-pactos sin un orden en toda la Administración Pública o, caso contrario, ésta es vencida en múltiples arbitrajes. En la sentencia sobre Leyes de Presupuesto, se hizo hincapié en esta omisión legislativa y se indicó que “constituye un incumplimiento de las obligaciones internacionales a las que el Estado peruano se sometió con la ratificación de los Convenios de la OIT 98 y 151”.
- Por eso, el Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia, y reiterada en la sentencia sobre Ley de Servicio Civil, ha considerado a bien, en aplicación de los principios de división de poderes y de corrección funcional, exhortar al Congreso de la República subsanar esta omisión y dictar una ley que desarrolle el derecho a la negociación colectiva del personal del sector público.

5. Directrices para la futura legislación sobre negociación colectiva

- Sin embargo, en esta última sentencia, sentencia sobre Ley del Servicio Civil, el Tribunal Constitucional ha visto pertinente establecer directrices que el desarrollo legislativo debe tomar en cuenta en relación con este derecho fundamental. Se ha establecido que:
 - El Estado debe brindar la información económica y social suficiente a las organizaciones sindicales para que se pueda llevar a cabo una negociación colectiva sincera y transparente. Esta información deberá conte-

ner el marco presupuestal, que incluya los “recursos ordinarios, recursos directamente recaudados, la ejecución presupuestaria del ejercicio anterior, etc.” (fundamento 178). Asimismo, esta información debe ser alcanzada con antelación para que los trabajadores puedan examinarla con serenidad.

El Tribunal ha establecido esta exigencia para que el dialogo entre trabajadores organizados y Estado sea, en lo máximo posible, en igualdad de condiciones y para que las organizaciones sindicales estén enteradas de la situación en la que su contraparte negocia.

- Se debe introducir la posibilidad de intervención de una autoridad en la negociación colectiva, que vele por los intereses generales. Las partes del dialogo (entidad pública y trabajadores) deben gozar de autonomía para negociar; pero, teniendo en cuenta los principios constitucionales presupuestarios, el Tribunal ha considerado a bien, que en el proceso negocial pueda incorporarse “alguna autoridad pública competente cuando el procedimiento de negociación colectiva esté referido a aspectos remunerativos u otras cláusulas que puedan tener un impacto económico en el programa presupuestario estatal” (fundamento 179). Por supuesto, esta intervención no debe suprimir la autonomía colectiva de quienes negocian. La participación de esta autoridad solamente tiene como finalidad salvaguardar las capacidades económicas del Estado, esto es, demarcando cual es el espacio posible de negociación, mas no definiendo el contenido mismo de la negociación de los empleadores directos y sus trabajadores.

Otra posibilidad, según ha dicho el Tribunal, distinta de esta autoridad es que se introduzca disposiciones legales que establezcan reglas de reajuste salarial en el sector público, de forma que sirvan de base para negociar incrementos económicos. Otra opción también es que se habilite la dotación de una asignación presupuestaria global y fija en cuyo marco las partes puedan negociar.

- El legislador debe definir en la ley los niveles gubernamentales de negociación colectiva (central o sectorial o individual, etc.), así como la precisión de los límites en que deben enmarcarse los acuerdos colectivos cuando estos contengan, especialmente, incrementos de orden económico. Adicionalmente, el Tribunal ha referido que “también son admisibles otros niveles de negociación existentes en el derecho comparado, al

que la OIT ha reconocido su admisibilidad desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Entre estos, se encuentran los modelos de negociación de niveles descentralizados o, incluso, la configuración de modelos mixtos, es decir, que combinen niveles de negociación colectiva centralizada con niveles de negociación colectiva descentralizados” (fundamentos 180).

- Se debe asegurar que los pactos colectivos sean incorporados con suficiente antelación a la elaboración del proyecto del presupuesto nacional. Por ello, estos acuerdos deben ser celebrados a tiempo para que sean debidamente tomados en cuenta en cada uno de los proyectos de presupuesto anual de las entidades públicas a las que conciernan, para que, a su vez, puedan ser consolidados por el Ministerio de Economía y Finanzas, pues, conforme manda el artículo 78 de la Constitución, el proyecto de ley de presupuesto está a cargo del Poder Ejecutivo y debe ser enviado al Congreso de la República, a más tardar, el 30 de agosto de cada año. En ese sentido, respetar los plazos resulta importante para que pueda hacerse realidad las mejoras laborales.
- Sea cual fuese el modelo de negociación colectiva que el legislador diseñe, en las sentencias sobre Ley del Servicio Civil como en la sentencia sobre Leyes de Presupuesto, el Tribunal ha sido claro en precisar que es necesaria que en alguna instancia el Poder Legislativo ratifique o autorice los pactos colectivos celebrados. “La aprobación final del incremento de las remuneraciones ha de contemplar la aprobación parlamentaria”, porque, dado que el presupuesto nacional distribuye los recursos y rentas de todos los peruanos, es menester que medie el consentimiento de su representación política, en virtud del principio de soberanía popular.

6. Límites a los límites de la negociación colectiva en el sector público

- Ahora bien, como parte de estas directrices al desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado acerca de los límites del Estado para prohibir o restringir incrementos económicos y salariales en el sector público.
- En el año 2003, los colegios de abogados del Callao y de Arequipa interpusieron, cada uno, demandas de inconstitucionalidad contra las leyes de pre-

supuesto para el sector público para los años fiscales 2012 y 2013, alegando, entre otros aspectos, que algunas de sus disposiciones eran inconstitucionales por el fondo, toda vez que prohibían que los trabajadores públicos puedan discutir con sus entidades empleadoras cualquier tipo de reajuste o incremento de sus remuneraciones o se aprobaran bonificaciones a través de la negociación colectiva, lo que consideraban una trasgresión al artículo 28 de la Constitución, que consagra el derecho a la negociación colectiva, así como a los convenios 98 y 151 de la OIT suscritos por el Estado peruano.

- El Tribunal Constitucional observó que dichas leyes de presupuesto, efectivamente, habían adoptado, más allá del año que rigen, una política financiera consistente en prohibir en todos los niveles de gobierno (el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales) todo tipo de mejoras salariales a favor de los servidores públicos, cualquiera sea su modalidad, periodicidad o mecanismo e, incluso, cualquiera sea su fuente de financiamiento. Esta prohibición se mantenía en forma invariable desde las leyes de presupuesto del año 2008 y se reiteraba año a año hasta el 2015, año en que se expidió la sentencia de inconstitucionalidad sobre Leyes de Presupuesto.
- El Tribunal declaró inconstitucionales las disposiciones legales de estas leyes de presupuesto de los años 2012 y 2013, así como aquellas disposiciones contenidas en las leyes de presupuesto posteriores, concretamente, las correspondientes a los años 2014 y 2015, por razón de identidad. El Tribunal afirmó que habían prohibido todo tipo de mejora económica por un tiempo irrazonable y ello violaba los artículos 28 y 42 de la Constitución, que reconocen el derecho fundamental a la negociación colectiva de los servidores públicos.
- Pero, en paralelo a lo anterior, esta sentencia estableció criterios importantes para poder restringir la negociación colectiva en el sector público, que, en pocas palabras, establecen que las medidas limitativas deben ser proporcionales y razonables, tanto en el modo como en su duración.
- El Tribunal dejó dicho que:
 - La limitación del derecho a la negociación colectiva debe obedecer a causas objetivas, que sean consecuencia de una situación de urgencia. En ese sentido, es posible que este derecho colectivo sea restringido en materia de salarios cuando el Estado atraviese una coyuntura de crisis económica y financiera y el gobierno establezca un periodo de austeridad. En estos casos se justifica una intervención en el derecho fundamental,

que no acarreará su incompatibilidad con la Constitución, dado que se trata de atender una necesidad del país y se trata, de alguna forma, de equilibrar los costos de la crisis entre los trabajadores y los empleadores.

- Las restricciones que se establezcan deben ser transitorias. Si bien, como se ha dicho, estas restricciones surgen de una situación de urgencia, no obstante, éstas siempre deben ser consideradas como una política temporal. El periodo de restricción debe ser razonable. No se aceptarán plazos indefinidos o plazos prolongados, como lo que sucedió en las leyes de presupuesto de los años 2012 y 2013, cuya prohibición a la negociación en materia salarial se remontaba al año 2008 y había permanecido constante hasta el año 2015, es decir, siete años seguidos de limitación legal.

Por tal razón, el Tribunal Constitucional estimó que las restricciones o prohibiciones a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público no pueden exceder de la vigencia anual que corresponden a las leyes de presupuesto; y, si se extienden, éstas no deberían superar el plazo de tres años, conforme ha recomendado el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

- La limitación temporal de la negociación colectiva no debe ampliarse a “todas” las materias susceptibles de negociación, sino que debe ajustarse a lo estrictamente necesario. Por ello, las restricciones no deben alcanzar, en principio, a los asuntos que no sean de índole económica, pues éstas deben mantenerse disponibles al dialogo.
- Las restricciones que se introduzcan no deben poner en peligro el goce del mínimo vital de los servidores públicos. Las restricciones que impliquen que los salarios se tengan por debajo de este umbral se afectará la dignidad del trabajador.

Conclusiones

1. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha optimizado el derecho fundamental a la negociación colectiva, partiendo, en primer lugar, por exigir que el legislador cumpla con su obligación de brindar un diseño legal general y completo, que haga posible que la negociación colectiva como derecho sea realmente efectiva en el sector público, pues los trabajadores ne-

cesitan que sus expectativas de reajuste salarial y de mejora de su situación como empleado del Estado sean cumplidas.

2. Asimismo, lo desarrollado por el Tribunal también delimita, desde ya, que cualquier diseño legal que se estructure en el futuro deba ser respetuoso de las cláusulas constitucionales que norman el presupuesto de la república, pues los recursos y rentas de la nación, así como su distribución equitativa y la gestión disciplinada de las finanzas nacionales también poseen protección constitucional. Por eso, el legislador tiene la tarea de ponderar sabiamente los derechos de los trabajadores y el interés general de la nación.
3. Todo esto y la legislación pendiente, promoverá una mayor sindicalización en el sector público. Según un informe del año 2017 de Servir (Autoridad Nacional del Servicio Civil), que analizó el ejercicio de la sindicalización y la negociación colectiva en el país, dio como cifra que en el sector público, al año 2016, solamente el 16% de servidores públicos se encontraba afiliada a un sindicato, cifra que representaba, su vez, el triple de la sindicalización en el sector privado, que fluctuaba en 5%; cifra bajísimas que dicen mucho de la realidad de nuestros trabajadores y que ahora, con la jurisprudencia ya dictada y con la legislación por expedir, se espera empiece a cambiar y puedan tener mejores condiciones legales para organizarse y puedan defender con mejores herramientas sus derechos.

Setiembre de 2019

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO: NECESIDAD DE REGULACIÓN EQUILIBRADA

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ* **

Este artículo actualiza la exposición que el autor ofreció en el conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público que fue organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo en setiembre de 2019.***

El objeto del presente artículo es revisar la evolución normativa sobre la negociación colectiva en el Sector Público y su alcance constitucional según el Tribunal Constitucional. A continuación, se muestran los problemas existentes alrededor de dicha figura y se proponen medidas para alcanzar una regulación equilibrada.

Los antecedentes normativos en materia de negociación colectiva

Considero conveniente precisar que la comprensión que se tiene sobre la negociación colectiva en el Sector Público en el Perú, ha ido cambiando en el tiempo.

* Abogado PUCP, Magister en Derecho, NYU School of Law. Profesor de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Las expresiones contenidas en el presente artículo constituyen la visión y opinión personal del autor. De ninguna manera constituyen la opinión oficial de las entidades a las cual éste se pueda encontrar afiliado.

*** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

Tradicionalmente, en el Perú ha existido una regulación diferenciada, especial, para los funcionarios y servidores públicos. Así, tenemos que la Constitución de 1979 establecía lo siguiente:

“Artículo 61.- Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales”.

Además, el artículo 60 de dicha Constitución había estipulado que: *“Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado. La más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación, a Senadores y Diputados, Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema”.*

Bajo ese marco legal se dictaron diferentes normas, que regularon la negociación colectiva en el Sector Público:

- En 1980 se ratificó el Convenio N° 151 de la OIT. Este convenio, aplicable específicamente a servidores del Sector Público, señala que los países deben establecer *“medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.*
- En 1982 se emitieron los Decretos Supremos N°s 003-82-PCM y 026-82-JUS, que regularon la constitución de organizaciones sindicales, por parte de los servidores públicos. En esta norma se estableció un procedimiento de consulta, negociación y arbitraje respecto de condiciones generales de trabajo. Para las condiciones económicas (vinculadas al Sistema Único de Remuneraciones), se estableció un procedimiento de consulta con las organizaciones sindicales de servidores públicos.
- En 1984 se aprueba el Decreto Legislativo N° 316, Ley de Presupuesto del año 1985. En esta norma se estableció que los incrementos de los servidores de gobiernos locales se regularían por negociaciones bilaterales y condicionados a sus asignaciones presupuestarias.
- En 1984 también se dicta el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Luego, en 1990 se aprueba el Decreto Supremo N°

005-90-PCM, Reglamento de dicha norma. En este régimen se prohibió expresamente la negociación colectiva de remuneraciones, incrementos y beneficios económicos.

- En 1985 se dicta el Decreto Supremo N° 070-85-PCM, que permite la negociación bilateral para la determinación de remuneraciones y condiciones de trabajo, para los gobiernos locales. El costo de estos conceptos se financiaría con recursos propios de tales entidades. A finales de ese mismo año, se le dio fuerza de ley de dicho decreto supremo, por mandato del artículo 194 de la Ley N° 24422 (Ley de Presupuesto del Sector Público del año 1986).
- En 1992 se expide el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Esta norma, aún vigente, estableció que resultaba de aplicación a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada *que prestan servicios para empleadores privados*. Además, estableció que los trabajadores de empresas pertenecientes al ámbito de la Actividad Empresarial del Estado, sujetos al régimen de la actividad privada, quedaban comprendidos en las normas del Decreto Ley en cuanto estas no se opusieran a normas específicas y especiales del Sector Público. En ese sentido, esta norma no resultaba aplicable a la generalidad de trabajadores del Sector Público y, en cualquier caso, sus disposiciones quedaban subordinadas a lo que las normas específicas y especiales de dicho sector establecieran.

Hasta donde conocemos, durante la vigencia de la Constitución de 1979, no existieron cuestionamientos a la constitucionalidad de las normas citadas. Durante la vigencia de la Constitución de 1979 primó la consideración que, si bien los servidores públicos tenían como derechos constitucionales la sindicalización y la huelga, la negociación colectiva no ostentaba esa misma jerarquía. Así, se consideró un derecho sujeto a definición legal.

La Constitución vigente (Constitución de 1993) sigue la misma línea establecida en la Constitución de 1979, estableciendo que los servidores públicos tienen derechos de sindicación (organización de sindicatos) y huelga (medidas de fuerza).

Ya bajo la actual Constitución se dictaron diversas normas, vinculadas a la negociación colectiva en el Sector Público:

- En 1995 se aprobó el Decreto Supremo N° 074-95-PCM. Dicha norma estableció que la negociación colectiva en los Gobiernos locales se efectuará bilateralmente, conforme a las normas legales presupuestales correspondientes.

- Durante toda la década de los años 90', las leyes anuales de presupuesto establecieron que las escalas remunerativas y los reajustes de las remuneraciones, bonificaciones, *beneficios de toda índole*, se aprobarían mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, siendo nula toda disposición contraria bajo responsabilidad.

Esas mismas leyes anuales de presupuesto señalaron que los reajustes de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de los trabajadores de los Gobiernos Locales, se atendían con cargo a los recursos directamente recaudados de cada Municipalidad y se fijaban mediante el procedimiento de negociación bilateral establecido por el Decreto Supremo N° 070-85-PCM. Para tal efecto, se tenía que garantizar el financiamiento con dichos recursos directamente recaudados, bajo sanción de nulidad.

- A finales de 1999 se dicta la Ley N° 27209, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, que regula de manera general el Sistema Administrativo de Presupuesto. Esta norma, consolida de manera permanente, aquello que había sido repetido todos los años en las leyes anuales de presupuesto público.
- En el año 2004 se aprueba la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Esta norma consolidó lo ya establecido. Las escalas remunerativas y los reajustes de las remuneraciones, bonificaciones, beneficios de toda índole, se aprobarían mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, siendo nula toda disposición contraria bajo responsabilidad.

Para el caso de las municipalidades, se estableció que los reajustes de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de sus trabajadores, se efectuaban de acuerdo al Decreto Supremo N° 070-85-PCM atendían con cargo a los recursos corrientes. Para tal efecto, se tenía que garantizar el financiamiento con dichos recursos directamente recaudados, bajo sanción de nulidad.

- En las leyes de presupuesto de todos los años se ha venido estableciendo la prohibición de reajuste o incremento de remuneraciones, así como la aprobación de las escalas remunerativas, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones y beneficios de toda índole *cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo, fuente de financiamiento*.

Como se puede apreciar, hasta bien entrado el siglo XXI, primó la posición restrictiva de la negociación colectiva y no era considerado como un derecho constitucional.¹

La evolución del pensamiento del tribunal constitucional

Acción de Cumplimiento por Convenios Colectivos a nivel municipal.

En el Expediente N° 1035-2001-AC/TC, resuelto el año 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una Acción de Cumplimiento, donde se había demandado que la Municipalidad Distrital de Breña, cumpliera unos convenios colectivos. En este caso, el TC analiza si los convenios colectivos habían cumplido con las condiciones establecidas para la negociación colectiva en las municipalidades, de acuerdo a lo establecidos en las leyes anuales de presupuesto de los años 90' y en los Decretos Supremos N°s 003-82-PCM y 070-85-PCM, dado que; de acuerdo a dichas normas, ello sí hubiera resultado posible en el ámbito municipal.

En este caso, el TC reafirma el principio de legalidad aplicable a la Administración Pública y la sujeción de la función pública a los límites presupuestales. Esos son sus parámetros para decidir esta acción de cumplimiento. En ninguna parte de este caso, el TC discute o plantea el nivel constitucional de la negociación colectiva en el Sector Público.

Acción de cumplimiento por convenios colectivos de un organismo público del Poder Ejecutivo.

En el Expediente N° 1663-2003-AC/TC, resuelto el año 2003, el Tribunal Constitucional se pronunció en una Acción de Cumplimiento, donde se había demandado que ESSALUD cumpliera unos convenios colectivos. En este caso, el TC señaló que -sus reiteradas decisiones- confirmaban que el Decreto Legislativo N° 276, prohibía expresamente a las entidades públicas negociar con sus servidores, ya sea directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones establecido; resultando nula toda estipulación en contrario. En ese contexto, el TC señaló que los convenios colectivos no

1 MORALES, Pedro. "La Negociación Colectiva en las entidades del Sector Público". En: Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Editorial Grijley. Lima 2008. Pag. 430.

resultaban amparables, dado que habían violado las restricciones legales establecidas.

Como en el caso anterior, el TC reafirma el principio de legalidad aplicable a la Administración Pública y la sujeción de la función pública a los límites presupuestales. En ninguna parte de este caso, discute o plantea el nivel constitucional de la negociación colectiva en el Sector Público.

Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público.

En este caso (Expediente N° 008-2005-PI/TC), resuelto el año 2005, el Tribunal Constitucional, por primera vez vincula la negociación colectiva, con el nivel constitucional. El TC señaló que la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho de sindicación de los servidores públicos y, consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece ese mismo artículo (los funcionarios con poder de decisión, los de confianza o de dirección y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional).

A continuación, el TC precisó que una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debía tener presente el Convenio N° 151 de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública. Dicho Convenio resulta la norma específica de la OIT para regular a los servidores públicos. Sobre este punto es pertinente señalar que el Convenio N° 151 de la OIT no establece a la negociación colectiva como el mecanismo específico, único o exclusivo.²

2 “Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la Administración Pública”. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205520.pdf

En dicho documento se establece que existen diversos mecanismos para hacer efectivos “los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones” tal como señala el artículo 7 del Convenio OIT 151.

Es más, el Estudio citado señala que el Convenio OIT 151 no establece un modelo único, un tipo específico de negociación, ni rangos normativos específicos ni resultados de un solo tipo que puedan considerarse como “acordes” al Convenio. Por el contrario, existen diversas modalidades y alternati-

A continuación, el TC señaló que el ejercicio del derecho de negociación colectiva no es absoluto y está sujeto a límites. Así, se considera que dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio N° 151 de la OIT, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. Añade que, si el empleador de los servidores públicos es el Estado, a través de sus diferentes dependencias; las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Finalmente, el TC establece que las negociaciones colectivas de los servidores públicos deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.

Acción de Amparo solicitando que se le ordene a una entidad pública someterse arbitraje, al no producirse acuerdo en trato directo.

En este caso (Expediente N° 02566-2012-PA/TC), resuelto el año 2013, el Tribunal Constitucional reitera que el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos debe darse conforme al Convenio N° 151 de la OIT. También ratifica que, para el caso peruano, las condiciones nacionales a los que refiere dicho Convenio son las normas presupuestarias (que tienen base constitucional).

A continuación, el TC precisa que, en la tensión entre el derecho a la negociación colectiva en el sector público y el principio de legalidad presupuestaria (artículos 28 y 77 de la Constitución, respectivamente), corresponde asumir una decisión ponderada que satisfaga razonablemente y por igual, el contenido constitucionalmente protegido de ambos principios en un contexto de equidad y razonabilidad. En ese contexto, se cita al Comité de Libertad Sindical, que afirma que en la negociación colectiva de los funcionarios y empleados públicos “ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública.

Luego, el Tribunal Constitucional hace referencia específica a las leyes de presupuesto, que han venido imponiendo algunas restricciones al poder de negociación colectiva en el sector público, al prohibir el incremento de remuneraciones,

vas que resultan compatibles con el Convenio. Por tanto, no se puede afirmar que el Convenio OTI 151 implique necesariamente a la negociación colectiva.

bonificaciones y beneficios de toda índole, cualquier sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento, incluyendo los derivados de arbitrajes en materia laboral.³

En este contexto, el TC señala con contundencia que dichas restricciones presupuestarias (que prohibían incrementos, bonificaciones y beneficios de toda índole), traducen el principio de equilibrio presupuestario establecido en el artículo 77 de la Constitución. Por tanto, constituyen un límite legítimo a la negociación colectiva (y al arbitraje potestativo resultante de dicho procedimiento) entre organizaciones sindicales y entidades del Estado. En ese sentido, *dicha disposición normativa resulta plenamente constitucional y, por ende, vinculante para todos los poderes públicos y privados, en el marco de cualquier negociación colectiva que reúna estas características.*

Finalmente, el TC precisa que cualquier eventual incremento y/o beneficio económico resultante de una negociación colectiva llevada a cabo con entidades del Estado, debe ser cubierto con recursos provenientes de ingresos propios, previamente incluidos en el presupuesto de la entidad, y de ninguna manera financiados por ingresos que tengan como origen otras fuentes. Además, se señala que todo incremento deberá estar previsto oportunamente en el presupuesto de la entidad al momento de la negociación o, en defecto de ello; en el presupuesto del año subsiguiente.

La postura actual del tribunal constitucional

La posición actual del Tribunal se encuentra vertida en dos casos sustancialmente similares, resueltos a finales del año 2015 y comienzos del año 2016. El año 2015, el Tribunal Constitucional resuelve los Expedientes N°s 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC; en donde se cuestionaron las normas presupuestarias que prohibían la negociación colectiva (Leyes Anuales de Presupuesto de 2012 y 2013). El año 2016, el TC resuelve los Expedientes N°s 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC; en donde se cuestionaban diversos aspectos de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (entre otros temas, la prohibición de regular materias económicas en la negociación colectiva).

3 El Tribunal Constitucional señala que dichas restricciones vienen desde la Ley Anual de Presupuesto Público del 2008. Sin embargo, como hemos podido ver, dichas restricciones se han establecido de manera continua, desde la década de 1980.

Estos dos casos, el Tribunal Constitucional define de lleno los alcances constitucionales del derecho de negociación colectiva en el Sector Público y su vinculación con las normas de presupuesto.

El TC considera que la negociación colectiva es un derecho constitucional de los servidores del Sector Público. Se trata de un derecho que se encuentra implícito en el artículo 42 de la Constitución, que se refiere a los servidores públicos y que expresamente sólo menciona los derechos de sindicalización y huelga. El TC precisa que la garantía institucional de ambos derechos, requiere la existencia de la negociación colectiva.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho es a negociar, a discutir. No existe el derecho a la obtención efectiva del convenio, del acuerdo (el producto de la negociación), ni a la obtención de beneficios como consecuencia necesaria, obligatoria o automática. En ese contexto, también se señala que ambas partes tienen la obligación de negociar de buena fe. Tienen la obligación de llevar a cabo, verdaderas negociaciones, en el marco de un proceso de diálogo.

Un punto importante en estas sentencias es la indicación de que la negociación colectiva está sujeta a las reglas del derecho constitucional presupuestario. Dado que el resultado de la negociación colectiva genera repercusiones directas en el presupuesto estatal, este proceso debe efectuarse cumpliendo los principios y reglas presupuestales, así como al proceso presupuestario y su lógica.

Además, el TC señala que en el ámbito público es usual que la vigencia de un convenio colectivo dependa de su presentación ante una autoridad legislativa o administrativa con el objeto de incorporarlo a un instrumento legal o normativo en general. Ello no es inconstitucional. El bien común y el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones y otros beneficios tenga relación directa con el manejo del presupuesto del Estado genera que se establezcan parámetros de mayor exigencia o, si se quiere, de intervención del Estado.

También señala que, si bien existe la obligación constitucional de estimular y fomentar la negociación colectiva, ello no conlleva la anulación del papel del Estado en su rol de garante de derechos fundamentales y bienes o principios constitucionales. Existen principios y bienes jurídicos preferentes que pueden desplazar o reducir el alcance de la negociación colectiva.

Bajo ese marco, lo que el TC ha declarado inconstitucional es la restricción o prohibición absoluta y permanente, a la negociación de temas económicos en la negociación colectiva del sector público. El TC ha señalado que puede haber pro-

hibiciones absolutas pero temporales a la negociación colectiva, ante situaciones de crisis económica, por ejemplo. Esta restricción debe estar justificada y durar un tiempo razonable (se ponen 3 años, como referencia).

Si bien se reconoce la negociación colectiva como derecho constitucional, el TC ha establecido que su configuración, su ámbito, delimitación, las condiciones de su ejercicio, así como sus limitaciones y restricciones se establecen por ley. Es un derecho sujeto a configuración legal. Esto es, que se requiere una ley de desarrollo que precise sus alcances, formas y mecanismos.

En esa línea se ha señalado que la Constitución ha dejado al legislador un margen de discrecionalidad para delimitar o configurar su contenido, al mismo tiempo que establecer las condiciones de su ejercicio y las restricciones o limitaciones a las que este puede encontrarse sometido, las que en todos los casos han de ser idóneos, necesarios y proporcionales. Asimismo, se precisa que el legislador puede establecer un régimen jurídico diferenciado para la negociación colectiva en el Sector Público.

En las sentencias citadas, el TC establece lineamientos, para la futura ley de negociación colectiva:

- a) Se debe prever la disposición de información económica, financiera y presupuestaria, en favor de los trabajadores, para el proceso de negociación.
- b) En el proceso de negociación colectiva -que es inicialmente bilateral- puede participar una autoridad pública, cuando se discutan temas remunerativos o económicos.

El TC señala que la legislación debe definir cuáles serían estas instancias gubernamentales que participarían en estos procesos de negociación y los límites dentro de los cuales se pueden arribar a acuerdos.

En este contexto se debe mencionar que el TC no ha predefinido la existencia de arbitraje. No es un mecanismo constitucionalmente obligatorio, para el sector público.

- c) La legislación puede definir modelos de negociación centralizados, sectoriales o descentralizados. Inclusive, también puede establecer modelos mixtos, donde se combinen niveles de negociación.
- d) Dado que participa la Administración Pública, la autonomía de las partes no puede ser absoluta. Resulta admisible establecer reglas que contemplen el margen en que las partes pueden negociar cláusulas económicas.

- e) La legislación necesariamente debe poner salvaguardas que tutelen los principios presupuestarios de equilibrio presupuestal, asignación equitativa, eficiencia y satisfacción de necesidades básicas.
- f) Cualquiera que fuese el modelo adoptado por el legislador, la aprobación final de condiciones económicas requiere de la aprobación parlamentaria. De esta manera se asegura que dichos montos sean compatibles con el presupuesto general de la República.

En relación a las competencias de los árbitros y tribunales arbitrales en el contexto de la negociación colectiva, el TC ha señalado que deben sujetarse al marco jurídico vigente. El TC señala expresamente que dicho marco jurídico incluye a la Constitución, sus interpretaciones vinculantes y, además; el respeto a las disposiciones presupuestarias que tienen sede constitucional.⁴

El TC señala que las remuneraciones y beneficios económicos deben ser un mecanismo para atraer y retener personal idóneo en el Servicio Civil Peruano. En ese sentido, el ajuste de condiciones económicas no es privativa del proceso de negociación colectiva. El Estado –como empleador– debe evaluar las retribuciones que se otorgan a los servidores, de acuerdo al contexto económico - social. Esto, con la finalidad de asegurar –por un lado– una remuneración equitativa y suficiente y –por otro– la contribución a la eficacia y la efectividad de los servicios que dicho Estado tiene a su cargo.

Un aspecto particular de estas sentencias, es que el Tribunal Constitucional declara su “*vacatio sententiae*”, es decir, la aplicación diferida de sus efectos (la declaración de inconstitucionalidad). Estas sentencias recién producirían efectos, a partir del año de la primera legislatura del período legislativo 2016 – 2017 (es decir, a finales de diciembre 2017).

⁴ Esta posición ya venía definida por el Tribunal Constitucional. Así, en el expediente N° 6167-2005-PH/TC, el TC ha señalado que el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva *o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria*, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente (fundamento 18, énfasis nuestro).

El derecho de negociación colectiva, como derecho de constitucional de configuración legal

Como hemos visto líneas arriba, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de negociación colectiva en el Sector Público tiene nivel constitucional, siendo uno de configuración legal.

¿Qué significa que un derecho constitucional sea de configuración legal? Esto lo explica el propio Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, siguiendo lo señalado por la doctrina constitucional, ha establecido que los derechos constitucionales tienen distinta eficacia (Fundamento 11 del Expediente N° 1417-2005-AA/TC). Así, el TC señala que existen disposiciones constitucionales de dos tipos: las normas regla y las normas principio.

Sobre las primeras (normas regla), se señala que son mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables. Las segundas (normas principio) constituyen mandatos de optimización, normas abiertas, de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de una norma legal (norma de nivel primario), para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. Esto es, para ser exigibles.

En ese contexto tenemos los derechos constitucionales de “configuración legal”. El TC señala que existen derechos de este tipo, porque así lo ha previsto la propia Constitución (por ejemplo, el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Fundamento 11 y siguientes, del Expediente N° 0976-2001-AA) o en razón de su propia naturaleza (por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales).

Estos derechos constitucionales de configuración legal requieren de una ley, como requisito sine qua non; para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. En estos derechos, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal (a partir de la dación de una ley), la que los convierte en exigibles.

Sobre esta categoría, Fernández Delpuech por ejemplo, señala que en estos derechos, el contenido y perfiles quedan encomendados a la ley, siendo la inter-

vención legislativa más intensa que en otros derechos, ya que los conforma en su contenido.⁵

Esta autora cita a Pérez Tremps, quien ha señalado que los derechos constitucionales de configuración legal son “derechos que la propia Constitución reconoce y garantiza en función de su concreción por el legislador” (es decir, el Congreso, a través de una ley). También cita a Díez Picazo, quien considera que estos derechos “no son susceptibles de ejercicio en ausencia de un adecuado desarrollo por parte del legislador”. Esa es la categoría que el TC le ha asignado al derecho de negociación colectiva en el Sector Público.

La negociación colectiva en el sector público. La evidencia de los datos

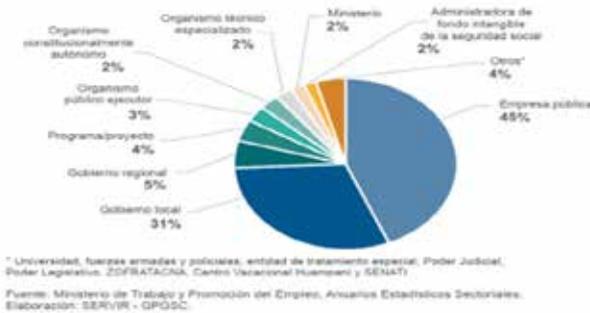
La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, en el documento “Negociación Colectiva en el sector público, 2017”,⁶ identifica para el período 2006 – 2016, entidades del Sector Público vienen suscribiendo acuerdos con organizaciones sindicales; en los cuales se otorga incrementos remunerativos y beneficios económicos. En ese mismo período también se identifican laudos arbitrales, sobre esos mismos temas.

Los gráficos a continuación muestran los tipos de entidades estatales que han venido acordando convenios colectivos (o laudos arbitrales) y los temas económicos que han sido regulados.

5 FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía. Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid 2015. Página 66.

6 Documento disponible en: <https://storage.servir.gob.pe//publicaciones-sc/negociacion-colectiva-sector-publico-2017.pdf>

Convenios colectivos registrados según tipo de entidad, 2006 - 2017



Convenios colectivos registrados según materia acordada, 2006 - 2017



En el informe citado, SERVIR muestra una tendencia creciente en la solución mediante arbitraje, entre los años 2009 y 2014. En ese período, su participación se quintuplicó, pasando de de 4% a 21%. En ese contexto, las entidades públicas con mayor incidencia de negociaciones colectivas solucionadas vía laudos arbitrales continúan son las universidades, los organismos técnicos especializados, gobiernos regionales, organismos constitucionalmente autónomos y empresas públicas.

Para SERVIR esto se explicaría, al menos en parte, por el establecimiento del arbitraje potestativo para el régimen de la actividad privada en el año 2011. La otra hipótesis de SERVIR es que el arbitraje se estaría utilizando mecanismo para eludir la prohibición de acordar incrementos remunerativos vía negociación

colectiva, establecida legalmente (leyes de presupuesto y Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil).

Convenios colectivos registrados según tipo, 2006 - 2017



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Sector Público: Incidencia de laudos arbitrales registrados según tipo de entidad, 2006 - 2016



*ZOFRATACNA, Centro Vacacional Huampani y SENATI.

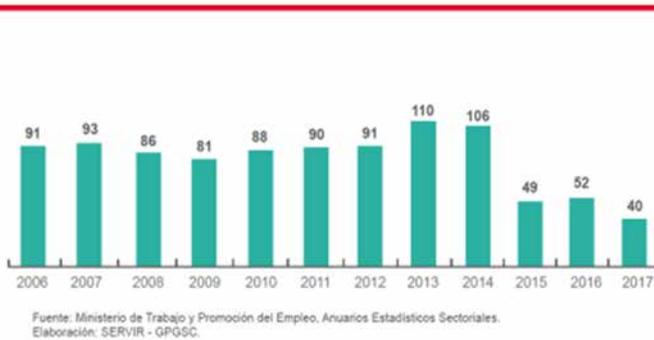
Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

SERVIR también llama la atención sobre una caída en el registro de convenios y laudos arbitrales y señala un problema de subregistro, esto es; que dichos instrumentos no vienen siendo registrados, comunicados y hechos públicos. Esto concuerda con la verificación que ha venido realizando el Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de beneficios otorgados mediante procedimientos de negociación colectiva, que no han sido registrado en los sistemas oficiales, obligatorios;

para las entidades públicas o, que se registran en partidas y utilizando mecanismos difíciles de identificar por parte de los entes rectores⁷.

Una hipótesis que se puede plantear en este punto es la falta de transparencia, con el objetivo de eludir las prohibiciones de incrementos remunerativos, como SERVIR lo ha señalado.

Convenios colectivos registrados, 2006 - 2017



Problemas actuales de la negociación colectiva

Primero. Endeble marco jurídico de sustento.

Como hemos visto, en la práctica existen entidades que han venido desarrollando procesos de negociación colectiva, que han terminado en convenios colectivos o en laudos arbitrales. Sin embargo, el fundamento jurídico no es sólido y estaría sujeto a cuestionamiento.⁸

Esto, porque tanto a nivel normativo como a nivel de la jurisprudencia constitucional, el nivel y alcance de la negociación colectiva ha sufrido claramente una evolución. Por décadas y hasta comienzos del siglo XXI, fue considerado un derecho legal y restringido a lo que establecían las normas. Luego, a partir del año

7 La Ley de Presupuesto de 2019 ha creado el concepto de “partidas restringidas”, de modo que si un pago de remuneraciones o pensiones no está debidamente sustentado y registrado, ese importe se congela y no puede ser utilizado por la entidad estatal afectada, hasta que no cumpla con esos procedimientos. Sorprendentemente, tal como revelan los reportes periodísticos, se han restringido 1,600 millones de soles en entidades del Gobierno Nacional (incluyendo Organismos Constitucionalmente Autónomos) y Gobiernos Regionales.

8 El profesor Pedro Morales ha escrito en este sentido. MORALES, Pedro. Ob. cit., página 439.

2005 se empieza a considerar como un derecho de nivel constitucional, pero sujeto fuertemente a las restricciones presupuestarias. En el contexto reciente, habiéndose ratificado la negociación colectiva como derecho constitucional, se afirma también que es un derecho de configuración legal.

Cuáles son los parámetros jurídicos de las negociaciones colectivas, convenios y laudos emitidos, cuando existían prohibiciones, restricciones consideradas válidas por el Tribunal Constitucional. O como el caso actual, cuál sería el parámetro jurídico para establecer negociaciones, convenios y laudos válidos, cuando no existe la norma legal que configure cabalmente el derecho de negociación colectiva en el sector público. El hecho de que el Tribunal Constitucional haya señalado que es un derecho de configuración legal y que exista un margen de discrecionalidad para el diseño de la legislación, no es gratuito. Tiene un sentido y un efecto que no puede ser ignorado.

En ese contexto, es necesario que se dicte la legislación que cabalmente configure el derecho de negociación colectiva en el sector público. Esto, para seguridad de los propios servidores públicos, de los funcionarios y de la ciudadanía en general.

Segundo. Negociación colectiva poco transparente.

Siguiendo la hipótesis de SERVIR y los hallazgos del Ministerio de Economía y Finanzas, relativo a las “partidas restringidas”, existe fuerte evidencia de que la negociación colectiva, los convenios colectivos y laudos, se han estado realizando de manera poco transparente. Inclusive, ocultando la información correspondiente en partidas que no correspondía a recursos humanos y, sin reportar esa información a los entes rectores del Estado.

Esto es grave, porque: i) afecta las decisiones de política remunerativa general que se deben tomar en el sector público y agudiza diferencias entre entidades, ii) genera desconfianza sobre la integridad de los funcionarios y servidores públicos, quienes sabiendo sujetos al principio de legalidad en la Administración Pública, incumplen con reglas sustantivas y procedimentales de sistemas administrativos y, iii) genera riesgos en los niveles de presupuesto y sostenibilidad fiscal del Estado (porque finalmente, no se sabe cuanto se está gastando en el rubro de personal).

En ese sentido, la regulación de negociación colectiva en el sector público requiere transparencia total, para conocimiento de la ciudadanía. En primer lugar,

todos los pagos y beneficios económicos de los servidores públicos sean revelados, así como el pliego de reclamos, las propuestas, contrapropuestas, la situación económica financiera de las entidades y del Estado en general, las proyecciones a futuro y, finalmente, los convenios colectivos y los laudos. Hoy, con la tecnología existente, esa información debería incluirse en los portales de transparencia y además, ser reportada a los entes rectores del Estado, en materia de recursos humanos.

Los temas de la negociación colectiva no son de interés únicamente para los servidores y su entidad. Dado que estamos hablando de recursos financieros, recursos humanos, desempeño y objetivos del Estado, todos estos temas son de interés ciudadano. Por ello deben ser transparentes, públicos y debidamente sustentados.

Por ello, las reglas de transparencia deberían tener un nivel de refuerzo. Ser obligatorias. El inicio del procedimiento de negociación, así como la eficacia de sus productos (convenio o laudos) debería sujetarse al cumplimiento de las reglas de transparencia que se establezcan.

Tercero. Negociación colectiva que agudiza diferencias salariales en el sector público

Actualmente, la negociación colectiva es ejercida por servidores públicos de entidades que tienen, en la mayoría de los casos, las mejores remuneraciones en el sector público (OTEs, empresas estatales). Al otorgárseles mayores beneficios, se generan mayores distorsiones en el sistema general de remuneraciones en el sector público, a contrasentido de las reformas en el Empleo Público, que nuestro país pretende desarrollar desde algún tiempo.

La legislación sobre negociación colectiva debería considerar este objetivo, estableciendo, por ejemplo, la negociación centralizada nacional y algunas excepciones sectoriales (como por ejemplo, para los servidores de salud o los docentes).

Los beneficios no deberían depender, como factor específico, del presupuesto o de los ingresos propios de las entidades estatales. Por esa razón, personalmente no considero deseable un sistema de negociación de beneficios en cascada (donde se repitan, dupliquen o aumenten, beneficios en varios niveles de negociación).

Cuarto. Negociación colectiva que no mira a los resultados producidos por las entidades, ni a la ciudadanía

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho de negociación colectiva es un proceso de diálogo. El derecho es a la negociación, no al producto o resultado. Esto último no es obligatorio ni necesario. En nuestro país, muchos parecen considerar lo contrario, que necesariamente se tiene que producir el producto (el convenio o el laudo) y el aumento o beneficio correspondiente. Además, pareciera considerarse que la negociación colectiva sólo debería considerar el interés sindical.

Sin embargo, dado que este es un proceso de negociación, debe tenerse claro que hay varios intereses en juego y, a diferencia de una negociación en una empresa privada, en el sector público, siempre hay tres (3) intereses en juego: el de los servidores y sus organizaciones sindicales, el de la entidad (como organización) y el de la ciudadanía.

Si vemos la negociación colectiva desde esta perspectiva, esta podría constituirse en un sistema que genere los incentivos adecuados para todos los involucrados. En primer lugar, el interés de los servidores públicos y sus organizaciones sindicales, de obtener mayores ingresos y beneficios, luego, el de las entidades estatales, que deberían promover el logro de los objetivos institucionales y finalmente, el interés de la ciudadanía; de recibir mejores servicios, regulación, supervisión, a cargo de tales entidades.

En ese sentido, mi opinión personal, los convenios colectivos solamente deberían contar con cláusulas temporales. Las cláusulas permanentes reducen incentivos. Como se constituyen en conceptos ya ganados. Ya no importa el desempeño. Los beneficios otorgados en la negociación colectiva deberían utilizarse como mecanismo para impulsar mejoras en la gestión y el desempeño de las entidades. Generaría interés por la mejora continua y en la orientación a resultados, en favor de la ciudadanía.

Quinto. Falta de respeto al proceso presupuestario y al bloque de constitucionalidad presupuestaria

Como ha señalado SERVIR, actualmente las negociaciones colectivas y sus productos (convenios colectivos y laudos arbitrales) ignoran los procesos y restricciones presupuestarias. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en la

negociación colectiva del sector público es inevitable considerar las normas presupuestarias. En ese sentido, la legislación sobre negociación colectiva debería considerar lo siguiente:

- a) Evaluar ex – ante, la situación económica del Sector Público, así como del sector o entidades involucradas. A diferencia de lo que pudiera ocurrir en el sector privado, en el Sector Público no existen ahorros, recursos acumulados o utilidades retenidas. Tampoco existen recursos de libre disponibilidad. Como todas las acciones de la Administración Pública, esta se rige por el principio de legalidad, inclusive para la ejecución del presupuesto asignado.

En ese sentido, considero imprescindible que la legislación establezca la obligatoriedad de contar con un informe económico financiero elaborado por la autoridad Hacendaria/Financiera y, que este tenga carácter vinculante. En este informe debería indicarse la situación económica financiera, así como el margen de negociación. Ambos (informe económico financiero y margen presupuestarios) son elementos previstos y propuestos por el Tribunal Constitucional.

- b) Articulación del proceso de negociación colectiva con el proceso presupuestario. Así, la legislación debería estar etapas, plazos y fechas, para permitir dicha articulación.

En ese mismo sentido, el plazo de vigencia de los productos negociales debería ser de 2 ó 3 años. Esto reforzaría el proceso de programación multianual del presupuesto (que es trianual) y haría más previsible, los márgenes de negociación.

- c) Concordancia presupuestal de los productos negociales.

Considerando la importancia y vinculación de las normas presupuestarias, deberían establecerse mecanismos específicos que aseguren que los productos negociales respeten dichos parámetros, sea que nos estemos refiriendo a convenios o laudos (en caso de establecerse algún sistema arbitral).

Comentario final

Considero que la negociación en el sector público puede constituirse en un instrumento poderoso para mejorar el clima laboral en ese sector, y alinear los tres intereses existentes en las entidades estatales.

La negociación colectiva podría impulsar la mejora en los servicios brindados por las entidades a la ciudadanía, promoviendo una mejora en el desempeño de los trabajadores, un mejor uso de los recursos públicos y mayores beneficios para los servidores públicos. Necesitamos que la legislación se apruebe en ese sentido.

Lima, setiembre 2019.
Juan Jose Martinez Ortiz

PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO: BALANCE Y PERSPECTIVAS

CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE*

Este artículo recoge la ponencia ofrecida por el autor en el marco del conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo en setiembre de 2019.**

121

1. Introducción

El presente trabajo pretende efectuar un análisis desde el punto de vista jurídico de la problemática de la regulación salarial en el proceso de negociación colectiva en el sector público.¹

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Exasesor del ministro de Trabajo y Promoción Social. Exasesor de la Presidencia de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Consultor del Banco Mundial (BM), del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y del Programa Facilitando Comercio de USAID. Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Laborales de la Cámara de Comercio de Lima.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 22*.

1 La presente ponencia se basa en el trabajo de investigación presentado en el marco de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú, correspondiente al semestre 2018-I.

Se analiza en primer lugar, la fuerte vinculación entre el modelo estatutario de función pública y las normas presupuestales, que a nuestro juicio es el que históricamente origina la problemática propuesta.

Seguidamente se analizan los cuestionamientos formulados por las organizaciones de servidores públicos ante los órganos de la OIT como el Comité de Libertad Sindical como el Tribunal Constitucional de nuestro país, que lejos de apartarse del condicionante presupuestal lo incorpora dentro de su raciocinio, con más énfasis en el Caso Ley de Presupuesto.

Por su parte, la Ejecutoria que resuelve el Caso Ley del Servicio Civil, sin apartarse del condicionante presupuestal incorpora elementos de juicio relevantes sobre esta materia.

Nuestra conclusión final apunta a trazar un derrotero entre el unilateralismo estatutario hasta un unilateralismo de la contractualización, extremos que toda iniciativa legislativa que se promueva desde el Poder Ejecutivo o el Congreso de la República debieran evitar.

2. Problemática de la regulación del contenido salarial de la negociación colectiva en el Sector Público

2.1. Antecedentes de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público en el Perú

Desde sus orígenes, la regulación del contenido salarial de la negociación colectiva ha polarizado las relaciones entre el Estado-empleador y las organizaciones sindicales del Sector Público. Como señala Neves, nuestro ordenamiento sobre la materia ha transitado desde la absoluta prohibición hasta el reconocimiento restringido.²

La norma que originalmente reguló las relaciones de empleo público, la Ley N° 11377 (Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil), no se ocupó del tema porque simplemente no reconocía la posibilidad de constituir sindicatos, y muchos menos de negociar colectivamente.

2 Neves, Javier, Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores, *Thémis* N° 65, Pág. 109.

El Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa), optó por una regulación restrictiva en materia de regulación salarial, como se puede apreciar de su artículo 44°, que señalaba: “Las Entidades Públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o incrementos remunerativos que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones”.

Recordemos que en esa época estaba vigente el artículo 60° de la Constitución de 1979, que señalaba: “Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado”.

En el año 1982, dentro del marco de adecuación a las normas del Convenio N° 151 de la OIT, el Gobierno dictó varias normas, como el D.S. N° 003-82-PCM, que fijaba un procedimiento para la atención del pliego de peticiones presentado por el sindicato de servidores públicos, cuya legitimidad correspondía al sindicato mayoritario reconocido por el INAP.

Era un procedimiento de consulta que se sustanciaba inicialmente ante una comisión paritaria, y luego, una comisión técnica. La primera contaba con un plazo de 30 días para emitir un informe sobre los aspectos legales, técnicos y posibilidades presupuestarias implicadas, culminando con recomendaciones. De no lograrse un acuerdo, o la anuencia de la comisión técnica, el pliego era derivado a un Tribunal Arbitral, cuyo pronunciamiento tenía carácter de cosa juzgada.

Lo que conviene rescatar de esta regulación primigenia era que una segunda norma, el D.S. N° 026-82-JUS, regulaba el condicionante presupuestal:

“Artículo 16°.-

*Son condiciones generales de trabajo aquellas que facilitan la actividad del trabajador **y que puedan cubrirse con recursos presupuestales existentes**. En ningún caso se considerarán aquellas que impliquen actos de administración o de imperio **ni las que requieren partidas presupuestales adicionales**”.*

Como señaló en su oportunidad Mario Pasco, este procedimiento adolecía de severas limitaciones, pues sólo podía pronunciarse sobre materias no remunerativas, por lo que devino en inoperante, pero sentó un criterio legal cierto: “no son ni la negociación ni el convenio los que producen el aumento salarial, sino el acto unilateral y soberano del Estado plasmado en una norma gubernamental”.³

3 Pasco, Mario, La negociación colectiva en el sector estatal, Themis N° 15, Pág. 39. Ello además que-

Por lo tanto, el único criterio subyacente era que el Estado debía mantener la estructura del sistema único de remuneraciones, imponiendo severos controles a los incrementos salariales que pudieran afectar el equilibrio presupuestario, asegurando que las bases salariales fueran fijadas en forma unilateral.

2.2. Las prohibiciones presupuestales al contenido salarial en el Sector Público

La lógica de las restricciones de las leyes de presupuesto, como señala Neves,⁴ radica en que el Estado tiene el deber de manejar un presupuesto equilibrado, trayendo a colación la norma del artículo 77° de la Constitución, que establece: “El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales y de descentralización”, lo que se complementa con el tercer párrafo del artículo 78° sobre el proyecto de presupuesto que se remite al Congreso en agosto de cada año, que exige que: “El proyecto presupuestal debe estar equilibrado”.

Resulta útil remarcar, como hace Blume,⁵ que el concepto de equilibrio presupuestal está reconocido incluso en las normas internacionales, como el Convenio N° 151 de la OIT, cuando señala en su artículo 7° que:

“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de estas condiciones”.

De esta forma, no obstante que normas de esta naturaleza no encuadran *stricto sensu* con el principio de exclusividad presupuestaria,⁶ y recogiendo como sus-

daba claramente evidenciado porque tanto la Comisión Nacional de Consulta del INAP como las comisiones técnicas que dictaminaban sobre el pliego, estaban integradas por representantes de los sectores Economía, Finanzas y Comercio, Ministerio de Justicia y del propio INAP. Por ello concluía Pasco que “conjugar el mandato constitucional de un Sistema Único Homologado de Remuneraciones con un sistema abierto de negociación es tarea por demás difícil”, Op. cit. Pág. 39.

4 Neves, Op. cit. Pág. 110.

5 Blume, Iván, Cristalización de la negociación colectiva con contenido salarial en el Sector Público: El tránsito de la prohibición a la restricción razonable a la luz de las normas presupuestales, en: Revista Derecho y Sociedad N° 46, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, Pág. 360.

6 Ver Kresalja, Baldo y Ochoa, César, Derecho Constitucional Económico, Lima, 2012, Fondo Edi-

tento las normas señaladas, las leyes de presupuesto en forma sucesiva recogieron la prohibición de negociar colectivamente incrementos de remuneraciones, que conjuntamente con las prohibiciones de ingreso de nuevo personal, son las disposiciones laborales más recurrentes en las leyes de presupuesto del Sector Público.⁷

Finalmente, al dictarse la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en diversos artículos se establecen restricciones al contenido salarial de la negociación colectiva:

- a) Artículo 40°, cuyo párrafo final señala expresamente que: “Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley”;
- b) Artículo 42°: “Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias”;
- c) Artículo 43°, inciso e) que únicamente permite que las peticiones del pliego de reclamos versen “respecto a condiciones de trabajo o de empleo”;
- d) Finalmente, artículo 44°, inciso b), en el sentido que “la contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho”.

3. Análisis de los cuestionamientos a la prohibición de la regulación del contenido salarial en las Leyes de Presupuesto del Sector Público

3.1. Cuestionamientos de las organizaciones sindicales ante la OIT

En febrero de 2012, la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú (FTLFP), interpone una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Caso N° 2934, Perú), que agrupa a diversas empresas eléctricas del Perú, in-

torial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Págs. 234-5. Para estos autores, las normas presupuestales que establecen restricciones en materia salarial son normas de contenido presupuestario impropio.

7 Ver Nota 11 supra, que cita textualmente el artículo 6° de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto para el Año Fiscal 2013, que sigue, como tenemos dicho, la formulación genérica restrictiva aplicada por las Leyes de Presupuesto en materia remunerativa.

cluidas las pertenecientes al régimen de actividad empresarial del Estado, que se regulan por las normas del FONAFE.⁸

Como fundamento, la Federación querellante alega que “el artículo 2° de la Resolución Ministerial núm 284-2011-TR le impone a los árbitros de una negociación colectiva cuyo ámbito sea una entidad o empresa del Estado, los denominados << criterios de ponderación >>, los que no son otros que los contenidos en los artículos 77 y 78 de la Constitución Política del Estado, referidos al presupuesto del sector público, así como los contenidos en sentencias del Tribunal Constitucional que ratifican la plena observancia de las normas presupuestarias y las fijadas por el FONAFE, órgano que fija la política remunerativa de los trabajadores de las empresas del Estado (...) Sin embargo,

La resolución ministerial núm. 284-2011-TR, norma de inferior jerarquía, impone una solución arbitral con arreglo a criterios legales limitativos en materia remunerativa, criterios que no son otros que los definidos por el FONAFE, entidad que dicta la política salarial de las empresas del Estado (...)”.⁹

Sin embargo, como se puede apreciar del apartado de Conclusiones, se señala que “el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones han señalado que es totalmente válido establecer particularidades a las que se alude en la resolución ministerial (...); el artículo 2 de la mencionada resolución señala que en las negociaciones colectivas en entidades o empresas del Estado sujetas al régimen de la actividad privada deben tenerse en cuenta los preceptos contenidos en los artículos 77 y 78 de la Constitución Política del Perú, así como en los desarrollados por el Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los expedientes 008-2005-PI/TC y 1035-2011-AC/TC (...) la única condición que el Tribunal Constitucional impone al ejercicio de la negociación colectiva es el respeto de las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución Política y queda claro que el Tribunal Constitucional no niega el ejercicio del derecho a la negociación colectiva a los trabajadores estatales, pero sí los somete a las reglas presupuestales, señalando que los acuerdos a los que se llegue en materia económica deben ser presupuestados (...)”.¹⁰

8 Ver párrafo 1239 del Informe Definitivo N° 365, noviembre 2012, Comité de Libertad Sindical de la OIT, Ginebra, Fuente: NORMLEX, Information System on International Labour Office, Pág. 3.

9 Ver Párrafo 1239, Informe Definitivo N° 365, OIT, Op. cit. pág. 3.

10 Ver párrafo 1256, Informe Definitivo N° 365, OIT, Op. cit. Pág. 7.

Como puede apreciarse, para la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT, es perfectamente razonable fijar un condicionante presupuestal dentro de la negociación colectiva salarial en las empresas estatales.

3.2. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

3.2.1. Caso *Ley de Presupuesto Público*¹¹

En este procedimiento¹² los demandantes alegan la inconstitucionalidad formal del artículo 6° de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto para el Año Fiscal 2013, en lo referente a la prohibición impuesta al reajuste o incremento de remuneraciones “por cuanto no regula los ingresos y gastos de las entidades estatales, sino que se refiere a aspectos sustantivos que inciden directamente en el ejercicio de la negociación colectiva (...) lo que contraviene el artículo 77° de la Constitución”.¹³

Respecto a esta alegación, el Tribunal Constitucional (en adelante “TC”) la desestimó de plano señalando que “forman parte del contenido constitucionalmente necesario de la Ley del Presupuesto tanto las normas estrictamente presupuestales como aquellas directamente vinculadas a la materia presupuestal”.¹⁴

11 Sentencia del TC del 3 de setiembre de 2015. Pleno Jurisdiccional, expedientes acumulados N° 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, las partes demandantes son los Colegios de Abogados del Callao, de Arequipa y ciudadanos contra el Congreso de la República.

12 Existen otros dos cuestionamientos formales, relacionados con el procedimiento aplicable al arbitraje laboral en las empresas públicas, al que no haremos referencia, debido a que el TC hace igualmente el reenvío a la normas sobre restricciones a incrementos salariales, que venimos analizando. Están referidos al segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812 y el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951. Fundamentos 36, 37, 38, 39 y 40. Ver el análisis de Neves sobre el particular, Op. cit. Pág. 110.

13 Ver artículo 6° de la citada Ley de Presupuesto que contiene la fórmula genérica de las Leyes de Presupuesto: “Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas”. En buena cuenta, los demandantes estaban alegando la infracción del principio de exclusividad de la ley presupuestal. Ver infra Nota 5.

14 Fundamento 35.

Sobre la presunta inconstitucionalidad por el fondo, los demandantes alegan que el citado artículo 6°, contraviene el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, consagrado en el artículo 28° y el 42° de la Constitución, porque “dicha disposición legal es inconstitucional al impedir a los trabajadores públicos discutir, mediante la negociación colectiva el reajuste o incremento de sus remuneraciones (...)”, así como “al Convenio 98 de la OIT y la jurisprudencia reiterada de este Tribunal”.¹⁵

Por su parte, el TC, desestimó estas alegaciones, señalando expresamente que: “No es inconstitucional, por afectación del principio de igualdad, que el legislador establezca un régimen jurídico diferenciado según el proceso de negociación, y que la materialización de los acuerdos colectivos comprenda a los trabajadores del ámbito privado o, en cambio, a los servidores públicos. Esto es consecuencia, en el caso de los trabajadores públicos -con independencia del régimen laboral al cual estos últimos están adscritos-, del hecho que acuerdos de esta naturaleza han de alcanzarse en el marco del interés general, al cual están funcionalmente orientados los órganos de la Administración Pública, y de conformidad con los principios constitucionales que regulan el régimen presupuestal del Estado”.¹⁶

Como se puede apreciar, para el TC resultaba claro que establecer regulaciones particulares sustentadas en el interés general dentro de la negociación colectiva aplicable a los servidores públicos no configuraba ninguna afectación al principio de igualdad.

Sin embargo, yendo más allá del principio de igualdad, el TC desarrolla más esta construcción, acercándola al condicionante presupuestal, cuando señala:

“A diferencia de la negociación colectiva orientada a mejorar las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores del sector privado, cuyos acuerdos y posibilidades de ejecución dependen de la autonomía de los participantes del proceso de negociación colectiva, en el caso de los incrementos de las remuneraciones de los trabajadores públicos, la adopción de acuerdos en ese sentido excede la sola voluntad de los representantes de las agencias gubernamentales con las que se negocia. Su negociación y la adopción de acuerdos requieren que se realicen con sujeción a una serie de principios constitucionales y de conformidad con las reglas de competencia que constitucional o legalmente se hayan establecido”.¹⁷

15 Fundamento 43.

16 Fundamento 63.

17 Fundamento 64.

La razón por la que el TC incide en este aspecto, tiene relación directa con principios presupuestales como el de competencia, que ha sido definido por la doctrina con una expresión muy gráfica, en el sentido si la Ley de Presupuesto es “una simple pila bautismal del proyecto presentado por el Ejecutivo o si la determinación y autorización de los ingresos y gastos constituyen facetas de un mismo acto, facetas inherentes a una decisión política sustantiva que debe adoptar el Congreso en función al proyecto remitido”;¹⁸ es decir, si éste se ha originado siguiendo la dinámica propia del proceso presupuestario en el que los Poderes del Estado intervienen en las fases de su elaboración, lográndose el objetivo que el presupuesto esté efectivamente equilibrado y responda al interés general que demanda la norma constitucional del artículo 77°.

Reafirmando lo señalado, el TC concluye que “en efecto, el bien común y el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones y otros beneficios tenga relación directa con el manejo del presupuesto del Estado genera que se establezcan parámetros de mayor exigencia o si se quiere, de intervención del Estado”,¹⁹ para terminar concluyendo que:

“(…) la negociación colectiva en la Administración Pública está condicionada por los procesos presupuestarios, los cuales a su vez, dependen de factores como el crecimiento económico, la deuda pública, el nivel de descentralización, el grado de estabilidad política, la tendencia política del Gobierno, la demografía, la tasa de desempleo, la participación del sector público en el PBI, las preferencias de los contribuyentes, la evolución de los ciclos económicos y las reglas presupuestarias de cada ordenamiento”.²⁰

Siguiendo con esta lógica presupuestaria, el TC, recogiendo la figura de las fases del proceso presupuestario,²¹ incide en que dentro del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos debe observarse las exigencias del derecho constitucional presupuestario, así como los principios de equilibrio y legalidad presupuestal, por lo que:

18 Planas, citado por Kresalja, Ochoa, Op. cit. Pág. 229.

19 Fundamento 65.

20 Fundamento 66.

21 Ver artículo 14° del T.U.O. de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por D.S. N° 304-2012-EF, que señala que las fases del proceso presupuestario son la programación, formulación, aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto.

“(…) cualquiera que fuere el modelo por el que opte el legislador, la aprobación final del incremento de remuneraciones ha de contemplar la aprobación parlamentaria. En concreto, es necesario que el resultado de la negociación colectiva no genere un exceso de gastos que conlleve un desbalance en el presupuesto general de la República”.²²

Por ello, dentro del análisis que efectúa el TC, en el que no identifica ningún vicio de inconstitucionalidad de fondo en las normas presupuestales, sino que por el contrario, se inclina por reconocerles plena validez y eficacia como técnica de configuración de un derecho legal, si en cambio detecta un déficit en los aspectos de organización y procedimiento, razón por la cual exhorta al legislador (“sentencia exhortativa”) a dictar la normatividad que supla este vacío, debiendo legislar sobre: (i) las instancias gubernamentales competentes para participar en procesos de negociación, (ii) los límites dentro de los cuales es posible arribar a incrementos de remuneraciones de los trabajadores públicos²³, para lo cual el TC dictó una *vacatio sententiae*,²⁴ que obviamente no fue atendida por el Congreso de la República.

Finalmente, y recogiendo nuevamente el condicionante presupuestal, el TC desarrolla los conceptos de la duración que pudieran tener las medidas restrictivas de incrementos remunerativos dentro del marco presupuestal, señalando que “el Tribunal entiende que pueden imponerse restricciones de orden presupuestal a la negociación colectiva con los trabajadores del sector público y que el establecimiento de estos límites al poder de negociación colectiva (...) puede encontrarse justificado y ser razonable”,²⁵ sin embargo estas restricciones deben estar sujetas a límites de temporalidad, que el TC termina fijando en tres años en su Fundamento 88.

3.2.2. Caso Ley de Servicio Civil²⁶

Corresponde analizar en forma esquemática, dada la extensión del presente trabajo, lo resuelto por el TC respecto de los cuestionamientos formulados por

22 Fundamento 67.

23 Fundamento 72.

24 Fundamento 71. Que entraría a regir desde la legislatura ordinaria 2016-2017, por el período de un año.

25 Fundamento 83.

26 Sentencia del TC del 26 de abril de 2016. Pleno Jurisdiccional expedientes acumulados N° 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC. Demandantes Ciudadanos, Colegios de Abogados de Tacna y Junín contra el Congreso de la República.

los demandantes en la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 30057, cuyos extremos hemos enunciado anteriormente.²⁷

A nuestro modo de ver, el TC en la sentencia del rubro, profundiza su análisis si el contenido salarial puede ser excluido dentro del ámbito de la negociación colectiva en los términos planteados por la Ley N° 30057, pronunciándose por su inconstitucionalidad, sosteniendo que el término “condiciones de trabajo o condiciones de empleo (...) no puede ser interpretado en el sentido que se excluya la materia económica del ámbito de la negociación colectiva, puesto que como dijimos *supra*, la expresión ‘condiciones de trabajo o condiciones de empleo’ incluye también los aspectos económicos de toda relación laboral”.²⁸

De este modo, el TC declara la inconstitucionalidad de las normas señaladas anteriormente, haciendo extensiva *por conexidad* dicha declaración a las normas reglamentarias respectivas,²⁹ con lo cual interesa abordar lo referido al condicionante presupuestal, pues aunque puedan negociarse incrementos salariales dentro de la negociación colectiva del sector público, es importante determinar los supuestos bajo los cuales podrían otorgarse, así como las normas procedimentales que regularían el otorgamiento, entre otros aspectos.

Esta preocupación la despeja rápidamente la Ejecutoria bajo análisis, cuando reafirma su posición en el sentido que no existe una regulación integral sobre la negociación colectiva en el sector público:

“(...) se tiene que no existe una legislación que regule de manera integral todos los aspectos vinculados con la negociación colectiva en el ámbito de la administración pública,³⁰ tales como la información mínima que deben poseer los trabajadores para iniciar un proceso negocial; el procedimiento mismo de la negociación colectiva; la autoridad pública competente para intervenir en el proceso negocial, además de las partes; el límite de los incrementos remunerativos de modo tal que sea compatible con la capacidad presupuestaria estatal; las circunstancias excepcionales en las cuales el proceso de negociación colectiva puede ser limitada, entre otros aspectos”.³¹

27 Ver Pág. 7 del presente informe.

28 Fundamento 166.

29 Fundamentos 169-172.

30 En este punto, el TC nuevamente recurre a la sentencia exhortativa, llamando de alguna forma la atención de los Poderes del Estado al no haber cumplido con emitir la normatividad señalada en la Sentencia Ley de Presupuesto Público, otorgando un nuevo plazo, a computarse desde la primera legislatura ordinaria 2016-2017, debido a la instalación del nuevo gobierno en julio de 2016.

31 Fundamento 173.

Precisamente en relación a estos dos últimos aspectos, que consideramos determinantes para la problemática planteada, el TC señala diversas líneas de desarrollo, que trataremos de identificar y de analizar a continuación.

En primer lugar, el TC identifica como área crítica del proceso de negociación colectiva en el sector público, el tema de la información con la que deben contar los participantes en el proceso de negociación colectiva, en especial los trabajadores, para negociar en condiciones de igualdad, que debiera abarcar la información presupuestal, de tal forma que incluya los recursos directamente recaudados, la ejecución fiscal del ejercicio fiscal anterior, etc.³²

Un segundo aspecto que debiera considerarse, a juicio del TC, es la intervención de “alguna autoridad competente cuando el procedimiento de negociación colectiva está referido a aspectos remunerativos u otras cláusulas que puedan tener un impacto económico en el programa presupuestario estatal (párrafos 270 y 298 del Informe de la CEACR, 2013)”.³³

En tercer lugar, el TC remarca nuevamente el aspecto competencial en materia presupuestal, señalando que “al fijar cuáles son las instancias gubernamentales competentes, el legislador puede decidir autorizar la competencia para entablar procedimientos de negociación colectiva a entes del nivel central de gobierno, del nivel sectorial o incluso a instancias específicas de las instituciones públicas individualmente consideradas”,³⁴ haciendo referencia a niveles de negociación, que pueden ser centralizados o descentralizados, o mixtos, que se aplicarían a los niveles de gobierno con que cuenta la Administración Pública (nacional, regional y local), lo cual permite introducir mayores elementos de juicio para la tarea de configuración legal de este procedimiento.

En cuarto término, el TC desarrolla eventuales modalidades de incremento salarial, sin abandonar el condicionante presupuestal, cuando señala que:

“(..) el principio de autonomía de las partes en el proceso negocial no puede ser aplicado en términos absolutos, sino que debe ser ejercido y aplicado con cierto grado de flexibilidad dadas las características especiales y particulares de la administración pública (párrafo 666 del caso 3036-Perú, Informe N° 374). Por ejemplo, dado que los ingresos de los servidores del Estado dependen del presupuesto público, resulta admisible que se establezcan determinadas reglas de ajuste salarial

32 Fundamento 178.

33 Fundamento 179.

34 Fundamento 180.

que contemplen un margen en el que las partes puedan negociar las cláusulas de índole pecuniaria”.³⁵

Dentro de esta línea de análisis, es importante destacar la omnipresencia del condicionante presupuestal para el TC, en la medida que recoge dos conceptos desarrollados por la Comisión de Expertos, en el sentido que “son compatibles con los convenios tanto las disposiciones legislativas que habilitan al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un <<abanico>> salarial que sirva de base a las negociaciones, como las que les permitan establecer una <<asignación presupuestaria global fija>> en cuyo marco las pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria”.³⁶

Con ello, de acuerdo al TC, se lograría dos objetivos; primero, garantizar el reajuste salarial de los trabajadores públicos, y segundo, que dichos reajustes no excedan lo razonable desde el punto de vista presupuestal.

Finalmente, confirmando la omnipresencia del condicionante presupuestal, el TC concluye señalando:

“Para que la negociación colectiva sea plenamente compatible con el principio de equilibrio presupuestario, esta debe ser celebrada o decidida con la suficiente anticipación a la formulación o elaboración del proyecto de presupuesto anual de la entidad pública. Aquello a fin de que, en su oportunidad, ese proyecto sea consolidado por el Ministerio de Economía y Finanzas, y que los acuerdos puedan tener eficacia real y guardar coherencia con el principio de equilibrio presupuestario al ser aprobado por el Congreso de la República”.³⁷

4. Análisis de las posiciones sobre la problemática de la regulación del contenido salarial en la negociación colectiva en el Sector Público

4.1. Posiciones teóricas sobre la materia

En primer lugar, es importante destacar que el criterio para efectuar un intento de tipología o de clasificación de las posiciones que analizaremos, lo estamos tomando de un documento interno elaborado por el Ministerio de Trabajo y

35 Fundamento 181.

36 Fundamento 181.

37 Fundamento 182.

Promoción del Empleo, citado por Iván Blume, dado que nos permite caracterizar cada posición, pues a pesar que data de una fecha anterior a las Ejecutorias analizadas, resulta plenamente pertinente.

Refiere el Informe N° 285-2008-MTPE/9.110 (320/659),³⁸ que existen tres posiciones sobre esta problemática: la primera, que corresponde a una concepción estatutaria del empleo público, en la que se considera la prohibición presupuestaria como determinante, operando la sustracción del contenido salarial del proceso de negociación, e imposibilitando a los trabajadores plantear mejoras remunerativas.

La segunda, postula que la naturaleza de las normas presupuestarias corresponde al ámbito de organización Estado-empleador, en el sentido que sólo lo obliga a éste, por lo que los trabajadores tendrían expedito su derecho a plantear su pliego de peticiones con mejoras remunerativas.

La tercera, es una postura más radical, puesto que postula que las prohibiciones presupuestarias no alcanzarían a ninguna de las partes negociales, y por tanto, no impediría la negociación colectiva del contenido salarial de los trabajadores públicos.

Al margen de los criterios legales que sustentarían cada posición, con los cuales podemos discrepar, lo singular del documento, es que presenta las posiciones que sobre esta materia tienen el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, las cuales, como es previsible, no son concordantes dentro del Poder Ejecutivo, lo cual, como es obvio, dificulta la posibilidad de presentar una iniciativa legislativa debidamente articulada del Ejecutivo ante el Congreso de la República.

En efecto, el citado documento señala que:

“De estas tres interpretaciones, estamos informados que el MEF ha optado por la primera interpretación, que parte de la noción estatutaria de que el contenido de las relaciones de trabajo es determinado unilateralmente por la ley, y por tanto la norma presupuestaria incluye en la prohibición a la negociación colectiva. De otro lado, el MINTRA, a través de esta Oficina, ha optado por la tercera interpretación porque considera que desde el derecho constitucional a la negociación colectiva, una limitación a este derecho (como de cualquier derecho fundamental) sólo podría realizarse de forma expresa, y la norma presupuestaria no limita

38 BLUME, Iván, Op. cit. Pág. 361.

expresamente el incremento vía negociación colectiva. La interpretación del MEF se realiza desde una valoración estrictamente presupuestaria, mientras que la del MINTRA relaciona la norma presupuestaria con los derechos reconocidos en la Constitución, como lo es la negociación colectiva”.³⁹

Tomando nota de estas premisas, pasaremos a desarrollar en forma esquemática nuestra posición personal, que se sustenta precisamente en el análisis realizado en el presente trabajo de investigación.

4.2. Crítica a estas posiciones

En primer lugar, como tenemos dicho, la tipología analizada líneas arriba, a la luz de los pronunciamientos del TC sobre esta materia, habría quedado superada, por cuanto es manifiestamente claro que el TC no sólo no ha excluido la materia salarial de la negociación colectiva en el sector público, sino que la ha encuadrado dentro del proceso presupuestal; eso sí, otorgando garantías para que este proceso no se efectúe asimétricamente o en forma desequilibrada, en perjuicio de los servidores públicos.

En el Caso Ley de Presupuesto Público, esta línea interpretativa es más clara que en el Caso Ley del Servicio Civil, en el que el TC sin dejar de lado el condicionante presupuestal, introduce mecanismos que dotan de mayor flexibilidad para una negociación eficaz de la materia económica, como los conceptos de abanico salarial o de asignación presupuestaria global fija, que no tienen otro objetivo que actuar como contenedores del gasto público.

Es importante anotar, que en forma adicional al análisis de constitucionalidad efectuado por el TC, incluso la posición del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que son sus órganos de asesoramiento técnico, son concluyentes en el sentido que resulta válido someter las propuestas de incrementos de remuneraciones de la negociación colectiva en el sector público a las reglas presupuestales, con lo cual tanto la segunda como la tercera posición habrían quedado desestimadas.

Ello no implica que la primera posición haya quedado como única alternativa de manejar la negociación colectiva en el sector público, puesto que como hemos analizado en el presente trabajo, el TC claramente ha dejado sentado el criterio

³⁹ *Ibidem*.

que vía leyes presupuestarias, no es posible excluir el contenido salarial de la negociación colectiva en el sector público.

Por ello resulta indispensable que tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo, den pronta atención a las dos sentencias exhortativas, elaborando un proyecto integral de regulación sobre esta materia, recogiendo los conceptos analizados anteriormente.

A nuestro juicio, ello nos permitiría contar con una posición más coherente y sostenible desde el punto de vista jurídico como social, pues rescatando las categorías conceptuales del apartado anterior, y de la revisión del Dictamen elaborado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso,⁴⁰ podemos apreciar que hemos transitado de un unilateralismo estatutario a una entronización de la contractualización,⁴¹ posición asumida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la cual el condicionante presupuestal está virtualmente ausente, lo que le resta equilibrio al proyecto de ley, y terminaría generando una presión presupuestaria insostenible para el Estado.

5. Bibliografía

NEVES, Javier

2014 Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores. *Thémis*. Lima, número 65.

PASCO, Mario

1989 La negociación colectiva en el sector estatal. *Thémis*. Lima, número 15.

BLUME, Iván

2015 Cristalización de la negociación colectiva con contenido salarial en el Sector Público: El tránsito de la prohibición a la restricción razonable a

40 Dictamen recaído en los proyectos de Ley N° 656/2016-CR, 965/2016-CR, 1142/2016-CR, 1271/2016-CR, 1537/2016-CR y 2075/2017-CR que proponen una Ley de negociación colectiva en el sector público.

41 Precisamente Luis Ortega se plantea una interrogante similar “de si el camino hacia la contractualización no exige también la modificación del cuadro de garantías jurídicas propias de la relación estatutaria pues, de otro modo, la acumulación de las garantías estatutarias y los instrumentos de la acción sindical, pueden configurar a la función pública como un sector laboral privilegiado e inmune a la fuerza negocial de la Administración”. ORTEGA, Luis, la negociación colectiva de funcionarios públicos, Cuadernos de Relaciones Laborales, N° 1, Edit. Complutense, Madrid, 1992, Pág. 40.

la luz de las normas presupuestales. Revista Derecho y Sociedad. Lima, número 46.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César

2012 Régimen Tributario y Presupuestario. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT

2012 Informe Definitivo N° 365. 2012. Ginebra.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1949 Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva N° 98.

ORTEGA, Luis, La negociación colectiva de funcionarios públicos.

1992 Cuadernos de Relaciones Laborales N° 1, Edit. Complutense, Madrid, 1992.

Setiembre de 2019

ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS TRAMITADOS EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

ADOLFO CIUDAD REYNAUD*

Se presenta a continuación la transcripción autorizada por el autor de la exposición que, en setiembre de 2019, ofreció en el marco del conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo.**

139

I. Obligación de fomento de la negociación colectiva

El Perú, como Estado Miembro de la OIT, tiene la obligación solemne de fomentar la negociación colectiva a través de programas que permitan lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, tal como se estableció en 1944 en la Declaración de Filadelfia, que forma parte integrante de la Constitución de la OIT.

Este principio, de fomento de la negociación, se consagró en el Convenio 98, adoptado en 1949, que ha sido objeto de una ratificación prácticamente universal (167 países), y Perú lo ratificó el 13 de marzo de 1964 (hace 45 años).

* Magister en Investigación Jurídica, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y PUCP. Ex Especialista Principal de la OIT en Legislación Laboral y Administración del Trabajo. Ha recibido la Orden del Trabajo en el 2011. Correo: adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

El Convenio 151, adoptado en 1978, establece también la obligación de estimular y fomentar los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de trabajadores (art. 7).

En junio de 1998, se dio un paso más en ese sentido con la adopción de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En ella se declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales, tienen el compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, los principios relativos a los derechos fundamentales. Se menciona en primer lugar a la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Por todo esto el art. 28 de la Constitución establece la obligación del Estado de reconocer y fomentar la negociación colectiva.

Este deber de estímulo y fomento de la negociación colectiva implica la promoción de la negociación libre y voluntaria, que excluye la posibilidad de que las autoridades públicas dicten o dispongan unilateralmente el contenido de la negociación colectiva y de los convenios.

140

II. Análisis de los dos proyectos de negociación colectiva

Hay dos proyectos en debate. La autógrafa de la Ley de negociación colectiva aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, y observada por el Poder Ejecutivo; y el proyecto de ley de negociación colectiva del sector público adoptado por la Comisión de Descentralización en junio de 2019. En nuestra opinión, éste último adopta un modelo abiertamente intervencionista y reglamentarista, que no está conforme con nuestra Constitución ni con los Convenios 98 y 151 de la OIT, por las siguientes razones:

1. Materias comprendidas en la negociación

El proyecto de la Comisión de Descentralización es muy restrictivo en cuanto a las materias comprendidas en la negociación colectiva. Sólo señala: (i) la determinación de condiciones de empleo (condiciones económicas y no económicas) y, (ii) la relación entre empleadores y servidores públicos (art. 5). Adicionalmente, excluye expresamente, entre otros, “la recategorización de los cargos, puestos o plazas.” (art. 6, inciso d).

Al respecto, convendría ampliar los contenidos de la negociación colectiva para que no se limite esencialmente a cuestiones salariales, como sucede con frecuencia.

La noción de condiciones de trabajo utilizada por los órganos de control de la OIT es mucho más amplia. En efecto:

“no se limita a los temas tradicionales (jornada laboral, horas extraordinarias, períodos de descanso, salarios, etc.) sino que cubre también otras cuestiones (por ejemplo, “materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo”, como los ascensos, los traslados, o las supresiones de puestos sin aviso previo). Esta orientación concuerda con la tendencia actual de los países de reconocer a menudo la negociación colectiva “gestional”, que se ocupa de los procedimientos para resolver problemas como las reestructuraciones, las reducciones de personal, los cambios de horario, el traslado de establecimientos y otras cuestiones que rebasan el marco estricto de las condiciones de trabajo”.¹

A este respecto, la redacción del proyecto de la autógrafa de noviembre de 2018 es un poco más amplia pues se refiere a “todo aspecto relativo a las relaciones entre empleadores y trabajadores, y las relaciones entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores.” (art. 4).

No obstante, otras legislaciones, como la de *Uruguay*, incluyen como materia negociable: la estructura de la carrera funcional, el sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalismo.² En tanto que en *Costa Rica* se incluye como materia objeto de negociación lo siguiente:³

“La fiscalización de la administración de los regímenes de ingreso, promoción y carrera profesional...”,

“la elaboración de manuales descriptivos de puestos y la aplicación de procedimientos internos de asignación, reasignación, recalificación y reestructuración de puestos...”,

1 OIT, La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir, Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 2013, pág., pág. 122.

2 Ley núm. 18508, artículo 4, incisos c) y d).

3 Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público (Costa Rica), artículo 3, incisos d), e) y f).

“medidas de seguridad e higiene y de salud ocupacional...”, entre otros.

Un ejemplo de una legislación bastante amplia en materias de negociación es la Ley núm. 7 de 2007 de *España*, Estatuto Básico del Empleado Público, en cuyo artículo 37 señala, entre otras materias, que son objeto de negociación, lo siguiente:

- c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistema de clasificación de puestos de trabajo, y planes que planificación de recursos humanos,
- d) las normas que fijan los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño,
- e) los planes de previsión social complementaria,
- [...]
- m) las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”.

142

Convendría ampliar las materias de la negociación colectiva para que ésta se convierta en un instrumento más moderno, que permita al Estado y a las organizaciones sindicales de trabajadores de sector estatal, contar con un mejor instrumento de diálogo social para la solución de sus problemas.

2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación:

En el capítulo III del proyecto de la Comisión de Descentralización se hace una minuciosa determinación de niveles (centralizado, centralizado especial y descentralizado), y se asigna entidades estatales específicas a cada uno de los niveles, así como señala la posibilidad de establecer, adicionalmente, mesas especiales de negociación colectiva a través del reglamento que dictará el Poder Ejecutivo (art. 7 y 8).

Las entidades que se mencionan en el art. 2 del proyecto podrían ser las apropiadas, pero ¿por qué establecerlas por ley?, ¿por qué no se deja un espacio para que sean las propias partes que conversen y acuerden en definitiva los niveles? Debe tenerse presente que cualquier modificación de las entidades estatales asig-

nada o ajuste de los niveles de negociación no sería posible sin emitir una nueva ley.

No se ha tenido en cuenta la Recomendación sobre negociación colectiva, 1981 (núm. 163) de la OIT que señala que:

“En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que en el marco de la administración pública la negociación colectiva puede tener lugar a nivel central para condiciones generales de empleo. Así mismo ha señalado que en caso de desacuerdo sobre el nivel de negociación, las partes podrían recurrir a los procedimientos de solución de conflictos, como los mencionados en el artículo 8 del convenio 151, por ejemplo, sometiendo su problema a un órgano independiente que goce de su confianza. En caso de persistir las diferencias, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que es mejor establecer un sistema de común acuerdo entre partes en vez de solicitar una decisión judicial para determinar un nivel de negociación determinado.⁴

Debe recordarse que el Comité de Libertad Sindical, se ha pronunciado sobre este mismo tema en relación a Perú en el caso núm. 2375, en el que ha pedido al Gobierno:

“que adopte las medidas necesarias a fin de garantizar que la determinación del nivel de negociación dependa de la voluntad de las partes y que no sea impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa y de la jurisprudencia de la autoridad administrativa”.⁵

La autógrafa de la Ley de negociación colectiva aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, observada por el Poder Ejecutivo, si bien establece niveles (centralizado y descentralizado), deja en libertad a las partes para decidir a qué nivel se negocia (art. 5). Además, establece criterios para la articulación de las materias negociables a distintos niveles, señalándose como regla

4 OIT. Op. Cit., pág. 142, párrafo 351.

5 Comité de Libertad Sindical, 338º Informe, caso núm. 2375 (Perú), párr.. 1226 y 338.

general que a nivel descentralizado se excluyen las materias pactadas a nivel centralizado (art. 6).

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado:

“la importancia que para la economía reviste una coordinación óptima entre los convenios colectivos establecidos en los distintos niveles. La Comisión acepta tanto los sistemas en que los convenios colectivos determinan su propia coordinación (ésta es la mejor solución) como los que se caracterizan por la existencia de disposiciones legales que distribuyen ciertos temas entre convenios de diferentes niveles”.⁶

Esto es lo que hace la autógrafa aprobada por el Congreso en el artículo 6, cuando señala que a nivel centralizado se puede negociar la modificación de la estructura remunerativa, así como el tipo, cuantía o características de las remuneraciones y otras condiciones de trabajo con incidencia económica. Así como cualquier otra materia, siempre que se apliquen a todos los trabajadores de las entidades públicas.

En tanto que a nivel descentralizado se negocian las condiciones de empleo o condiciones de trabajo, que incluyen remuneraciones y otras condiciones de trabajo con incidencia económica que resulten de aplicación a los trabajadores comprendidos dentro del respectivo ámbito, con exclusión de las materias pactadas a nivel centralizado, salvo acuerdo en contrario.

En consecuencia, la excesiva reglamentación de los niveles a través de la ley, es contraria a los convenios de la OIT.

3. El Informe Económico Financiero del MEF

En el proyecto de la Comisión de Descentralización, el Ministerio de Economía y Finanzas determina unilateralmente el resultado de la negociación colectiva, sean convenios o laudos arbitrales, a través del Informe Económico Financiero, que se establece “con carácter vinculante”, esto es, obligatorio, para ambas partes (art. 17.1) y que, además, determina “el piso máximo negociable sobre condiciones económicas en cada negociación colectiva” (art. 17.5).

⁶ OIT, Op. Cit, pág. 143, párrafo 353.

Se dispone que es nulo el laudo arbitral, y por cierto también los convenios colectivos, que se expidan “sin respetar la información o conclusiones contenidas en el Informe Económico Financiero”, que es vinculante (art. 25). Para que no quepa ninguna duda, se establece en forma expresa que “Es causal de nulidad la contravención de la información contenida en el Informe Económico Financiero...” (art. 29, inciso a).

Se concede tanta importancia al Informe del MEF que, en el Capítulo V, sobre el procedimiento de la negociación colectiva, se ha dispuesto que el trato directo entre las partes sólo puede iniciarse luego de recibido dicho informe (art. 16), como si no se pudiera avanzar la negociación respecto de condiciones de trabajo o de relaciones laborales antes de la recepción del informe.

El mensaje es claro y contundente: es el MEF quien determina el contenido de la negociación a través del referido informe, sin que quepa negociación o discusión sobre su información o conclusiones. Y a través del señalamiento de que su inobservancia es causal de anulación, se pretende que lo decidido por un ente administrativo adquiera la calidad de cosa juzgada en el ámbito judicial. Así, la negociación colectiva en el sector público queda en manos del MEF, esto es, de una de las partes. No se puede ser “juez y parte” a la misma vez.

En nuestra opinión, estas disposiciones no cumplen con el mandato del Tribunal Constitucional. En efecto, nuestro máximo intérprete constitucional, en dos históricas sentencias, del 3 de setiembre de 2015 y del 26 de abril de 2016, hicieron prevalecer las normas de la OIT para interpretar el contenido del artículo 28 de la Constitución, por lo que declararon inconstitucionales ciertos artículos de las leyes de presupuesto y de la Ley del Servicio Civil. En la referida sentencia del 26 de abril de 2016 el Tribunal señaló en forma concluyente: “La negociación colectiva es un derecho fundamental que reconoce un haz de facultades para regular conjuntamente sus intereses en el marco de una relación laboral. En ese sentido, el empleador y las organizaciones... están facultados para realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar condiciones de trabajo y de empleo.” (fundamento 147).

Con disposiciones como las antes señaladas del proyecto de la comisión de descentralización se elimina la posibilidad de diálogo entre las partes en la medida en que para ambas es vinculante u obligatorio el Informe del MEF que obliga a respetar sus conclusiones. Así, se mantiene la apariencia de la institución de la negociación colectiva, pero se elimina la esencia de la misma, que según el Tribu-

nal Constitucional es un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo. Lo que ordena este proyecto es que las partes suscriban como convenio colectivo lo que dispone unilateralmente una autoridad administrativa. Con toda seguridad, disposiciones como éstas, no superarán el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Por el contrario, la autógrafa aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, establece el derecho de información, que implica la obligación de la parte empleadora de proporcionar en forma previa y con transparencia, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa (art. 14). En todo caso, podría haber un informe del MEF para ayudar a las partes a negociar, pero no para imponer una solución sin formar parte de las negociaciones.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta los criterios establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que señala:

“También son compatibles las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras el derecho de participar en las negociaciones colectivas junto con el empleador directo, en la medida que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva”.⁷

Así, ambas partes podrán participar en la negociación disponiendo de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza, que haga más productiva la negociación, pero no a través de emitir un informe de carácter obligatorio.

4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia

El proyecto de la Comisión de Descentralización establece que “el plazo mínimo de vigencia de los convenios colectivos es de dos años. En caso de no tener acuerdo sobre el plazo de vigencia esta será de dos (2) años (art. 20.3), lo que concuerda con el art. 14.1 que prescribe que los pliegos de reclamos se presentan cada dos años. De igual forma, se dispone que “la negociación colectiva en el sector público no puede iniciarse en el año anterior a elecciones generales, regionales y municipales.” (art. 14.2). Ello puede implicar que sólo se puede negociar en una

⁷ OIT, Op. Cit., pág.131.

sola oportunidad en un período de cinco años, pues en ese lapso siempre hay dos elecciones (una general y otra regional y municipal), y además, si que se tiene en cuenta lo señalado en el párrafo siguiente sobre inicio de vigencia en el 1 de enero del año subsiguiente a la suscripción del convenio.

En efecto, adicionalmente el proyecto dispone que las partes determinan la fecha de inicio de vigencia, salvo que sus cláusulas tengan incidencia presupuestaria, en cuyo caso rigen desde el 1 de enero del año subsiguiente a su suscripción, y además agrega, “siempre que hayan sido presupuestadas.” (art. 20.2). Esto implica que una negociación colectiva iniciada, por ejemplo, en enero de 2019, no iniciaría su vigencia el 1 de enero de 2020, sino en enero de 2021.

Por el contrario, la autógrafa del Congreso observada por el Poder Ejecutivo establece que el convenio colectivo “tendrá la vigencia que las partes acuerden, que en ningún caso es menor de un (1) año”. Respecto del inicio de vigencia, la autógrafa ha dispuesto que “rige desde el día en que las partes lo determinen, con excepción de las disposiciones con incidencia presupuestaria, que necesariamente rigen desde el 1 de enero del año siguiente a su suscripción [...]” (art. 17.2).

Consideramos que el proyecto de la Comisión de Descentralización, en lo que respecta al plazo mínimo de duración del convenio colectivo, como en el inicio de su vigencia, no está conforme con el principio de negociación libre y voluntaria que debe aplicarse también a la duración e inicio de vigencia de los convenios colectivos, que en primer término debe corresponder a las partes, tal como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en los siguientes términos:

“1047. La duración de los convenios es una materia que en primer término corresponde a las partes concernidas, pero si el Gobierno considera una acción sobre este tema, toda modificación legislativa debería reflejar un acuerdo tripartito.” (Véase 320ª Informe, caso núm. 2047, párrafo 361).⁸

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Comité de Libertad Sindical de la OIT también ha señalado que la duración de los convenios por dos años constituye una violación al derecho a la negociación colectiva cuando las partes no lo han establecido de mutuo acuerdo. Así lo señala, *contrario sensu*, el párrafo 1049 del mismo informe antes citado cuando indica:

8 OIT, La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición revisada, Ginebra, pág. 223, párrafo 1047.

“1049. Una disposición obligatoria en la que se establece que un convenio colectivo debe estar en vigor durante dos años cuando las partes no han aprobado por mutuo acuerdo un plazo diferente no constituye una violación del derecho a la negociación colectiva.

(Véase 320^a Informe, caso núm. 2229, párrafo 956).⁹

Debe señalarse que los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT constituyen la interpretación oficial respecto de la forma como deben ser entendidos los convenios de ese organismo internacional. Además, la Disposición Complementaria Décima de la Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, señala que según lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política, los derechos fundamentales deben interpretarse conforme a los Convenios Internacionales, para lo cual deberá consultarse los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

5. Conformación del Tribunal Arbitral

El proyecto de la Comisión de Descentralización establece que en caso de no llegarse a un acuerdo luego de concluido el trato directo, cualquiera de las partes puede requerir el inicio de un proceso arbitral protestativo, en cualquiera de los tres niveles que propone: centralizado, centralizado especial y descentralizado (arts. 16.3, f y 16.4).

La autógrafa aprobada por el Congreso sólo reconoce la posibilidad de someter las negociaciones descentralizadas sin consignarlo como medio de solución en la negociación centralizada. Sin embargo, señala expresamente que “cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo, que debe concluir el 30 de junio salvo que los trabajadores decidan optar por la huelga.” (art. 13.2,d)

En el proyecto de la Comisión de Descentralización no se otorga la opción de huelga como alternativa al arbitraje y la única mención a la huelga en el proyecto es para catalogarla como actos de mala fe. Así, “la realización de paralización o huelga durante el procedimiento es un acto de mala fe que impide a la parte sindical iniciar el proceso de arbitraje.” (art. 19, g).

⁹ Ibídem, pág. 224, párrafo 1049.

Como es en la actualidad, en ambos proyectos, si el empleador no cumple con designar su árbitro una vez que es requerido para el arbitraje, la designación se efectúa por sorteo. No obstante, llama la atención que el proyecto de la Comisión de Descentralización disponga que, si los árbitros no se ponen de acuerdo en la designación del presidente del tribunal, será el propio Estado a través de la Autoridad Nacional de Servicio Civil el que lleva a cabo la designación. Esto es, en un arbitraje en que interviene el Estado como parte, el propio Estado es el encargado de designar al presidente del tribunal, con lo que asegura dos votos de tres. (art. 23.4). En tanto que la autógrafa del Congreso señala que, en tal caso, como es usual, el presidente es designado por sorteo conforme a las normas del régimen privado.

Adicionalmente, el proyecto de la Comisión de Descentralización continúa requiriendo que los árbitros estén inscritos en el Registro a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. No obstante, establece que la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR podrá designar como árbitros o proponer presidentes de tribunal arbitral a profesionales que considere de reconocido prestigio, facultad que no tienen las organizaciones sindicales sino cuentan con la autorización de SERVIR, lo que es muy inequitativo (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

Lo mejor sería dejar a las partes para que nombren sus árbitros libremente entre profesionales que ellos consideren como de reconocido prestigio. Es muy desproporcionado que SERVIR sí lo pueda hacer en función de los intereses de la parte empleadora, y que las propias partes no lo puedan hacer a su entera libertad.

6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones colectiva

El proyecto de la Comisión de Descentralización crea un registro de árbitros distinto del vigente actualmente a cargo del Ministerio de Trabajo. Se trata del denominado Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, esta vez, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil, cuyo reglamento será aprobado por el Poder Ejecutivo, y establecerá la forma de ingreso, permanencia y exclusión del registro (art. 21). El reglamento del nuevo registro establecerá las causas de recusación o remoción de los árbitros del proceso arbitral. Por su parte, la autógrafa del Congreso no entra a regular este tema, por lo que se conservaría el actual registro ante la autoridad administrativa de trabajo.

Se evidencia el autoritarismo y verticalismo del proyecto de la comisión de descentralización al invadir la independencia y autonomía de la deben gozar los profesionales que desempeñan la función arbitral, cuando se señala que “Los árbitros se sujetan a las disposiciones legales vigentes, bajo sanción de ser excluido del registro en caso de incumplimiento, a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.” (art. 21, tercer párrafo). A pesar de ello, en forma contradictoria el artículo siguiente señala que “Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial.” (art. 22).

Se trata de una advertencia muy seria en contra del desempeño profesional de los árbitros, sobre todo si se tiene en cuenta que es un consenso que la función arbitral puede ejercer el control difuso frente a normas que no cumplan con los preceptos constitucionales, conforme lo faculta y obliga la propia Constitución y según lo expresado en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Sobre todo, respecto de la continuación de prohibición de incrementos remunerativos que las leyes de presupuesto continúan estableciendo anualmente desde el año 2006.

El Tribunal Constitucional a través de diversas sentencias ha subrayado que el control difuso es un instrumento que tiene por finalidad reafirmar el principio de supremacía constitucional y el de jerarquía de las normas (Artículo 51° y 138° de la Constitución Política), por lo que no procede debilitar la función arbitral a través de la amenaza de exclusión del registro de árbitros, sobre todo si el artículo 28 de la Constitución, inciso 2, “Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el control difuso de la siguiente manera:

“Que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciados en el artículo 51° de nuestra norma fundamental. Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional”.¹⁰

La preservación del principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las normas implica preferir las normas constitucionales a las legales.

10 Sentencia recaída en el expediente N° 0145-99-AA/TC.

No se puede por ley maniar a los árbitros en sus decisiones que deben mantenerse independientes e imparciales.

7. Ejecución del laudo arbitral

En materia de ejecución del laudo arbitral existe una divergencia muy marcada entre los dos proyectos. La autógrafa aprobada por el Congreso en noviembre de 2018 reafirma al laudo arbitral como instrumento de solución definitiva del conflicto a través de disponer que:

- (i) su no ejecución oportuna acarrea responsabilidad administrativa de los funcionarios a quienes corresponde su cumplimiento (art. 19.2);
- (ii) los laudos se ejecutan obligatoriamente, dentro del plazo indicado en los mismos (art. 19.3);
- (iii) el incumplimiento en la ejecución del laudo inhabilita al empleador a impugnar un laudo o a continuar con el procedimiento iniciado si durante el proceso se verifica tal hecho (art. 19.4);
- (iv) el acta de constatación del incumplimiento es mérito suficiente para que se declare la improcedencia de la demanda (art. 19.5); y,
- (v) los laudos que se expidan para resolver conflictos económicos derivados de negociaciones colectivas en el sector público tienen mérito de título ejecutivo y se tramitan en proceso de ejecución previsto en el artículo 57 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497 (art. 19.6).

El proyecto de la Comisión de Descentralización, por el contrario, va en una línea diametralmente opuesta, en el sentido de debilitar la función arbitral, no sólo a través de la ya indicada posibilidad de exclusión del registro por no sujetarse a las disposiciones legales, sino porque se dispone que “La sola presentación del recurso de impugnación suspende automáticamente la ejecución del laudo arbitral hasta la notificación de la decisión de fondo del órgano jurisdiccional en primera instancia; salvo medida cautelar en contrario.” (art. 30).

En síntesis, consideramos que la autógrafa aprobada por el Congreso de la República cumple con la Constitución y los estándares internacionales en materia de negociación colectiva, a diferencia del proyecto de la Comisión de descentra-

lización no cumple con la Constitución ni con los Convenios de la OIT y que recurre a diferentes mecanismos para imposibilitar la negociación colectiva en el sector público, a pesar el mandato claro del Tribunal Constitucional.

Setiembre de 2019.

LOS MODELOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO CON INCIDENCIA PRESUPUESTAL: SU PRESENCIA EN LOS PROYECTOS DE LEY RECIENTES Y EN EL DU N° 014-2020

ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA*

Este artículo actualiza la exposición que la autora ofreció en el conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público que fue organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo en setiembre de 2019.**

153

I. Antecedentes

Los proyectos de ley sobre negociación colectiva en el sector público iniciaron su tramitación en el año 2016 y fueron objeto de análisis por dos Comisiones en el Congreso peruano, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, Comisión de Trabajo) y la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión Del Estado (en adelante, Comisión de Descentralización).

* Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo – Facultad de Derecho (Universidad de Piura, Campus Lima). Licenciada en Derecho por la Universidad de Piura. Doctora en Derecho del Trabajo por la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: anacecilia.crisanto@udep.edu.pe

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

Ante la Comisión de Trabajo se presentaron seis proyectos de ley entre noviembre de 2016 y noviembre de 2017, como se muestra en este cuadro:

Proyecto de Ley		
Número de Proyecto	Fecha de Presentación	Título
02075	02/11/17	<u>Ley que regula el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores de la administración pública</u>
01537	14/06/17	<u>Ley de negociación colectiva económica en la Administración Pública</u>
01271	20/04/17	<u>Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público</u>
01142	04/04/17	<u>Ley que regula la negociación colectiva en el Sector Público</u>
00965	15/02/17	<u>Ley que regula la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores y trabajadoras del sector estatal</u>
00656	21/11/16	<u>Ley que restituye la negociación colectiva</u>

La Comisión de Trabajo tras el análisis de los distintos proyectos de ley presentados elaboró un Dictamen¹ (06.12.17) en el que se incorporó un “Texto sustitutorio” que recogió un único proyecto, al que denominó “Ley de negociación colectiva en el sector estatal”² (en adelante, Proyecto de Ley de la Comisión de Trabajo). Este fue presentado y aprobado en el Congreso (18.10.18). Sin embargo, el texto de la autógrafa enviada al Ejecutivo fue observada ampliamente por este (18.12.18)³, por lo que no se publicó en el Diario Oficial.

Por su parte, el Ejecutivo elaboró un proyecto de ley denominado “Ley que regula la negociación colectiva en el sector público”⁴, dirigida a la Comisión de Trabajo y a la Comisión de Descentralización, aunque solo consta el ingreso (29.01.19) y la elaboración del dictamen en esta última Comisión (12.07.19). El

- 1 El Dictamen de la Comisión de Trabajo puede descargarse en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00656DC22MAY20171206.pdf (Consultado el 16.09.2019)
- 2 El texto sustitutorio puede descargarse en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Texto_Sustitutorio/Proyectos_de_Ley/TS0065620181018.pdf (Consultado el 16.09.2019)
- 3 Las observaciones del Ejecutivo al Texto aprobado de la Ley de negociación colectiva estatal puede descargarse en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU0065620181218.pdf (Consultado 16.09.2019)
- 4 El proyecto de ley presentado a la Comisión de Descentralización puede descargarse en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0384120190129.pdf (Consultado 16.09.2019)

dictamen a su vez, incluye un texto sustitutorio del proyecto de ley originario (en adelante, Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización)⁵.

Finalmente, tras la coyuntura política que concluyó con la disolución del Congreso en setiembre de 2019, el Ejecutivo decidió publicar el 23 de enero de este año el “Decreto de Urgencia N° 014-2020 que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público” (en adelante, DU N° 014-2020). Sin perjuicio de que la constitucionalidad formal y material de tal norma esté cuestionada⁶, se tomará en cuenta en el análisis ya que hasta el momento es la norma vigente en la materia y aún no ha sido revisada por el Congreso como manda la constitución (art. 135). El contenido del DU N° 014-2020 es breve⁷, sin embargo, recoge aspectos relevantes sobre el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos.

Considerando la extensión otorgada para este trabajo se optó por analizar una de las materias recogidas tanto en el DU N° 014-2020 como en los proyectos de ley mencionados anteriormente. Se trata del límite o tope al contenido económico de la negociación colectiva, que se concreta en el Informe económico financiero emitido por el Ejecutivo para cada negociación. Sin duda, tras una larga historia de prohibiciones legales sobre la negociación colectiva en materia económica en el ámbito público, las propuestas en sentido contrario generan especial interés en los distintos actores: Estado, organizaciones sindicales, sociedad; y también en la comunidad jurídica.

II. Fundamento de los límites en materia económica en la negociación colectiva del sector público:

El Convenio 151 OIT (ratificado por el Perú), al recoger el principio de fomento a la negociación colectiva en las Administraciones Públicas, precisa que esta debe aplicarse adoptando “las medidas adecuadas a las condiciones nacionales” (art. 7). Tal disposición deja entrever que el ejercicio de este derecho colectivo

5 El Dictamen de la Comisión de Descentralización puede descargarse en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03841DC08MAY20190712.pdf (Consultado 16.09.2019)

6 El 19 de febrero de 2020, el Colegio Tecnológico Médico del Perú, presentó una demanda de inconstitucionalidad cuestionando el DU N° 014-2020. La que fue ingresada bajo el expediente 3-2020-PI/TC.

7 Con solo 8 artículos en comparación con los 46 artículos que contenía el Proyecto de Ley originario elaborado por el Ejecutivo.

de los servidores públicos debe adaptarse a las circunstancias y realidad de cada país, de sus Administraciones Públicas y de cómo se organiza el Estado. De hecho, la negociación en este ámbito no solo está condicionada por los “procesos presupuestarios y su lógica” sino también por factores económicos, políticos, demográficos, de empleo, etc. (CLS, 2013, párrafo 243).

Por ello, el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS), citando a la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en adelante, CEACR), recuerda que el Convenio 151 OIT si bien ampara la vigencia del principio de autonomía colectiva para los funcionarios públicos, también reconoce que tal Convenio debe “aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública” (2018, párrafo 1489). Precisamente, el CEACR describe una de estas peculiaridades de la siguiente manera: “el Estado, cuyo margen de maniobra depende estrechamente de los ingresos del fisco, es en definitiva, en su calidad de empleador, responsable ante el electorado de la asignación y la gestión de estos recursos.” (1994, párrafo 161). En otras palabras, el dinero que se utilice para cumplir lo pactado en un convenio colectivo en el ámbito público, está a disposición del Estado pero pertenece a todos los ciudadanos, de ahí que este no pueda decidir sin parámetros y sin dar cuentas a la población y/o parlamento.

Como se recordará el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en su sentencia de 26 de abril de 2016⁸, al declarar la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley del Servicio Civil en las que se prohibía la negociación colectiva de condiciones económicas en el sector público, exhortó por segunda vez al Congreso de la República a emitir una norma que “regule de manera integral todos los aspectos vinculados con la negociación colectiva en la Administración Pública” (FJ 173°).

En esa línea, el TC mencionó los aspectos que debería incluir dicha regulación, entre ellos, “el límite de los incrementos remunerativos, de modo tal que sea compatible con la capacidad presupuestaria estatal; las circunstancias excepcionales en las cuales el proceso de negociación colectiva puede ser limitada, entre otros aspectos” (FJ 173). El alto tribunal recuerda al legislar que la negociación colectiva sobre condiciones económicas en el sector público, debe ser coherente con otras disposiciones constitucionales en las que se recoge el principio de equilibrio pre-

8 Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, de 26 de abril de 2016. Caso: Ley del Servicio Civil.

supuestario (arts. 77 y 78 CP), en definitiva el TC valida la regulación de ciertos límites. De hecho, los dos proyectos de ley mencionados y el DU N° 014-2020, a modo de principios se refieren a este punto⁹.

Ahora bien, el TC también destaca que las limitaciones o restricciones desarrolladas legislativamente, deben realizarse respetando “los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, que no impliquen la desnaturalización del contenido del derecho a la negociación colectiva” (FJ 177). Por tanto, debe entenderse que lo que exige el TC es que la regulación legal del derecho a la negociación colectiva del sector público respete, por un lado, la posibilidad real de establecer propuestas para la mejora de las condiciones económicas -y no económicas- de los servidores públicos (art. 28, 42 CP); y, al mismo tiempo, que se equilibre el presupuesto estatal entre el gasto de planilla negociado y -entre otros aspectos- la atención efectiva y progresiva de los derechos sociales básicos de la población (salud, protección social, educación, empleo, vivienda, servicios primarios como agua, luz, desagüe, etc.), sobre todo para la población más vulnerable, cuidando también la sostenibilidad financiera de las instituciones públicas y del país a corto y mediano plazo (art. 1, 44, 77, 78 CP). En otras palabras, no solo debe verificarse que existe dinero para el pago de lo que se peticiona en la negociación colectiva, pues podrían existir recursos pero estos deben distribuirse de manera eficaz para la atención de todas necesidades y servicios que requieren los ciudadanos.

Una vez determinada la singularidad que plantea la negociación colectiva en el sector público en la determinación de las condiciones económicas, interesa indagar sobre los modelos compatibles con las normas internacionales sobre este tema, y contrastarlo con el modelo propuesto por los proyectos de ley bajo análisis y el DU N° 014-2020.

III. Modelos legales de negociación colectiva en el sector público con incidencia en el presupuesto estatal

El CEACR se refiere a dos modelos o sistemas generales, compatibles con los Convenios 151 y 154 (este último no ratificado por el Perú). El primer mode-

9 El Proyecto de Ley de la Comisión de Trabajo recoge el principio de previsión y provisión presupuestaria, “en virtud del cual, toda negociación colectiva que tenga incidencia presupuestaria deberá considerar la disponibilidad presupuestaria” (art. 3.d). El mismo principio se repite en el Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización (art. 3.d).

El DU N° 014-2020, al menos de manera enunciativa, recoge (art. 2): el principio de previsión y provisión presupuestaria y el principio de responsabilidad y disciplina fiscal.

lo consiste en aquella negociación colectiva de funcionarios públicos antes de la aprobación de los presupuestos del Estado, y el segundo modelo sería aquel que tiene lugar después de la aprobación del presupuesto estatal (2013, párrafo 333). Al respecto, Canessa señala que los órganos de control de la OIT prefieren el primer modelo, ya que facilita que la negociación colectiva culmine en un acuerdo. El segundo modelo, en cambio, plantea “límites difíciles de superar” (OIT, 2019, p. 33). Como se verá en los siguientes sub-apartados, caben distintas fórmulas para orientar la negociación colectiva dentro de unos máximos.

Interesa destacar que, cualquiera sea el modelo adoptado, en Perú, el gasto de las Administraciones Públicas -dentro del cual se encuentran las remuneraciones y demás condiciones económicas- solo puede realizarse si encuentra sustento en la Ley de Presupuesto Público, elaborada por el Ejecutivo y aprobada por el Congreso (art. 77 Constitución)¹⁰; aprobación que suele ocurrir los dos últimos meses del año, con vigencia anual.

Por ello el TC remarca que la negociación colectiva “debe ser celebrada o decidida con la suficiente anticipación a la formulación o elaboración del proyecto de presupuesto anual de la entidad pública” con el fin de que “los acuerdos puedan tener eficacia real y guardar coherencia con el principio de equilibrio presupuestario al ser aprobado por el Congreso de la República.”¹¹.

1. Modelo de topes en la ley de presupuesto:

El CLS plantea que en “la medida en que los ingresos de las empresas y entidades públicas dependan de los presupuestos del Estado” sería posible establecer “topes salariales en las leyes de presupuesto del Estado”. Se entiende que esto aplicaría a las negociaciones aún no iniciadas o en desarrollo. Añade el CLS, que debería llegarse a esos topes “después de una amplia discusión y consulta entre los empleadores y las organizaciones sindicales interesadas en el seno de un sistema que cuente con la confianza de las partes” (2018, párrafo 1486). Se trataría de un procedimiento de “discusión y consulta” entre las partes, no una negociación colectiva propiamente, ésta vendría luego. Por tanto, al iniciar la negociación colec-

10 Ver también, art. 2, numeral 2.2, Párrafo 7 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, de 16 setiembre 2018.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, de 26 de abril de 2016. Caso: Ley del Servicio Civil (FJ 182).

tiva en el sector público se tendría conocimiento de tales topes legales, los cuales debería respetar el convenio colectivo respectivo.

Dentro de este modelo, cabe -además- que el “Ministerio de Economía y Hacienda realice un informe previo antes de que se inicie la negociación colectiva con miras a que se respeten dichos topes” (CLS, 2018, párrafo 1486).

Si bien esta fórmula es más sencilla, no siempre puede seguirse. Por ejemplo, cuando “el período de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la ley de presupuestos del Estado, lo cual puede plantear dificultades»” (CEACR, 1994, párrafo 264).

2. Modelo de ley que habilita el establecimiento de límites en materia económica:

Así, el CEACR menciona que pueden existir “disposiciones legislativas que habilitan” a su vez al “Parlamento o al órgano competente en materias presupuestaria”, a “fijar un «abanico» salarial que sirva de base a las negociaciones, o establecer una «asignación» presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria o normativa” (1994, párrafo 263).

Sobre el criterio anterior, se entiende en este trabajo que las “disposiciones legislativas” que se mencionan no son las de la ley de presupuesto público sino de la ley que regula el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el sector público. Se trataría de una “ley habilitante”, dirigida al parlamento o al órgano del ejecutivo con competencia en materia presupuestaria (equivalente al MEF en Perú). Asimismo, tanto el “abanico” salarial como la asignación global fija deben entenderse como opciones posibles, siendo el legislador el llamado a elegir el mejor sistema de acuerdo a la realidad nacional, como lo permite el Convenio 151 OIT (art. 7).

Precisamente, el TC en aquella sentencia en la que exhortó al Congreso a aprobar una Ley de negociación colectiva para el sector público, toma este modelo como ejemplo. El TC enfatiza la finalidad de esa labor legislativa: garantizar “el reajuste salarial de los trabajadores, pero también garantizar que est[e] no exceda a lo razonable” (FJ 181)¹².

12 Sentencia del TC recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, de 26 de abril de 2016. Caso: Ley del Servicio Civil.

Cabe precisar que, si bien el TC no lo menciona, el CEACR considera que también en este modelo es “fundamental... que los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica, en particular, que dispongan de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza que les sirvan para evaluar la situación con pleno conocimiento de causa” (1994, párrafo 264).

3. Modelo de prohibición legal de la negociación colectiva en materia económica en el sector público

Este ha sido el modelo seguido por el legislador peruano desde los años 70, con el Decreto Legislativo 276, Ley de bases de la carrera administrativa, en el que se prohibía a las entidades públicas negociar con los servidores “beneficios que impliquen incrementos remunerativos” (art. 44). Luego con las sucesivas leyes de presupuesto desde el año 2006 -propuestas por el Ejecutivo y aprobadas por el Legislativo-, se mantuvo la prohibición aplicable a las entidades públicas con servidores bajo cualquier régimen laboral. Este modelo estuvo presente en las sucesivas leyes de presupuesto, declarándose por el TC la inconstitucional de la Ley de Presupuesto para el año fiscal 2013 y -por conexión- las siguientes hasta el año fiscal 2015¹³. Por supuesto, este modelo se intentó perpetuar en la Ley del Servicio Civil, ya mencionada, declarada inconstitucional en este aspecto. Lo que sorprende especialmente, es la Ley de Presupuesto Público para el año fiscal 2020, vigente este año (al menos formalmente), en el que se insiste en este camino.

Cabe mencionar que este modelo de prohibición es avalado por los órganos de control de la OIT y por el TC peruano, siempre que se respeten determinados parámetros, los cuales no fueron seguidos en las normas antes mencionadas.

Las restricciones impuestas al contenido de los acuerdos colectivos en materia salarial son compatibles con los estándares internacionales si respetan los siguientes parámetros (CEACR, 2013, párrafo 242; CLS, 2018, párrafo 1456):

- Deben estar justificadas “en el marco de las políticas de estabilización económica o de ajuste estructural” del Estado.

13 Sentencia del TC, pleno jurisdiccional, recaída en los Expediente N°. 3-20 I 3-PI/TC; 4-2013-PI/TC y 23-2013PI/TC, de 15 setiembre 2015. Caso: Ley de Presupuesto Público.

- Las restricciones se aplican al contenido de futuros acuerdos no a los vigentes, salvo casos muy graves que ameriten una excepción y bajo ciertas condiciones¹⁴.
- Las restricciones se disponen “siempre que se celebren consultas previas al respecto con las organizaciones de trabajadores y de empleadores”.
- Además, tales restricciones deben cumplir las siguientes condiciones:
 - “i) [que] se apliquen como medida de excepción; ii) se limiten a lo indispensable; iii) no sobrepasen un período razonable y iv) se acompañen de garantías destinadas a proteger de manera efectiva el nivel de vida de los trabajadores interesados, y especialmente de aquellos que pueden resultar más afectados”.

Respecto a estas últimas condiciones cabe hacer algunos comentarios. Sobre la excepcionalidad, queda claro que no puede existir un modelo de prohibición o restricción salarial en la negociación colectiva del sector público como regla general sin justificación objetiva, cuestión inexistente en las leyes de presupuesto o la Ley del Servicio Civil en Perú. El TC ha mencionado para la realidad nacional que tal justificación podría basarse en “crisis económicas, financieras o periodos de austeridad”¹⁵. Cuestión que cobra total actualidad en el contexto de la pandemia que se vive, con consecuencias económicas negativas inciertas pero al mismo tiempo cada vez más notorias e inevitables para el Estado, la sociedad, las empresas y los ciudadanos.

Relacionado con lo anterior, es la referencia a “lo indispensable”, que puede entenderse como la aplicación parcial de las restricciones salariales, por ejemplo para determinado(s) territorio(s) o entidad(es) pública(s), cuando existan motivos reales para hacer tal distinción.

Respecto al periodo razonable, se revela el carácter temporal de este modelo. En este punto el CEACR considera un periodo de tres años como una “restricción considerable”, por ello pone énfasis en que cumplido el plazo no debería prorro-

14 El CEACR explica que esta excepción, es decir, aplicar restricciones en materia económica a los convenios colectivos en curso, solo podría darse “en caso de graves e insalvables dificultades y para preservar los empleos y la continuidad de las empresas y de las instituciones” y añade que “se tienen que examinar, antes de ser aplicadas, en el marco del diálogo social, quedando claro que no deberían ser aplicadas de manera arbitraria sino con sujeción a lo dispuesto en la legislación. (2013, párrafo 342).

15 Ver STC recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, de 26 de abril de 2016. Caso: Ley del Servicio Civil (FJ 185).

garse por otra ley e incluso debería dejarse sin efecto antes “si mejora la situación financiera y económica” (2013, párrafo 343; CLS, 2018, párrafo 1457). Sin duda, este es un aspecto que tampoco se cumplió por la legislación nacional sobre negociación colectiva en el sector público, ya mencionada.

Cabe mencionar que el TC acoge estos parámetros internacionales como pautas para que el legislador peruano regule el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos¹⁶.

IV. Informe económico financiero: análisis en los proyectos de ley y en el DU N° 014-2020

Tanto en los proyectos de ley como en el DU N° 014-2020 se prevé la elaboración de un informe económico financiero que orientará la negociación colectiva de los servidores públicos en materia salarial y otras condiciones económicas. Tal informe tiene su fundamento en el respeto al equilibrio financiero, la provisión efectiva de recursos y la sostenibilidad futura de la economía nacional.

El objeto de este apartado, no es realizar un análisis sobre los datos, métodos, criterios y normas en los que se basa el informe, aspectos por demás complejos y propios de otras especialidades. Se revisará qué modelo acogen los proyectos de ley y el DU N° 14-2020, y si siguen los estándares internacionales al respecto.

1. Proyecto de ley de la Comisión de Trabajo

El Proyecto de Ley de la Comisión de Trabajo (art. 14), bajo la rúbrica de “derecho de información” se refiere a este informe para establecer la obligación del “empleador” de emitirlo, en tanto se lo pida la organización sindical, con el fin de negociar “con conocimiento de causa”. Lo criticable es que no se menciona la entidad que deberá desarrollar tal informe. La organización sindical debe solicitar la información al menos 90 días antes de la caducidad del convenio vigente y en cualquier caso, el informe debe emitirse a los 20 días de solicitada (art. 14). Se disponen algunas consecuencias (imprecisas) ante el incumplimiento de la obligación de informar (art. 15). En estas disposiciones existe poca claridad en la redacción, aunque se rescata la intención de que la negociación colectiva en materia

16 Ver STC recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, de 26 de abril de 2016. Caso: Ley del Servicio Civil (FJ 184 a 188).

económica tome en cuenta su impacto en el presupuesto estatal. No obstante, como se verá, la información que podría solicitarse se torna insuficiente para cumplir con el objetivo de negociar “con conocimiento de causa”, como se pretende.

Dentro de la lista de materias que debería contener tal informe, lo llamativo es que tal lista se basa en una negociación a nivel de entidad pública (art. 14). Se refiere a la situación de una entidad respecto a su personal, remuneraciones y presupuesto, sin considerar situaciones adicionales vinculadas a la economía nacional o a otros gastos públicos. En este proyecto de ley, no se menciona que el informe deba contener tope o máximo negociable en materia económica. Se trata de una lista abierta de documentos, sin establecer límites o criterios expresos.

Lo anterior logra entenderse al leer el “principio de previsión y provisión presupuestal” entendido como aquel “en virtud del cual todo acuerdo de negociación colectiva que tenga incidencia presupuestaria deberá considerar la disponibilidad presupuestaria” (art. 3). Es decir, se pone énfasis en la existencia de los recursos que permitan cumplir con el acuerdo, y no en el impacto económico que dicho gasto pueda tener a futuro (principio de sostenibilidad de las finanzas del Estado).

Un ejemplo de lo anterior se observa al disponer que en “en los gobiernos locales la negociación colectiva se atiende con cargo a los ingresos de cada municipalidad” (art. 5), como si en los presupuestos de tales entidades públicas solo existieran ingresos –y no gastos-, y sin considerar la notoria diferencia de los ingresos de las distintas municipalidades. Asimismo, se establece que “los gobiernos locales con menos de 20 trabajadores,... podrán acogerse al convenio colectivo federal de su organización de rama o adscribirse al convenio de su elección con el que exista afinidad ámbito, territorio u otros. (art. 5), sin consideración alguna a un criterio técnico presupuestal.

En esa lógica, para la negociación colectiva centralizada se dispone que los “acuerdos alcanzados con incidencia económica son remitidos por la Presidencia del Consejo de Ministros... para su inclusión en la ley de presupuesto público...” (art. 13.1.d)¹⁷.

Este proyecto acoge un modelo de negociación “antes de la aprobación de los presupuestos del Estado”, aunque sin establecer límite alguno o referencia especial al cuidado del equilibrio presupuestario (salvo la existencia de disponibilidad de recursos, que como se ha mencionado es insuficiente para una negociación realista

17 Se omite esta precisión en la negociación colectiva descentralizada, cuyo convenio colectivo también podría contener materia económica.

y “con pleno conocimiento de causa”). Puede afirmarse, por tanto, que el Proyecto de Ley de la Comisión de Trabajo, recoge el modelo *de facto* de la negociación colectiva en el sector público que se tiene hasta el momento. La prohibición de negociar materias económicas en las leyes de presupuesto desde el año 2006, no impidió la suscripción de convenios colectivos o la emisión de laudos arbitrales (SERVIR, 2019, p. 7-13), pero sin un marco legal adecuado sobre la materia.

Tal modelo ha generado un mayor desorden y desigualdad en las remuneraciones de los servidores civiles, con aumentos salariales elevados, sin sustento técnico (Pacheco, 2020, p. 22) y además sin estar acompañadas o condicionadas a niveles de productividad en la prestación de los servicios.

2. Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización

El Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización, utiliza el término Informe económico financiero para establecer expresamente que tiene “carácter vinculante” y debe ser emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), “debidamente fundamentado... e indicando las fuentes para su elaboración” (art. 17). Además indica los aspectos que debería contener: una información macroeconómica, presupuestal y financiera (art. 17.1), información por cada negociación colectiva o arbitraje, que incluye la valorización de las peticiones contenidas en el pliego de reclamos (art. 17.2). Asimismo, “debe tener en cuenta la existencia de situaciones excepcionales, tales como desastres naturales y antrópicos en gran magnitud que ameriten la priorización del uso de recursos en la atención de los mismos” (art. 14.7). Finalmente, debe incluir “el máximo negociable sobre las condiciones económicas en cada negociación colectiva” (art. 14.5).

Debido a que el informe tiene carácter vinculante, se dispone la impugnación del laudo arbitral, por razón de nulidad (arts. 30) cuando este exceda -entre otras causales (art. 29)- “el máximo negociable de condiciones económicas establecido en el informe económico financiero” (art. 25). El recurso de impugnación tendrá efectos suspensivos salvo medida cautelar en contrario (art. 30).

La negociación colectiva inicia con la entrega del Informe económico financiero a las partes (art. 16.1c), lo que debe ocurrir -a su vez- a los 20 días calendario de recibido el pliego de peticiones (art. 17.3).

El Proyecto de Ley originario del Ejecutivo, menciona los principios de equilibrio y legalidad presupuestal (art. 4.1), y el principio de responsabilidad y disci-

plina fiscal, señalando sobre este último que “la negociación colectiva y arbitraje en el Sector Público se realiza respetando la disponibilidad presupuestal y sostenibilidad de las finanzas del Estado” (art. 4.3). Si embargo, en el Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización, se recoge el mismo principio previsión y provisión presupuestal (art. 3. d), que el proyecto de la Comisión de Trabajo. Por lo que cabe trasladar los comentarios del apartado anterior en este punto.

En la medida que los aspectos más relevantes de este proyecto de ley coinciden con los previstos en el DU N° 014-2020, debe remitirse a los comentarios del siguiente apartado.

3. DU N° 014-2020

Por su parte, el DU N° 014-2020 mantiene la obligación del MEF de emitir un Informe económico financiero, “a partir del cual inician las reuniones entre las partes” (art. 6.1). Cabe cuestionar tal disposición pues estaría dejando a una de las partes el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, en la medida que se hace depender el inicio de la negociación a la presentación del informe económico financiero del MEF; sin señalar además, un plazo razonable para tal presentación y tampoco qué impacto tendría en la negociación si el MEF no cumpliera con ese plazo.

Se señala que el informe económico financiero debe contener la valorización del pliego de peticiones, información económico financiera y fiscal del Sector Público en general, información de la entidad o empresa pública incluida en la negociación (información que contiene la situación económica, financiera y disponibilidad presupuestaria, su proyección y la gestión fiscal de los recursos humanos de la entidad o empresa pública), y, finalmente, el “máximo negociable” de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria. Además se incluyen tres situaciones excepcionales a considerar en la elaboración (art. 6.3).

En vez de retrasar toda la negociación colectiva antes de la emisión del Informe económico financiero, debería iniciarse la misma sobre los aspectos no económicos. Incluso podría incluirse la materia económica desde el inicio, si se modifica el esquema de entrega de tal informe. Se elaboraría la primera parte del Informe sobre la situación económico financiera y fiscal del sector público en general, poniéndolo a disposición de las organizaciones sindicales con la suficiente antelación (inicios y/o mediados de cada año). Lo que serviría de base para las primeras tratativas en materia económica luego de la presentación del pliego de peticiones. Una

vez presentado el pliego, iniciaría la elaboración de la segunda parte del informe que incluiría la situación económico financiera de la entidad pública involucrada, la valorización del pliego entregado y “el máximo negociable”.

El DU N° 014-2020 recoge el modelo en el que existe una *ley que habilita el establecimiento de límites*. Como se mencionó, la introducción de límites para la negociación de condiciones económicas en el sector público es compatible con los estándares internacionales de la OIT y es avalado por el TC peruano para la realidad nacional. Como ya se mencionó, dichos límites tienen como sustento y finalidad, conciliar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos con el respeto al equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera del Estado. Por ello, es necesario que el “máximo negociable” sea vinculante para las partes. Carecería de sentido establecer unos máximos que no deban cumplirse. Habría una inconsistencia con el art. 77 y 78 de la Constitución. Por una cuestión de coherencia interna de la ley, o hay máximos, topes, abanico salarial, etc. y se respetan, o es mejor no incluirlos. Cuestión distinta, es que tal eliminación de topes sea lo más adecuado para la realidad de la negociación colectiva en el sector público peruano.

Por todo lo anterior, se considera pertinente que el DU N° 014-2020 otorgue carácter vinculante al informe económico financiero, en la medida que se dispone la nulidad del convenio colectivo o laudo arbitral que lo contravenga (art. 6.4).

Ahora bien, debido al protagonismo que la ley otorga al informe económico financiero y con miras a que las negociaciones colectivas en este ámbito se realicen de manera pacífica y de buena fe, es oportuno traer a colación dos aspectos que deben tenerse en cuenta en su elaboración.

El primero. Se echa en falta en el DU N° 014-2020 así como en el proyecto de la Comisión de Descentralización, la recomendación del CEACR para este tipo de modelo legal. Que consiste en conceder a las organizaciones sindicales una participación activa durante el proceso de elaboración del informe y de los respectivos topes¹⁸. La presencia exclusiva del MEF en esta etapa, mantendrá las críticas de la doctrina que, con razón, objeta su participación en calidad de “juez y parte” (Ciudad y Sánchez, 2019, p. 5). Si bien es una de las particularidades (inevitables) en la negociación colectiva del sector público, es importante que se genere la mayor seguridad y transparencia en esta materia. De ahí que esta recomendación debe unirse a la que se menciona a continuación.

18 Ver apartado II.2, último párrafo, de este trabajo.

El segundo aspecto, está vinculado al sinceramiento de las finanzas públicas al momento de realizar el informe, de tal forma que se emita de manera honesta y sea confiable para las organizaciones sindicales y para la población. Así el CEACR recuerda en este punto que (el énfasis es añadido):

“para que la negociación colectiva de las remuneraciones de los funcionarios se desarrolle adecuadamente, es preciso que las previsiones de inflación y de crecimiento dimanantes de los órganos gubernamentales encargados de elaborar el presupuesto del Estado se realicen mediante procedimientos objetivos y transparentes que inspiren la confianza de la población y de las organizaciones sindicales, *de suerte que puedan descartarse las «contabilidades creativas» y los cálculos deliberadamente pesimistas u optimistas motivados por el oportunismo político, que obstaculizarían indirectamente el correcto ejercicio del derecho de negociación colectiva*” (2013, párrafo 333).

Respecto a la posible impugnación del laudo arbitral por no respetar lo establecido en el informe económico financiero. Solo mencionar que tal disposición traslada lo que hasta ahora se establece en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (arts. 63 a 66), norma de aplicación supletoria en el ámbito público, según el art. 40 de la Ley del Servicio Civil. Por otro lado, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (4 agosto 2017), avala como causal de nulidad del laudo arbitral, la inobservancia de la valorización de las pretensiones de los trabajadores en base a la Situación Económico Financiero del empleador. Sin duda, este aspecto requeriría un análisis más profundo, cuestión que escapa a los objetivos y extensión de este trabajo.

De todas formas, interesa mencionar el criterio general del CLS, aplicable también a los laudos arbitrales económicos, respecto a la impugnación: “El control de las cláusulas supuestamente abusivas de los contratos colectivos no debería corresponder a la autoridad administrativa (que tratándose del sector público es a la vez juez y parte) sino a la autoridad judicial y ello sólo en casos sumamente graves.” (2018, párrafo 1477).

V. Conclusiones

- El debate sobre el mejor modelo legal para la regulación de la negociación colectiva en el sector público en materia económica, aún está vigente. Esto, debido a que: a) aún no se ha regulado la materia por quien debía hacerlo,

el Poder Legislativo; b) la constitucionalidad del DU N° 014-2020 ha sido cuestionada ante el TC; y, c) porque existen varios aspectos en los proyectos de ley recientes y el DU N° 014-2020 que requieren una revisión o exclusión.

- Tanto el Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización como el DU N° 014-2020, acogen el modelo -validado por los órganos de la OIT y el TC peruano-, que puede denominarse “modelo de ley habilitante para el establecimiento de límites en materia económica”. En este, cabe delegar al órgano competente en materia presupuestaria, en Perú el MEF, la determinación de límites negociables, lo que se concretaría a través de un informe económico financiero.
- Se concluye que es compatible con los estándares internacionales y constitucionales, otorgar carácter vinculante al informe económico financiero y que sea exigible su cumplimiento al suscribir un convenio colectivo o al emitir un laudo arbitral.
- De acuerdo a los estándares internacionales de la OIT, debería existir un procedimiento de participación significativa y transparente de las organizaciones sindicales en el desarrollo del informe económico financiero que establece los límites negociables; aspecto que se echa en falta en el Proyecto de Ley de la Comisión de Descentralización y en el DU N° 014-2020.
- Se observa que el Proyecto de Ley de la Comisión de Trabajo, perpetúa el modelo *de facto* de la negociación colectiva de los servidores públicos en materia económica, que si bien dispone la elaboración de un informe económico financiero, no establece parámetros que aseguren el respeto al equilibrio presupuestario y a la sostenibilidad financiera del Estado. Centrando su atención en la disponibilidad de recursos económicos.

VI. Bibliografía

- CEACR-OIT, *El Alcance de la Negociación Colectiva en la Administración Pública*, Documento de Trabajo N° 329, 1era. edición, Ginebra, 2019.
- CEACR-OIT, *La negociación colectiva en la administración pública: Un camino a seguir*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 1era. edición, Ginebra, 2013.

- CEACR-OIT, *Libertad Sindical y negociación colectiva*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 1era edición, Ginebra, 1994.
- CLS-OIT, Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6ta edición, Ginebra, 2018.
- CIUDAD REYNAUD, Adolfo; SÁNCHEZ MATOS, Andrea, “La influencia de la normativa de la OIT en el desarrollo del derecho de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público peruano”, *Revista Laborem* N° 21 - 2019, pp. 141- 169.
- PACHECO ZERGA, Luz, “La Ley del Presupuesto y la negociación colectiva en el sector público: La apuesta por la inconstitucionalidad”, *Dossier AELE. Negociación Colectiva*, Lima, enero 2020, pp. 15-23.
- SERVIR, *Negociación Colectiva en el sector público 2020*, SERVIR, Lima, 2020.

PLAZO DE VIGENCIA DE LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

RAÚL SACO BARRIOS*

Este estudio analiza un tema puntual, pero gravitante, dentro de la regulación de la nueva negociación colectiva del sector público: el plazo de vigencia de su producto (el pacto colectivo). Así, abordando aspectos doctrinarios y pragmáticos, el autor expone un interesante análisis sobre el particular.**

SUMARIO: 1. Antecedentes. 1.1. Sector privado. 1.2. Sector público. 2. Intervencionismo y “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva frente a la autonomía colectiva, y legislación comparada. 3. Doctrina Nacional. 4. La OIT. 4.1. Negociación libre y voluntaria. 4.2. Duración y vigencia de las convenciones colectivas. 5. Cuestiones prácticas. 6. Conclusiones.

171

En este breve estudio, expongo algunas consideraciones acerca del *plazo de vigencia de la convención colectiva de trabajo en el sector público*. En concreto, me refiero solo a la *duración* mínima de la convención colectiva pactada en tal contexto. No desarrollo otros asuntos concernientes a cómo juega el factor “tiempo” sobre la eficacia de las convenciones colectivas: la retroactividad, la aplicación inmediata y la ultraactividad de estas.

Primeramente, muestro los antecedentes relativos al tratamiento del tema en la legislación patria correspondiente a los sectores privado y público. A con-

* Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SP-DTSS). rgsaco@pucp.edu.pe

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

tinuación, menciono el intervencionismo y el “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva, más o menos comunes en América Latina, y la legislación del caso en ciertos países del subcontinente. Acto seguido, cito el parecer de unos cuantos autores nacionales en relación con el punto. Después, introduzco los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la negociación colectiva y las relaciones de trabajo en la administración pública; y determinadas decisiones o análisis del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Luego, propongo unas cuestiones prácticas. Finalmente, bosquejo mis conclusiones.

1. Antecedentes

Ante todo, pasemos revista a la manera como se ha regulado, en el Perú, la duración de las convenciones colectivas de trabajo.

Al efecto, me ocuparé: *en primer lugar* y de modo general, del sector privado; *en segundo lugar* y de modo particular, del sector público. En verdad, el cuadro que brinda la regulación pertinente instaurada para el ámbito privado a lo largo del tiempo exhibe el *sentir frecuente* a propósito de tal duración; acaso necesario de valorar para la determinación o aplicación de esta en el ámbito público.

1.1. Sector privado

Al inicio,¹ la *resolución ministerial del 26 de abril de 1951* dispuso:

Artículo 1:

“Las reclamaciones colectivas sobre aumento de salarios podrán presentarse siempre que se hayan vencido los plazos de duración convenidos en los pactos anteriores, o los señalados en los laudos arbitrales o disposiciones que hayan concedido los últimos reajustes o, en todo caso, siempre que se haya vencido un año desde la

1 Entiendo que los decretos del 6 de marzo de 1920 y del 23 de marzo de 1936, y las disposiciones intermedias y las posteriores a esta última, regularon el procedimiento en las reclamaciones colectivas, pero no previeron el plazo de vigencia de las convenciones colectivas de trabajo. *Vid.* CASTAÑEDA RANGEL, Alfonso, *El Derecho Procesal del Trabajo en el Perú*, Lima, Editorial “El Cóndor”, 1944, pp. 202-211.

fecha de concertación del último pacto sobre aumentos o de expedición del laudo o dispositivo, según los casos”.

Con relación a las reclamaciones colectivas sobre *incremento de remuneraciones*, las convenciones colectivas tenían, entonces, una duración mínima de *un año*; las convenciones colectivas sobre cualesquiera otras materias podían tener una duración menor.²

Poco después de veinte años, sin embargo, el *decreto supremo 6-71-TR del 29 de noviembre de 1971*, sobre *convenciones y negociaciones colectivas*, impuso un plazo mínimo de duración de *dos años* aplicable a las convenciones colectivas de trabajo:

Artículo 46:

“Las convenciones colectivas y las resoluciones consentidas o ejecutoriadas que expida la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento a que se refiere este Decreto Supremo sólo podrán ser objeto de un nuevo pliego de peticiones a los dos años de su vigencia, salvo que las partes acuerden un término mayor.

“Si se presentara el pliego con posterioridad a este término, sus efectos regirán a partir de la fecha de su presentación”.

Segunda disposición transitoria:

“La vigencia mínima de dos años a que se refiere el primer párrafo del artículo 46° regirá para las convenciones colectivas y resoluciones que expidan las Autoridades Administrativas de Trabajo cuya vigencia empieza a partir del 1° de enero de 1973. Antes de esa fecha la vigencia mínima de aquéllas será de un año”.

Ahora bien, ambas disposiciones fueron dejadas “en suspenso” por el *decreto supremo 21-72-TR del 5 de diciembre de 1972*. Esto, debido a una dura resistencia de las organizaciones sindicales a la ampliación del término de vigencia mínima de las convenciones colectivas de trabajo o de las resoluciones administrativas sustitutivas: de un año –según venía rigiendo– a dos años.³ A saber, consideraron

2 “[...] este dispositivo se refiere en forma expresa a las reclamaciones colectivas que tengan por objeto aumentos de salarios, pero como toda reclamación siempre tiene esa modalidad entre otras, quiere decir que por lo regular estas reclamaciones sólo se pueden presentar después del tiempo que se especifica en el artículo transcrito, salvo que no tuvieran por objeto aumentos salariales” (ANGULO A., Jorge M., *El procedimiento del trabajo en el Perú. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, Trujillo, Gráfica “Trujillo”, 1960, p. 273).

3 Cfr. ELÍAS MANTERO, Fernando, *El procedimiento de negociación colectiva. Exposición y comentario del D.S. No. 006-71-TR*, Lima, Consultores Laborales, 1980, p. 239.

excesivamente prolongado el plazo de dos años para la presentación de un nuevo pliego de peticiones.⁴ A la larga, aquel artículo 46 fue modificado por el artículo 4 del *decreto supremo 18-74-TR del 26 de noviembre de 1974*: la vigencia de dos años ahí establecida se redujo a *un año*, aun cuando se mantuvo la salvedad respecto a que las partes podían acordar un término mayor.

Casi dos decenios más tarde, el *decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, promulgado el 26 de junio de 1992, prescribió que la convención colectiva de trabajo:

Artículo 43 inciso c):

“Tendrá duración no menor de un (01) año, pudiendo las partes establecer plazos mayores para la convención en su conjunto o para parte de la misma”.

En otras palabras, se mantuvo el lapso mínimo de la convención colectiva: *un año*, si bien se afinó que las partes podían acordar un plazo mayor para la totalidad o una fracción de esta.⁵

4 Cfr. LA HOZ TIRADO, Ricardo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, vol. II, *La convención colectiva de trabajo*, Lima, Imprenta Editora Jorge Pérez Pacussich, 1974, p. 117.

5 En una importante publicación realizada al poco de tiempo de promulgado este decreto ley, se dijo minuciosamente: “En primer lugar, la disposición recorta la autonomía colectiva que sólo le deja [a los signatarios] la facultad de fijar vigencias iguales o superiores al año. En segundo lugar, y con la salvedad que acabamos de hacer, la norma recoge positivamente la posibilidad de fijar vigencias diferentes para las distintas partes del convenio, lo que responde adecuadamente a la naturaleza de las disparejas materias que se regulan convencionalmente, que oscilan entre aquellas que son totalmente fungibles (materias salariales) y las que muestran una altísima resistencia al cambio (seguridad e higiene, materias sindicales, etc.). En tercer lugar, esta norma implicará que el estatuto jurídico de un trabajador afectado por la regulación convencional estará compuesto no sólo por las estipulaciones del convenio colectivo que se encuentre vigente en un momento determinado, sino que recogerá también todas las regulaciones provenientes de convenios anteriores que no hayan agotado el plazo que se les estableció en su momento. / Dentro de estas normas también deberán incluirse aquellas cláusulas de ejecución gradual a lo largo de la vigencia del convenio, como los reajustes salariales provenientes de mecanismos de actualización pactados en el convenio”. (BOZA, Guillermo y otros, *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*, Lima, Consultores Jurídicos Asociados, 1994, pp. 96-97). También, Fernando ELÍAS MANTERO: El artículo «insiste en la vigencia mínima de un año de la convención colectiva, que es la misma que se viene aplicando. Aclara sin embargo la posibilidad de pactar plazos mayores para la convención en su conjunto o para parte de la misma. Esta práctica era poco usual dentro del sistema de negociación anterior por la intensidad del proceso de inflación. Sin embargo, estimamos que los sindicatos optarán por pactar algunos beneficios por períodos mayores al año por ser más beneficioso que pactarlos por un año, salvo que se acepte la permanencia del beneficio. La desaceleración de la inflación ya está propiciando convenciones colectivas de mayor duración. / Existen beneficios laborales cuya variación no se tiene que producir necesariamente en forma anual y pueden pactarse por períodos mayores sin que esto ocasione grave perjuicio. Podría inclusive pactarse por períodos mayores (dos o tres años) lo que se conoce como

Por ley 27912, *Ley que modifica la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y levanta las observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo*, promulgada el 6 de enero de 2003, se modificó el artículo 43 inciso c)⁶ de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; en tal virtud, la convención colectiva de trabajo:

Artículo 43 inciso c):

“Rige durante el período que acuerden las partes. A falta de acuerdo, su duración es de un (1) año”.

Desde entonces, *la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no ha tenido más cambios*.⁷ Así redactado, este artículo 43 inciso c) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo está vigente hasta hoy.⁸ Por tanto, ha quedado claro que *la convención colectiva actúa durante el lapso convenido por las partes;⁹ de no haber acuerdo, su duración es de un año*.

En síntesis, podemos advertir fácilmente que *la duración mínima de las convenciones colectivas de trabajo ha sido fijada casi siempre en un año*: primero, como duración mínima implantada por la legislación; al presente, como duración supletoria de la estipulada por las propias partes. Por ende, puede afirmarse que tal duración mínima –*un año*– está firmemente asentada en el *juicio común* de los

condiciones de trabajo y dejar la negociación colectiva anual solamente para los aspectos remunerativos. Esto puede originar una mayor fluidez en la negociación colectiva en tanto que los puntos “difíciles”, –usualmente los remunerativos– se pueden discutir anualmente y los demás en períodos mayores” (ELÍAS MANTERO, Fernando, *Derecho Laboral. Relaciones colectivas de trabajo*, Lima, Jus Editores, 1995, p. 145).

6 Transcrito *supra*.

7 Más bien –para consolidar la legislación y las modificaciones efectuadas por la ley 27912, y por mandato de la segunda disposición transitoria de esta–, por decreto supremo 10-2003-TR del 30 de setiembre de 2003, se ha aprobado el *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*.

8 La modificación del artículo 43 inciso c) ha sido calificada como “saludable”, toda vez que “concede preeminencia a la autonomía de las partes y al plazo fijo, un carácter supletorio” [ANÁLISIS LABORAL, “Modifican Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, en (revista) *Análisis Laboral*, Lima, enero de 2003, vol. XXVII, núm. 307, p. 12]. De manera similar, se ha sostenido que “las partes pueden fijar el plazo de duración libremente, y sólo supletoriamente se aplicará el término mínimo de un año” [VILLAVICENCIO R., Alfredo y ARCE ORTIZ, Elmer, “La reforma de la regulación de las relaciones colectivas de trabajo. Alcances e insuficiencias”, en (revista) *Análisis Laboral*, cit., p. 20].

9 En la práctica, se encuentra convenios colectivos con 2, 3, 4, 5, 7 y hasta 10 años de vigencia; mayormente, suscritos en negociación directa (*vid.* PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Anuario Estadístico Sectorial. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2018*, Lima, Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2019, pp. 111-116).

actores sociales —empleadores, trabajadores y hasta del propio Estado—; aunque *se prefiere y respeta actualmente lo que decidan y acuerden las partes involucradas en la convención colectiva*.

1.2. Sector público

La *Constitución peruana de 1979*, por medio de su decimosétima disposición general y transitoria,¹⁰ ratificó el *Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151)* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),¹¹ que, por cuanto atañe a la negociación colectiva, indica:

Artículo 7:

“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

176 Por el *decreto supremo 3-82-PCM del 22 de enero de 1982*, se dictaron las “normas de aplicación” de aquel Convenio; entre estas, las “De la consulta, de la Petición Colectiva y de las Reclamaciones”:

Artículo 24:

“El sindicato mayoritario de la respectiva Repartición, podrá presentar anualmente, en forma escrita, su pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo”.

10 Constitución (1979), decimosétima disposición general y transitoria: “Se ratifica el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”.

11 PASCO planteaba una relevante observación: “El Perú ratificó el Convenio 151 de la OIT [...] de una manera por demás original, a través nada menos que de la propia Constitución. [...] Tal mecanismo ratificadorio *sui generis* no tiene un significado puramente anecdótico, sino que consagra de modo tácito que el derecho sindical del servidor público está garantizado al más alto nivel posible, a punto tal que para una hipotética denuncia del Convenio sería menester una previa modificación constitucional, lo cual representa un caso único a nivel nacional e internacional” [PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Perú”. En: ACKERMAN, Mario (coord.), *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 294].

Y para su “mejor cumplimiento”, el *decreto supremo 26-82-JUS del 13 de abril de 1982*, a su vez,¹² señaló:

Artículo 14:

“La presentación anual del pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo es facultad exclusiva del sindicato mayoritario de cada repartición”.

Artículo 17:

“El pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo será presentado como máximo el 31 de marzo de cada ejercicio presupuestal, iniciándose su vigencia el 1° de enero del ejercicio presupuestal siguiente”.

Así, la legislación interna habló de la presentación *anual* del pliego de peticiones. Con todo, la convención colectiva de trabajo resultante debía ligar su vigencia a las leyes anuales del presupuesto del sector público.¹³

Ello no obstante, por la *ley 30057, Ley del Servicio Civil*, promulgada el 3 de julio de 2013, ha ordenado que la negociación y los acuerdos en materia laboral se sujeten, entre otras reglas, a cuanto sigue:

-
- 12 Sobre el “modelo normativo” de la negociación colectiva en la administración pública entonces imperante se ha enunciado que era uno “conformado por la sucesión de diversas normas o, dicho de otro modo, por la sucesiva complementación de la normativa originaria con dispositivos posteriores (BALBÍN TORRES, Edgardo, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 184).
- 13 El acomodo a los plazos de elaboración del presupuesto público pretende que las condiciones de trabajo convenidas tengan la previsión presupuestal correspondiente (*ibidem*, p. 210). Verdaderamente, “el tratamiento de ciertas materias no resulta incompatible con la dinámica presupuestal y requiere, únicamente, ciertos ajustes en el procedimiento de negociación que lo hagan compatible con el proceso de elaboración del presupuesto público. Y, justamente, en tanto se trate de una negociación centralizada que abarque materias con incidencia en la Ley de Presupuesto, el procedimiento deberá ajustar sus plazos a los de formulación presupuestaria en cada pliego; sin perjuicio de que determinadas materias de tratamiento imprevisto o poco vinculadas a las previsiones presupuestales puedan dar lugar a negociaciones complementarias más allá de las fechas fijadas” (*loc. cit.*); en definitiva, “las imposiciones del principio social y democrático conducen [...] a armonizar el procedimiento negociador con el complejo proceso de formulación de los presupuestos públicos [...]” (*ibidem*, p. 232). En el marco de la legislación española, Tomás SALA FRANCO apunta que la libertad en el establecimiento de la duración de los pactos y acuerdos colectivos “se encuentra condicionada a ciertos límites como por ejemplo, la reserva de ley en materia retributiva que anualmente desarrollan las Leyes Generales de Presupuestos del Estado, por lo que la parte del contenido de los pactos y acuerdos que regule estas materias tendrá necesariamente una vigencia anual” (SALA FRANCO, Tomás, “La negociación colectiva de los empleados públicos en España”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *Negociación colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, p. 502).

Artículo 44 inciso d):

“Los acuerdos suscritos entre los representantes de la entidad pública y de los servidores civiles tienen un plazo de vigencia no menor de dos (2) años y surten efecto obligatoriamente a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente. Similar regla se aplica a los laudos arbitrales”.¹⁴

Sobre esta base, el *Reglamento General de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil*, aprobado mediante el *decreto supremo 40-2014-PCM del 11 de junio de 2014*, ha precisado:

Artículo 73:

“Los convenios colectivos tienen una vigencia de dos (02) años que se inicia el 1 de enero del año inmediato siguiente a que se llegue a acuerdo en la negociación, siempre que esta no tenga efecto presupuestal o que teniéndolo pueda ser asumido por la entidad. Si el acuerdo se produjera luego del quince (15) de junio y el efecto presupuestal no pudiera ser asumido por la entidad, el acuerdo regirá en el acuerdo regirá en el período presupuestal subsiguiente”.

A igual tiempo, este mismo *Reglamento General* ha derogado expresamente los decretos supremos 3-82-PCM y 26-82-JUS, que adjudicaban una duración anual a las convenciones colectivas de trabajo relativas al sector público.¹⁵

Por último, el 22 de enero de 2020 se ha promulgado el *decreto de urgencia*¹⁶ 14-2020, que regula *disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público*; a consecuencia del cual:

14 Causa sorpresa la mención de los “laudos arbitrales”: primero, porque “laudo” es, por definición, la “decisión o fallo dictado por los árbitros o amigables componedores, que pone fin al procedimiento arbitral” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Edición del Tricentenario, Madrid, Espasa Libros, 2014) –entonces, si es “laudo” es necesariamente “arbitral”–; y segundo, porque con arreglo al artículo 70 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los laudos “tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa” –si los acuerdos colectivos y los laudos tienen la misma naturaleza, la alusión a estos en la norma transcrita es manifiestamente innecesaria–.

15 *Reglamento General de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil*, única disposición complementaria derogatoria, incisos k) y l).

16 Por decreto supremo 165-2019-PCM del 30 de setiembre de 2019, el Presidente de la República disolvió el Congreso de la República – “por haber negado la confianza a dos Consejos de Ministros del gobierno elegido para el período 2016-2021” (artículo 1) –. Disuelto el Congreso y por disposición constitucional (artículo 134, tercer párrafo), se mantuvo en funciones la Comisión Permanente.

Artículo 5.2:

“Los pliegos de reclamos se presentan cada dos (2) años, entre el 1 y el 30 de junio. No pueden presentarse en el año anterior a las elecciones que correspondan”.

Artículo 5.4:

“Todo convenio colectivo suscrito o laudo arbitral de índole laboral tiene una vigencia mínima de dos (2) años”.¹⁷

Así las cosas, *las convenciones colectivas de trabajo en el sector público tienen una vigencia bianual,¹⁸ vinculada a las leyes anuales del presupuesto.¹⁹*

Durante el “interregno parlamentario”, el Poder Ejecutivo legisló por medio de “decretos de urgencia”, de los que debió dar cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y eleve al nuevo Congreso una vez que este se instale; reunido el nuevo Congreso, podrá censurar al Consejo de Ministros o negarle la cuestión de confianza, luego de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo realizados en aquel intervalo (Constitución, artículo 135). Por mandato constitucional, el Congreso podrá modificar o derogar los referidos decretos de urgencia (Constitución, artículo 118 inciso 19). El procedimiento de control –por el Congreso– sobre los decretos de urgencia se realiza según prevé el artículo 91 del Congreso de la República. De todos modos, los decretos de urgencia pueden impugnarse vía una “acción de inconstitucionalidad” (Constitución, artículo 200 inciso 4), regulada por la Constitución (artículos 200 inciso 4, 203 y 204) y el Código Procesal Constitucional; para que el Tribunal Constitucional determine si el decreto de urgencia contradicho se ajusta o no a la Constitución.

- 17 Con relación a los alcances del decreto de urgencia 14-2020, Juan José MARTÍNEZ ORTIZ, presidente ejecutivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), considera que el plazo de vigencia de dos años de los convenios colectivos o laudos resultantes de la negociación colectiva en el sector público es “razonable” –aun cuando admite que dicho plazo ha sido muy criticado por las organizaciones sindicales “acostumbradas a la negociación anual”–; y que desde el punto de vista estatal, la negociación colectiva anual ocasiona “mucho conflictividad” y “mucho costo administrativo” mientras que una negociación colectiva bianual permite que se presupueste y mantenga un “horizonte del gasto dentro de lo presupuestado” [MARTÍNEZ ORTIZ, Juan José, “Entrevista”, en (revista en línea) *Actualidad Laboral*, Lima, febrero de 2020, p. 14].
- 18 “[...] una dilatada amplitud de la vigencia” del pacto colectivo (HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis A., *Comentarios al régimen jurídico de la Ley del Servicio Civil. Ley N° 30057*, Lima, Jurista Editores, 2016, p. 558).
- 19 Esto, a diferencia de la duración mínima de las convenciones colectivas en el sector privado: un año, salvo que las partes convengan un período distinto. Importa advertir, además, que a partir de la vigencia de la *Ley del Servicio Civil* y su *Reglamento General*, “las disposiciones que regulan los derechos colectivos en las relaciones del empleo público o Servicio Civil son de aplicación común y transversal a todos los servidores y entidades públicas, sujetos a los diferentes regímenes laborales” (ABANTO REVILLA, César y PAITÁN MARTÍNEZ, Javier, *Manual del régimen laboral público*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 532). Tales regímenes laborales son los regulados por los decretos legislativos 276, 728 y 1057 (*loc. cit.*).

2. Intervencionismo y “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva frente a la autonomía colectiva, y legislación comparada

Ahora observemos cómo operan –en nuestra región– el intervencionismo y el “reglamentarismo” estatales en la negociación colectiva frente a la autonomía colectiva,²⁰ y –en tal entorno– las proposiciones de algunos juristas descriptoras de la duración de las convenciones colectivas de trabajo en sus respectivos países.

En América Latina y entre otras formas, el Estado interviene en la negociación colectiva mediante una acentuada reglamentación heterónoma –por ley o decreto– de esta y del convenio consiguiente, y por vía de la ordenación de su contenido²¹. En este ambiente y como explica Emilio Morgado Valenzuela, un mismo texto legal puede desempeñar fines discordantes: *por un lado*, puede propiciar la negociación mostrando los “cuándo” y los “cómo” indispensables para negociar colectivamente –entonces, la ley “fija caminos oficialmente aceptados que [...] aseguran la legitimidad del proceso y de sus resultados”–; *por otro lado*, dicha regulación puede ser empleada «para “ilegitimar” la negociación y sus resultados, o para negociar el “blanqueo” de supuestas o reales infracciones del procedimiento establecido». ²² La regulación del procedimiento orienta la negociación colectiva y le atribuye certitud, pero simultáneamente acrecienta las posibilidades de proclamarla realizada sin adhesión a la ley y, por tanto, inválida.²³ En cualquier circunstancia, es fundamental asignar un “mayor espacio” a la negociación colectiva, “con menor interferencia de los órganos del Estado en su contenido”.²⁴

Esto sentado, *las legislaciones en nuestros países conceden una duración máxima y otra mínima a las convenciones colectivas, o les fijan una duración máxima y autorizan a las partes el establecimiento de una extensión menor, o puntualizan una*

20 Por “autonomía colectiva”, entendemos la atribución o facultad o prerrogativa que tienen los actores sociales para autorregular sus relaciones.

21 Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, “La intervención administrativa: Origen, características y perspectivas”. En: OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Oscar (editores), *La negociación colectiva en América Latina*, Madrid, Instituto Europeo de Relaciones Industriales - Editorial Trotta, 1993, p. 112.

22 MORGADO VALENZUELA, Emilio, “La intervención administrativa: Objetivos de la intervención y fines del Estado”. En: OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Oscar (editores), *cit.*, pp. 129-130.

23 *Ibidem*, p. 130.

24 AMORIM ROBORTELLA, Luiz Carlos, “Autonomia da vontade em debate. Exagero intervencionista nas relações de trabalho”. En: FLORINDO, Valdir, MANNRICH, Nelson, DE SOUZA AGRA BELMONTE, Alexandre y FREDIANI, Yone, *Autonomia da vontade nas relações de trabalho. Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho 2016*, Porto Alegre, Magister Editora – Academia Nacional de Direito do Trabalho, 2017, p. 236.

duración mínima con base en la cual las partes deben pactar el curso de la convención colectiva, o no prevén la duración de las convenciones colectivas y la confían al acuerdo de las partes. De señalarse plazos, estos corren entre tres o cuatro años, como máximo, y entre uno o dos años, como mínimo. Todo ello, con mayor o menor reconocimiento de o apertura a la autonomía colectiva.

Veamos.

A la luz de la legislación argentina, César Arese escribe que “está librado a la libertad negocial establecer cuál será el periodo de vigencia del acuerdo”.²⁵ Al respecto, Luis Ramírez Bosco comenta que la libertad para definir el ámbito temporal de los convenios colectivos no ha provocado dificultades porque “la costumbre o aceptación generalizada tendió a fijar una norma de hecho, según la cual el lapso es normalmente anual, término adaptado al carácter prioritariamente salarial de los convenios y a la fuerte inflación corriente la mayor parte del tiempo”.²⁶

En Brasil, Mauricio Godinho Delgado recuerda que la ley laboral brasileña no permite estipular una convención colectiva con una duración superior a dos años;²⁷ y que, en ese hábitat, es jurídicamente posible la fijación de un plazo más exiguo, de solo un año, por ejemplo: “Tal plazo de un único año se volvió recurrente en la práctica laboral brasileña, quizás de cara a la influencia del período inflacionario en el país –que duró décadas–, haciendo necesarias rondas anuales de negociación en torno al salario y aspectos relacionados”.²⁸ Para Octavio Bueno Magano, la sujeción al plazo de dos años es una de las “condiciones de validez” de la convención colectiva²⁹.

En Chile y según Francisco Walker Errázuriz, “los instrumentos colectivos, comprendidos los fallos arbitrales, de acuerdo con la legislación chilena, revisten

25 ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 307.

26 RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Convenciones colectivas de trabajo*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1985, p. 182.

27 Cf. GODINHO DELGADO, Mauricio, *Direito coletivo do trabalho*, 7ª edición, São Paulo, LTr Editora, 2017, p. 222.

28 *Loc. cit.* (traducción libre mía).

29 BUENO MAGANO, Octavio, *Manual de Direito do Trabalho*, vol. III, *Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1984, p. 154. Y aclara: “En otros sistemas jurídicos, se admite que la convención colectiva se celebre por plazo determinado como por plazo indeterminado. Su mayor o menor duración se explica por la conjugación de los siguientes factores: a) el de que, para la empresa, es necesaria cierta estabilidad de condiciones de trabajo, a fin de que los planes, que rigen su actividad, se ejecuten; b) el de que la constante evolución y alteración de las condiciones económicas exige flexibilidad equivalente de la convención. Conforme se dé prevalencia a uno u otro de los factores señalados, el plazo de la convención será mayor o menor” (*loc. cit.*; traducción libre mía).

el carácter de instrumentos a plazo fijo, vale decir, las partes pactan el término del contrato; sin embargo, se trata de plazos que no pueden establecerse libremente, por cuanto la ley al instrumento colectivo le otorga una duración no inferior a dos años ni superior a cuatro años”.^{30 31} Pese a ello, algunas excepciones facultan pactar plazos menores de dos años: para el mantenimiento del convenio colectivo precedente sin reajustes, para la celebración de un convenio colectivo –donde ya hubiere uno vigente– con trabajadores recién ingresantes al servicio y con derecho a negociar colectivamente, y para la celebración –por vía de una negociación “directa” o “informal”– de convenios colectivos de índole parcial.³²

Rolando Murgas Torrazza informa que en Panamá “las partes determinan la duración [de la convención colectiva], que no puede ser menor de dos años ni mayor de cuatro”.³³ Carlos Ayala Montero esclarece que la convención colectiva debe especificar su duración,³⁴ dado que hay un mandato legal acerca de su contenido que incluye normas de índole formal “sobre la administración de las convenciones colectivas (duración, etc.)”.³⁵

En República Dominicana, Carlos Hernández Contreras registra que “ningún convenio colectivo de trabajo podrá tener una duración menor de un año ni mayor de tres. En caso de que no se haga mención expresa de la duración del pacto este durará un año”.³⁶

Sobre la situación en Uruguay, Juan Raso Delgue evoca la “autonomía tradicional” del modelo sindical uruguayo;³⁷ pero manifiesta que la intervención del

30 WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*, Santiago, Editorial Universitaria, 2003, p. 621. Acentúa que existe una inclinación a suscribir convenios colectivos de más de dos años de duración: las empresas, para “evitar procesos de negociación colectiva demasiado frecuentes que les impidan planificaciones estratégicas a mediano y largo plazo”; y los sindicatos y representantes de los trabajadores, para “asegurar ciertos beneficios que podrían eventualmente perderse” (*loc. cit.*). A su juicio, “la prolongación de los convenios colectivos en el tiempo significa un desafío para la negociación colectiva, por cuanto puede producir un debilitamiento general de este mecanismo” (*loc. cit.*).

31 *Vid.*: <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-72716.html>

32 *Ibidem*, pp. 621-622.

33 MURGAS TORRAZZA, Rolando, “La negociación colectiva en Panamá. Características y normativa”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *cit.*, p. 411.

34 AYALA MONTERO, Carlos, *Entorno jurídico-laboral panameño. Panorama actualizado de las regulaciones de trabajo en la República de Panamá*, Panamá, Cultural Portobelo, 2016, p. 130.

35 *Ibidem*, p. 131.

36 HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos, “La negociación colectiva y la huelga en República Dominicana”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *cit.*, p. 242.

37 “Con relación a la negociación colectiva, se desarrolló una amplia negociación colectiva pura o informal, no regulada, de surgimiento espontáneo y curso discontinuo, impuesta casi siempre por el

Estado –por medio de la ley 18566 del 11 de setiembre de 2009– ha provocado “sustanciales cambios en el modelo arreglado de negociación colectiva”.³⁸ Por cuanto concierne a la vigencia de los convenios colectivos, sin embargo, “no existe una duración mínima”³⁹ prevista legalmente.

En Venezuela, Héctor Jaime Martínez recuerda que la legislación reguladora de la convención colectiva brinda un vasto campo de acción a las partes intervinientes ya que la ley no les impone las materias objeto de negociación,⁴⁰ pero que las convenciones colectivas de trabajo –a diferencia de la ley– “siempre tienen una duración determinada”.⁴¹ Así, Napoleón Goizueta Herrera y Oscar Hernández Álvarez declaran que el Legislador ha establecido que la convención colectiva “tendrá una duración que no podrá ser mayor de tres (3) años ni menor de dos (2) años, previendo que las partes pueden convenir la revisión de cláusulas en períodos menores”.⁴² En todo caso, “parece conveniente ir pensando un mecanismo

conflicto y la reivindicación sindical” (RASO DELGUE, Juan, “La obligación de paz: En la frontera entre la huelga y la negociación”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *cit.*, pp. 440-441).

38 *Ibidem*, p. 442. Ya no puede hablarse de “autonomía colectiva” con la amplitud que solía hacerse (*ibidem*, p. 443). Así, por ejemplo, en el año 2001, Jorge ROSENBAUM RIMOLO destacaba la “estructura abstencionista” en la regulación del tiempo de vigencia de los convenios colectivos, que permitía “la celebración de convenios colectivos sin término de vencimiento (duración indefinida) o por los plazos de vigencia que las partes convengan establecer” (ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América Latina*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2001, p. 93); de todos modos, constituía “una práctica generalizada la negociación de acuerdos con plazo” y podía verificarse, según los datos desprendidos de los convenios colectivos registrados a mediados de 1999, “una preferencia por pactar términos de más larga duración”: en promedio, entre un año o más tiempo de vigencia (*ibidem*, p. 94).

39 Información facilitada por RASO al autor de este trabajo, sobre la vigencia de los convenios colectivos y mediante correo electrónico del 30 de octubre de 2019. En efecto, el artículo 17 de la ley (uruguaya) 18566 manda: “(Vigencia).- La vigencia de los convenios colectivos será establecida por las partes de común acuerdo, quienes podrán determinar su prórroga expresa o tácita y el procedimiento de denuncia. / El convenio colectivo cuyo término estuviese vencido, mantendrá la plena vigencia de todas sus cláusulas hasta que un nuevo acuerdo lo sustituya, salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario” (*vid.*: URUGUAY. IMPO. CENTRO DE INFORMACIÓN OFICIAL. NORMATIVA Y AVISOS LEGALES DEL URUGUAY, *Ley N° 18566. Ley de negociación colectiva*. Consulta: 4 de noviembre de 2019).

<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18566-2009>

40 Cfr. JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando, “La naturaleza de la convención colectiva de trabajo”. En: PARRA ARANGUREN, Fernando I. y CARBALLO MENA, César Augusto, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera*, vol. II, Barquisimeto, Universidad Católica Andrés Bello – Universitas Fundación, 2011, p. 140.

41 *Ibidem*, p. 164.

42 HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*, tercera edición, tomo II, Barquisimeto, Jurídicas Rincón, 2001, p. 565.

que permita dinamizar la negociación colectiva para adecuarla a la nueva realidad económica”.⁴³

3. Doctrina nacional

Los autores peruanos no ignoran las cavilaciones sobre la duración de las convenciones colectivas.

A decir de Ricardo La Hoz Tirado, “la legislación puede establecer un plazo mínimo u otro máximo de duración de las convenciones colectivas o dejar a las partes en libertad de acción para que fijen el lapso de aplicación [...]”.⁴⁴ En esta línea, Jorge Rendón Vásquez apunta que “en principio una negociación colectiva tiene la duración que las partes firmantes acuerden, pero la ley puede señalar un plazo mínimo”.⁴⁵

Francisco Gómez Valdez nombra los factores “capital” y “trabajo” y estima que las convenciones colectivas de trabajo constituyen un “punto de equilibrio” entre aquellos; por eso mismo, “deben ser de breve duración”. Así, “en el Derecho Comparado, las cláusulas convencionales de naturaleza salarial tienen una breve duración (un año)”, y las relativas a las “condiciones de trabajo” se extienden por cinco años.⁴⁶

Para Mario Pasco Cosmópolis, el plazo de la convención colectiva “es fijado por las partes, no pudiendo ser menor de un año”.⁴⁷

Según Javier Neves Mujica, “la duración del convenio colectivo es de un año, a falta de acuerdo entre las partes, que podrían fijar un plazo mayor o menor”.⁴⁸ Guillermo Boza Pró es de similar opinión: “El convenio colectivo tiene, por su

43 *Loc. cit.*

44 LA HOZ TIRADO, Ricardo, *op. cit.*, p. 118.

45 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo colectivo. Relaciones colectivas en la actividad privada y en la administración pública*, Lima, Ediciones Edial, 2001, p. 169.

46 GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo. Relaciones colectivas de trabajo*, Lima, Editorial San Marcos, 2001, p. 510.

47 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Negociación colectiva en el Perú”. En: PASCO, Mario y DE BUEN, Néstor (coordinadores), *Pactos normativos de condiciones de trabajo. Contratos colectivos de trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, D.F., Editorial Porrúa – Universidad Iberoamericana – Universidad Autónoma Metropolitana – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 257.

48 NEVES MUJICA, Javier, *Derecho Colectivo del Trabajo. Un panorama general*, Lima, Palestra Editores, 2016, p. 51.

origen, una clara vocación temporal”;⁴⁹ “los sujetos negociadores son los llamados a fijar la duración del convenio colectivo, que podrían perfectamente establecer en un plazo menor o mayor a un año, para todo o parte del convenio”.⁵⁰

Sobre la *negociación colectiva en el sector público*,⁵¹ concretamente, Adolfo Ciudad Reynaud preconiza que el plazo de duración y la vigencia de los convenios colectivos en dicho ámbito deben concordar con cuanto disponen las normas internacionales del trabajo –esto es, provenir del concierto de las partes involucradas o, de creerse idónea una acción gubernamental, de un acuerdo tripartito–.⁵² Y Juan José Martínez Ortiz, presidente ejecutivo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), alude a la “articulación” de la negociación colectiva con el proceso presupuestario –los convenios colectivos no pueden acordarse en cualquier momento, sino deben instituirse unos “plazos ordenadores” que “enganchen” con este: los recursos estatales de las entidades públicas no pueden asignarse libremente, sino están definidos para actividades, rubros o programas diversos–; sostiene que el “plazo óptimo” de negociación sería tres años, que enlazaría perfectamente con el modelo presupuestario a establecer: la “asignación presupuestaria multianual”.^{53 54}

49 BOZA PRÓ, Guillermo, “El convenio colectivo de trabajo como fuente de derecho: naturaleza jurídica, contenido y efectos”. En: AUTORES VARIOS, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009, p. 114.

50 *Ibidem*, p. 115.

51 Organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) con el auspicio de la Oficina de la OIT para los Países Andinos, llevado a cabo el 19 de setiembre de 2019. *Vid.* SPDTSS. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público*, Lima, SPDTSS, 2019. Consulta: 4 de noviembre de 2019. <http://www.spdtss.org.pe/noticia/conversatorio-sobre-negociacion-colectiva-en-el-sector-publico>

52 CIUDAD REYNAUD, Adolfo, “Análisis de los proyectos en trámite [sobre negociación colectiva en el sector público] en el Congreso de la República” [videograbación]. En: SPDTSS. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Conversatorio...*, *cit.* Consulta: 4 de noviembre de 2019. https://www.youtube.com/watch?v=B1RjBYjE_XM&feature=youtu.be&t=1312

53 MARTÍNEZ ORTIZ, Juan José, “Perspectiva del Estado sobre la negociación colectiva en el sector público” [videograbación]. En: SPDTSS. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Conversatorio...*, *cit.* Consulta: 4 de noviembre de 2019. https://www.youtube.com/watch?v=B1RjBYjE_XM&feature=youtu.be&t=145

54 En una entrevista concedida al diario “El Comercio” y publicada el 3 de noviembre de 2019, María Antonieta Alva, Ministra de Economía y Finanzas, declara: “De hecho, los presupuestos públicos se hacen sobre la base del marco macroeconómico multianual. Hay un matrimonio entre esos instrumentos de política macroeconómica y el presupuesto público” (ALVA, María Antonieta, *La nueva agenda del MEF. Entrevista. María Antonieta Alva. Ministra de Economía y Finanzas*, en “El Comercio”, Lima, 3 de noviembre de 2019; año 180, núm. 90.594, p. 4).

Así, pues, *los autores nacionales consultados coinciden acerca de la fijación de un plazo de duración y vigencia de las convenciones colectivas de trabajo; particularmente, de una duración mínima. Con todo, sobresale la apreciación respecto a que tal plazo –incluso para la negociación colectiva en el sector público y en consonancia con las normas internacionales del trabajo– sea implantado preferentemente por las propias partes.*

4. La OIT

La preocupación de la OIT por una negociación libre y voluntaria, aun para la determinación del plazo de duración y vigencia de las convenciones colectivas, es permanente. Así lo revelan los convenios y recomendaciones sobre la negociación colectiva y las relaciones de trabajo en la administración pública, múltiples decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y varios análisis de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

4.1. Negociación libre y voluntaria

El *principio de la negociación libre y voluntaria* –uno de los “principios rectores” de la OIT sobre la negociación colectiva⁵⁵– ha sido acogido explícitamente por el *Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949* (núm. 98), cuyo artículo 4 indica que deben adoptarse medidas para estimular y fomentar entre las partes “el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria”.⁵⁶ En vista de ello, el Comité de Libertad Sindical⁵⁷ enfatiza que

55 GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2000, vol. 119, núm. 1, p. 44.

56 Convenio 98 (OIT), artículo 4: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. A buena cuenta, esta norma “permite a las organizaciones de trabajadores y empleadores ejercer sin trabas el derecho de la negociación colectiva” (VILLAVICENCIO R., Alfredo y ARCE ORTIZ, Elmer, *op. cit.*, p. 20).

57 De acuerdo con la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, “los principios del Comité de Libertad Sindical, órgano tripartito e independiente, tienen un valor y una pertinencia particular [...] porque reflejan un consenso tripartito sobre las cuestiones relativas a los derechos sindicales y a las relaciones laborales” (OIT, *La negociación colectiva en la administración pública: Un camino a seguir*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2013, p. 11,

“La negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto la autonomía de los interlocutores sociales en la negociación, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical”;⁵⁸ y subraya “la importancia de que se respete la autonomía de las partes en el proceso de negociación colectiva de manera que ésta revista el carácter libre y voluntario que consagra el artículo 4 del Convenio núm. 98”.⁵⁹

Así mismo, el *Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154)* preceptúa que las medidas para fomentar la negociación colectiva, entre otros aspectos, tengan por objeto “el establecimiento de *reglas de procedimiento* convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores”.⁶⁰ En realidad, al elaborar este Convenio, la Conferencia Internacional del Trabajo tuvo claro que “no se deberán adoptar medidas coercitivas” con el fin de impulsar la negociación colectiva.⁶¹ Por ello, el mismo Comité de Libertad Sindical tiene dicho que “La negociación colectiva, para ser eficaz, debe tener carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación”.⁶² En esta dirección, relieves que “Ninguna disposición del artículo 4 del Convenio núm. 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención gubernamental que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones”;⁶³ y que las autoridades públicas o gobiernos deben abstenerse “de toda injerencia indebida en el proceso de negociación” o “de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación colectiva”.⁶⁴ Por cuanto toca a la *administración pública*, las modalidades particulares de aplicación del Convenio núm. 154 “no deberían tener características susceptibles de privar de todo significado al principio de promoción de la negociación colectiva en la administración pública y a las materias que ésta debe tratar [...]”⁶⁵ —entre ellas, las reglas de procedimiento—.

párrafo 5).

58 OIT, *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, sexta edición, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2018, p. 249, párrafo 1313.

59 *Ibidem*, p. 249, párrafo 1314.

60 Convenio 154 (OIT), artículo 5, párrafo 2, letra c. (Letras cursivas mías.)

61 GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *op. cit.*, p. 44.

62 OIT, *La Libertad Sindical... cit.*, p. 249, párrafo 1315.

63 *Ibidem*, p. 250, párrafo 1316.

64 *Ibidem*, p. 250, párrafos 1317 y 1318.

65 *Ibidem*, p. 278, párrafo 1471.

La *Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163)* aconseja igualmente que “se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que los *procedimientos* de solución de los conflictos del trabajo ayuden a las partes a encontrar *por sí mismas* una solución al conflicto que las oponga”.⁶⁶

Según el *Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151)*, deben adoptarse medidas adecuadas para estimular y fomentar entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos “el pleno desarrollo y utilización de *procedimientos* de negociación”.⁶⁷

Y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones previene, a propósito de la “Negociación colectiva voluntaria; autonomía de las partes”, que “Los organismos y *procedimientos* existentes deben destinarse a *facilitar las negociaciones* entre los interlocutores sociales, que han de quedar libres de negociar. No obstante, las dificultades que se alzan contra la observancia de este principio son múltiples dado que en un número creciente de países se imponen diversos grados de restricción de la libertad para negociar”;⁶⁸ y de las “Restricciones en el contenido de las negociaciones”, que “las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio [núm. 98]; como método particularmente adecuado para remediar a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, *de común acuerdo*, las líneas directrices en materia de negociación colectiva”.⁶⁹

4.2. Duración y vigencia de las convenciones colectivas

Sobre la *vigencia y duración de las convenciones colectivas*, especialmente, la *Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 159)* sugiere que “Cuando se concluyan acuerdos entre la autoridad pública y una organización de empleados públicos [...] normalmente debería especificarse su

66 Recomendación 163 (OIT), párrafo 8, *ab initio*. (Letras cursivas mías.)

67 Convenio 151 (OIT), artículo 7. (Letras cursivas mías.)

68 OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1994, p. 120, párrafo 248. (Letras cursivas mías.)

69 *Ibidem*, p. 121, párrafo 250. (Letras cursivas mías.)

período de vigencia o el procedimiento para su terminación, renovación o revisión, o ambas cosas”.⁷⁰

Entre las decisiones del Comité de Libertad Sindical, destacamos aquellas merced a las cuales “La *duración* de los convenios colectivos es una materia que en primer término corresponde a las partes concernidas, pero si el Gobierno considera una acción sobre este tema, toda modificación legislativa debería reflejar un acuerdo tripartito”;⁷¹ y a que “Una disposición obligatoria en la que se establece que un convenio colectivo debe estar en vigor durante dos años *cuando las partes no han aprobado por mutuo acuerdo un plazo diferente* no constituye una violación del derecho a la negociación colectiva”.⁷²

Y según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, la negociación colectiva de las remuneraciones de los empleados públicos, se desarrolla normalmente “con independencia de la negociación de las demás condiciones de trabajo; en ella suelen intervenir órganos públicos distintos y puede tener lugar cada año, según la duración de los ejercicios presupuestarios nacionales (anuales en algunos Estados, o plurianuales en otros). Las negociaciones colectivas se celebran, según los países, antes o después de que el poder legislativo adopte los presupuestos”.⁷³ Además, esta Comisión “observa que habitualmente los acuerdos colectivos, tanto del sector público como del sector privado, prevén un *período determinado de aplicación* y/o la manera en que puede ponerse fin al mismo. *Corresponde a las partes precisar este período*. A menudo, la legislación establece reglas relativas a la duración máxima de los convenios colectivos, con inclusión de reglas sobre su aplicabilidad (o inaplicabilidad) tras la expiración de sus períodos de vigencia. [...]”.⁷⁴ También, recuerda que “por lo que se refiere al *período de vigencia* de los acuerdos colectivos, *los Convenios núms. 151 y 154 privilegian las reglas establecidas por las partes en la negociación*”.⁷⁵

70 Recomendación 159 (OIT), párrafo 3. (Letras cursivas mías.)

71 OIT, *La libertad sindical...*, cit., p. 285, párrafo 1502. (Letras cursivas mías.)

72 *Ibidem*, p. 285, párrafo 1504. (Letras cursivas mías.)

73 OIT, *La negociación colectiva...*, cit., p. 130, párrafo 329.

74 *Ibidem*, p. 165, párrafo 381. (Letras cursivas mías.)

75 *Ibidem*, p. 165, párrafo 383. (Letras cursivas mías.)

5. Cuestiones prácticas

Llegado a este punto de nuestro recorrido, me pregunto: ¿se justifica un tratamiento diferenciado para la fijación del plazo de duración y vigencia de las convenciones colectivas de trabajo: dos años, para el sector público; y un año, para el sector privado?, ¿debe mantenerse, ampliarse o reducirse la existente duración mínima de las convenciones colectivas en el sector público?, ¿pueden las partes de una negociación colectiva en el sector público pactar que las convenciones colectivas tengan una duración inferior a dos años?, ¿pueden ellas someter a arbitraje sus diferencias atinentes a la duración mínima de la convención colectiva?, ¿debe un tribunal arbitral pronunciarse?

Las leyes de presupuesto se elaboran anualmente.⁷⁶ Por otro lado, es posible la expedición de leyes especiales por exigencia de “la naturaleza de las cosas”, pero no debido a las diferencias de las personas.⁷⁷ Entonces, es justificable que las convenciones colectivas de trabajo en el sector público puedan tener un plazo de duración y vigencia distinto al otorgado a las del sector privado; así podrán acoplarse a los intervalos de preparación del presupuesto público y contar con la previsión presupuestal requerida. De todos modos, en atención a la regulación primigenia de la negociación colectiva en el sector público, que confería una duración anual a las convenciones colectivas,⁷⁸ y a la normativa de la negociación colectiva en el sector privado, que casi siempre ha fijado en un año al duración mínima de las convenciones colectivas, podría considerarse la factibilidad de establecer un plazo homogéneo, aplicable al efecto en los sectores público y privado.⁷⁹ En todo caso y según propugna la OIT, el mantenimiento⁸⁰ o ampliación o reducción de la duración mínima de las convenciones colectivas en el sector público debiera someterse a un procedimiento de consultas de carácter tripartito o evidenciar un acuerdo de igual talante.

76 Constitución, artículo 77.

77 Constitución, artículo 103.

78 *Supra*, 1.2.

79 Sobre la autonomía jurídica del “Empleo Público” como justificante de la permanencia de la regulación diferenciada de los derechos colectivos de los servidores públicos, puede verse: DÍAZ RONCAL, Kenny, “*Vuelta de tuerca* en la discusión sobre la negociación colectiva en el sector público”. En: QUIÑONES INFANTE, Sergio y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo (coordinadores), *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho, 2019, pp. 503-511.

80 Parece conveniente la afirmación o consolidación del actual plazo bianual mediante un acuerdo tripartito en tal sentido.

En consideración a la ley 30057, Ley del Servicio Civil, y a su Reglamento General, aprobado mediante el decreto supremo 40-2014-PCM del 11 de junio de 2014, y al decreto de urgencia 14-2020, no parece posible que las partes de la negociación colectiva en el sector público puedan pactar una convención colectiva de duración mínima inferior a dos años: aquella ley y su reglamento, y este decreto de urgencia prevén un plazo de vigencia de dos años, y las normas procedimentales son de orden público –no admiten pacto en contrario–.⁸¹

Al lado de cualesquiera otras desavenencias, dichas partes podrían someter a arbitraje su discrepancia sobre la duración mínima de la convención colectiva; pero la decisión a este respecto del tribunal arbitral constituido para solucionarlas dependerá de la concepción que este tenga sobre la normativa aplicable y las materias que pueden atenderse y definirse en un proceso arbitral.⁸²

6. Conclusiones

La duración mínima de las convenciones colectivas de trabajo en el sector privado ha sido fijada casi siempre en un año: primero, como duración mínima implantada por la legislación; al presente, como duración supletoria de la estipulada por las propias partes. En consecuencia, puede afirmarse que tal duración mínima –*un año*– está firmemente asentada en el juicio común de los actores sociales –empleadores, trabajadores y hasta del propio Estado–; aunque se prefie-

81 Como enseñaba Héctor-Hugo BARBAGELATA, “no mediando restricción legal o interferencia gubernamental, el contenido [de los convenios colectivos] depende exclusivamente del poder de negociación de las partes, sin más límites, como en cualquier otro negocio, que el orden público y las buenas costumbres” (BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “Contenido de los convenios colectivos”. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coordinadores), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 99); “siempre que no medie intervención de la ley, parece razonable abandonar la búsqueda de competencias exclusivas del empleador en el plano de la gestión de la empresa, para indagar solamente si alguna materia debe reputarse excluida del campo de la negociación por ser contraria al orden público” (*ibidem*, p. 100).

82 Por ejemplo, Jaime ZAVALA COSTA y Lidia VÍLCHEZ GARCÉS anotan que, a su criterio, existen materias que no deberían ser resueltas mediante un laudo; entre ellas: la nivelación, regulación de estructuras salariales y homologación; las bandas, categorías o estructuras profesionales; la reducción de la jornada de trabajo o la modificación de horarios o turnos; la determinación o modificación del lugar de trabajo; las cláusulas que restringen facultades del empleador previstas en la ley; y el otorgamiento de una licencia sindical permanente (ZAVALA COSTA, Jaime y VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia, *El desafío de la negociación. Temas prácticos para prevenir y resolver conflictos colectivos de trabajo*, Lima, Aele, 2016, pp. 112-114). A decir de ellos mismos, esta relación “en modo alguno pretende ser una lista cerrada o inmutable, sino que constituye un primer acercamiento a una materia poco explorada que, sin duda, tiene muchas más aristas que pueden seguir siendo ponderadas” (*ibidem*, p. 112).

re y respeta actualmente lo que decidan y acuerden las partes involucradas en la convención colectiva.

Ello no obstante, las convenciones colectivas de trabajo en el sector público tienen una vigencia bianual; vinculada a las leyes anuales del presupuesto.

En varios países de América Latina, las legislaciones conceden una duración máxima y otra mínima a las convenciones colectivas, o les fijan una duración máxima y autorizan a las partes el establecimiento de una extensión menor, o puntualizan una duración mínima con base en la cual las partes deben pactar el curso de la convención colectiva, o no prevén la duración de las convenciones colectivas y la confían al acuerdo de las partes. De señalarse plazos, estos corren entre tres o cuatro años, como máximo, y entre uno o dos años, como mínimo. Todo ello, con mayor o menor reconocimiento de o apertura a la autonomía colectiva.

Los autores nacionales consultados coinciden acerca de la fijación de un plazo de duración y vigencia de las convenciones colectivas de trabajo; particularmente, de una duración mínima. Con todo, sobresale la apreciación respecto a que tal plazo –incluso para la negociación colectiva en el sector público y en consonancia con las normas internacionales del trabajo– sea implantado preferentemente por las propias partes.

La preocupación de la OIT por una negociación libre y voluntaria, aun para la determinación del plazo de duración y vigencia de las convenciones colectivas, es permanente. Así lo revelan los convenios y recomendaciones sobre la negociación colectiva y las relaciones de trabajo en la administración pública; y múltiples decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y análisis de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

En suma, en la negociación colectiva debiera reducirse al máximo el intervencionismo y el “reglamentarismo” estatales en beneficio de la más amplia autonomía de las partes intervinientes. En tal virtud, la duración mínima de las convenciones colectivas de trabajo en el sector público debiera ser prevista por aquellas; a falta de un acuerdo sobre el punto, actuaría supletoriamente el plazo de vigencia prescrito por la ley.

Bibliografía

ABANTO REVILLA, César y PAITÁN MARTÍNEZ, Javier, *Manual del régimen laboral público*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.

- ALVA, María Antonieta, *La nueva agenda del MEF. Entrevista. María Antonieta Alva. Ministra de Economía y Finanzas*, en (diario) “El Comercio”, Lima, 3 de noviembre de 2019; año 180, núm. 90.594, pp. 4-5.
- AMORIM ROBORTELLA, Luiz Carlos, “Autonomia da vontade em debate. Exagero intervencionista nas relações de trabalho”. En: FLORINDO, Valdir, MANNRICH, Nelson, DE SOUZA AGRA BELMONTE, Alexandre y FREDIANI, Yone, *Autonomia da vontade nas relações de trabalho. Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho 2016*, Porto Alegre, Magister Editora – Academia Nacional de Direito do Trabalho, 2017, pp. 227-236.
- ANÁLISIS LABORAL, “Modifican Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, en (revista) *Análisis Laboral*, Lima, enero de 2003, vol. XXVII, núm. 307, pp. 8-15.
- ANGULO A., Jorge M., *El procedimiento del trabajo en el Perú. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, Trujillo, Gráfica “Trujillo”, 1960.
- ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, “Negociación colectiva en el sector público”. En: VILLAVICENCIO, Alfredo, ARCE, Elmer, MEDINA, Francisco y CRUZ VILLALÓN, Jesús (coordinadores generales), *Negociación colectiva y resolución de conflictos: una perspectiva comparada entre España y Perú*, Lima, Ius et Veritas, 2016, pp. 143-154.
- ARESE, César, *Derecho de la negociación colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- AYALA MONTERO, Carlos, *Entorno jurídico-laboral panameño. Panorama actualizado de las regulaciones de trabajo en la República de Panamá*, Panamá, Cultural Portobelo, 2016.
- BALBÍN TORRES, Edgardo, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “Contenido de los convenios colectivos”. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coordinadores), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 97-125.
- BARRENECHEA CALDERÓN, Julio César, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Lima, Editora Ital Perú, 1979.

BOZA, Guillermo y otros, *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*, Lima, Consultores Jurídicos Asociados, 1994.

BOZA PRÓ, Guillermo, “El convenio colectivo de trabajo como fuente de derecho: naturaleza jurídica, contenido y efectos”. En: AUTORES VARIOS, *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*, Lima, Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009, pp. 101-118.

BUENO MAGANO, Octavio, *Manual de Direito do Trabalho*, vol. III, *Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr Editora, 1984.

CASTAÑEDA RANGEL, Alfonso, *El Derecho Procesal del Trabajo en el Perú*, Lima, Editorial “El Cóndor”, 1944.

CHILE. DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

<https://www.dt.gob.cl/portal/1626/w3-channel.html>

CIUDAD REYNAUD, Adolfo, “Análisis de los proyectos en trámite [sobre negociación colectiva en el sector público] en el Congreso de la República” [videograbación]. En: SPDTSS. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público*, Lima, SPDTSS, 2019. Consulta: 4 de noviembre de 2019.

https://www.youtube.com/watch?v=B1RjBYjE_XM&feature=youtu.be&t=1312

DÍAZ RONCAL, Kenny, “Vuelta de tuerca en la discusión sobre la negociación colectiva en el sector público”. En: QUIÑONES INFANTE, Sergio y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo (coordinadores), *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho, 2019, pp. 487-513.

ELÍAS MANTERO, Fernando, *Derecho Laboral. Relaciones colectivas de trabajo*, Lima, Jus Editores, 1995.

ELÍAS MANTERO, Fernando, *El procedimiento de negociación colectiva. Exposición y comentario del D.S. No. 006-71-TR*, Lima, Consultores Laborales, 1980.

ERMIDA URIARTE, Oscar, “La intervención administrativa: Origen, características y perspectivas”. En: OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIAR-

- TE, Oscar (editores), *La negociación colectiva en América Latina*, Madrid, Instituto Europeo de Relaciones Industriales - Editorial Trotta, 1993, pp. 107-117.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2000.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2000, vol. 119, núm. 1, pp. 37-59.
- GODINHO DELGADO, Mauricio, *Direito coletivo do trabalho*, 7ª edición, São Paulo, LTr Editora, 2017.
- GÓMEZ VALDEZ, Francisco, *Derecho del Trabajo. Relaciones colectivas de trabajo*, Lima, Editorial San Marcos, 2001.
- GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro, *Negociación colectiva y huelga en el Derecho Laboral peruano*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*, tercera edición, tomo II, Barquisimeto, Jurídicas Rincón, 2001.
- HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos, “La negociación colectiva y la huelga en República Dominicana”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *Negociación colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, pp. 227-255.
- HUAMÁN ORDÓÑEZ, Luis A., *Comentarios al régimen jurídico de la Ley del Servicio Civil. Ley N° 30057*, Lima, Jurista Editores, 2016.
- JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando, “La naturaleza de la convención colectiva de trabajo”. En: PARRA ARANGUREN, Fernando I. y CARBALLO MENA, César Augusto, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera*, vol. II, Barquisimeto, Universidad Católica Andrés Bello – Universitas Fundación, 2011, pp. 119-164.
- LA HOZ TIRADO, Ricardo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, vol. II, *La convención colectiva de trabajo*, Lima, Imprenta Editora Jorge Pérez Pacussich, 1974.

- MARTÍNEZ ORTIZ, Juan José, “Entrevista”, en (revista en línea) *Actualidad Laboral*, Lima, febrero de 2020, pp. 11-15.
- MARTÍNEZ ORTIZ, Juan José, “Perspectiva del Estado sobre la negociación colectiva en el sector público” [videgrabación]. En: SPDTSS. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público*, Lima, SPDTSS, 2019. Consulta: 4 de noviembre de 2019.
- https://www.youtube.com/watch?v=B1RjBYjE_XM&feature=youtu.be&t=145
- MORGADO VALENZUELA, Emilio, “La intervención administrativa: Objetivos de la intervención y fines del Estado”. En: OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Oscar (editores), *cit.*, pp. 127-132.
- MURGAS TORRAZZA, Rolando, “La negociación colectiva en Panamá. Características y normativa”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *Negociación colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, pp. 393-413.
- NEVES MUJICA, Javier, *Derecho Colectivo del Trabajo. Un panorama general*, Lima, Palestra Editores, 2016.
- OIT, *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, sexta edición, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2018.
- OIT, *La negociación colectiva en la administración pública: Un camino a seguir*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2013.
- OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949*, Ginebra, OIT, 1994.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Negociación colectiva en el Perú”. En: PASCO, Mario y DE BUEN, Néstor (coordinadores), *Pactos normativos de condiciones de trabajo. Contratos colectivos de trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, México, D.F., Editorial Porrúa – Universidad Iberoamericana – Universidad Autónoma Metropolitana – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 245-262.

- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Perú”. En: ACKERMAN, Mario (coord.), *Trabajadores del Estado en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pp. 269-309.
- PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Anuario Estadístico Sectorial. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2018*, Lima, Oficina de Estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2019.
- RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Convenciones colectivas de trabajo*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1985.
- RASO DELGUE, Juan, “La obligación de paz: En la frontera entre la huelga y la negociación”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *Negociación colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, pp. 437-455.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Edición del Tricentenario, Madrid, Espasa Libros, 2014.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo colectivo. Relaciones colectivas en la actividad privada y en la administración pública*, Lima, Ediciones Edial, 2001.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Legislación laboral. Régimen de la actividad privada*, vol. 1, Lima, Editorial Tárpu, 1988.
- RIVAS, Daniel, «Los efectos normativos de los convenios colectivos de trabajo “comunes”». En: GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, *Veinte estudios laborales en memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, pp. 267-295.
- ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América Latina*, Lima, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.
- SALA FRANCO, Tomás, “La negociación colectiva de los empleados públicos en España”. En: AYLWIN CHIORRINI, Andrés y otros, *Negociación colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017, pp. 491-508.

SPDTSS. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público*, Lima, SPDTSS, 2019. Consulta: 4 de noviembre de 2019.

<http://www.spdtss.org.pe/noticia/conversatorio-sobre-negociacion-colectiva-en-el-sector-publico>

URUGUAY. IMPO. CENTRO DE INFORMACIÓN OFICIAL.

<https://www.impo.com.uy/>

VILLAVICENCIO R., Alfredo y ARCE ORTIZ, Elmer, “La reforma de la regulación de las relaciones colectivas de trabajo. Alcances e insuficiencias”, en (revista) *Análisis Laboral*, Lima, enero de 2003, vol. XXVII, núm. 307, pp. 18-21.

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo*, Santiago, Editorial Universitaria, 2003.

ZAVALA COSTA, Jaime y VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia, *El desafío de la negociación. Temas prácticos para prevenir y resolver conflictos colectivos de trabajo*, Lima, AeI, 2016.

PECULIARIDADES DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO EN EL URUGUAY

FERNANDO DELGADO SOARES NETTO*

Este artículo nos introduce en la regulación del empleo público en el Uruguay, a cargo de un especialista cuya vinculación con el medio jurídico peruano es amplia. En las páginas siguientes los lectores podrán entender elementos clave de la realidad de las relaciones laborales dentro del aparato público del país oriental.**

Sumario: I. Introducción, II. Peculiaridades en cuanto a la regulación (Derecho Administrativo vs. Derecho Laboral), III. Peculiaridades del sujeto empleador (La complejidad y extensión del Estado uruguayo), IV. Peculiaridades en cuanto al rol del Ministerio de Trabajo, V. Peculiaridades en cuanto al contenido (Materia salarial, convenios y presupuesto), VI. Otras limitaciones constitucionales, legales y reglamentarias, VII. Reflexiones finales

199

I. Introducción

Es un honor participar de una obra colectiva auspiciada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, donde tenemos tantos

* Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay (Licenciatura en Relaciones Laborales y Carrera de Abogacía). Responsable del Equipo de Negociación Colectiva en el Sector Público del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del Uruguay. Las opiniones aquí vertidas son a exclusivo título personal.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

queridos amigos y hemos compartido tantos hermosos momentos de aprendizaje, amistad y camaradería.

La idea de esta contribución, es reflexionar sobre algunas de las peculiaridades que pueden observarse en las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay.¹

Estas peculiaridades refieren tanto respecto a la rama del derecho que las regula, a las características del sujeto empleador y a los contenidos de la negociación, así como de la naturaleza jurídica de sus instrumentos. Estas especificidades son de importancia para entender determinados fenómenos que son bien diferentes al juego de actores que se da en el sector privado. Las que aquí se expondrán configuran una lista provisoria y arbitraria, a la cual podrían agregarse muchos otros conceptos.

II. Peculiaridades en cuanto a la regulación (Derecho Administrativo vs. Derecho Laboral)

Un primer y muy importante problema que se presenta es la determinación de la rama del derecho con aptitud para regular estas relaciones, o sea qué normas y principios se aplican a este sector.

Como señala con acierto el laboralista venezolano HERNÁNDEZ ALVAREZ, estamos “*ante una zona fronteriza entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo, cuyo análisis está lleno de dificultades*”, y el debate en cuestión refleja “*una contradicción de tendencias que incluye en la determinación de las fronteras del Derecho del Trabajo, las cuáles han venido modificándose para comprender dentro de sí áreas que antes eran del dominio exclusivo de otras disciplinas*”.²

Veamos sucintamente las distintas posturas que se han dado a este respecto en la doctrina uruguaya.

1. Posición administrativista o dualista

Por un lado tenemos aquellos autores que consideran que todo lo atinente a la regulación de los funcionarios públicos es competencia del derecho administra-

1 El presente trabajo toma como base nuestro aporte al Libro *Estudios de Derecho Laboral en homenaje a Octavio Racciatti*, FCU 2017

2 HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar; “La negociación colectiva de los empleados públicos, tránsito de la concepción estatutaria a la concepción laboralista” en *La negociación colectiva en América Latina*, ERMIDA, Oscar y OJEDA AVILÉS, Antonio (Editores), Ed. Trotta 1993, pág 85

tivo. Por ejemplo MARTINS ha sostenido que este tipo de vínculos son regulados en forma exclusiva por normas de derecho administrativo, no siendo aplicable el derecho laboral, siquiera como norma analógica ante la existencia de lagunas normativas.³ Se denomina a esta posición “dualista” ya que supone una separación tajante entre las dos disciplinas.

2. Posiciones laboristas

Por otra parte, desde tiendas laboristas el Profesor Héctor-Hugo Barbagelata señalaba que no existiendo diferencias sustanciales entre la prestación de trabajo en el sector público y en el privado, se verificaba una regulación global de ambos tipos de funcionarios. En todo caso *“las particularidades de la relación laboral en este campo pueden reclamar variantes al régimen general o común, que justifican que exista un estatuto de la función pública, en el mismo sentido que hay un estatuto de los trabajadores rurales, marítimos, etc.”*⁴ Similar postura mantenían los recordados autores Plá Rodríguez⁵ y Sarthou⁶ entre otros.

3. Teorías mixtas

También se destacan las teorías mixtas, como es el caso del constitucionalista Cassinelli Muñoz, quien en ya en la década de 1960 abogaba por la existencia de un “derecho general del trabajo” de raigambre constitucional, aplicable tanto a trabajadores públicos como privados.⁷ También existen otros autores que van en dirección parecida, como Flores Dapkevicius que habla de “derecho administrativo laboral”.⁸

3 MARTINS, Daniel Hugo; en *Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los funcionarios públicos*, Biblioteca de Derecho Laboral No.3, pág 201

4 BARBAGELATA, Héctor-Hugo; en *Cursillo...*, .cit, pág 30

5 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo; *Curso de Derecho Laboral*, Tomo I, Vol 1, Acali 1978, pág 85

6 SARTHOU, Helios, en *Cursillo...*ob.cit, pág 78

7 CASSINELLI MUÑOZ, Horacio; “Régimen jurídico general de los trabajadores y estatuto de los funcionarios” en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 58, pág 231 y “El régimen de los funcionarios en la Constitución Uruguaya” en R.D.J.A., Tomo 65, pág 278

8 FLORES DAPKEVICIUS, Ruben; “Algunas consideraciones generales acerca del TOFUP y del derecho administrativo laboral”, en *Revista de Derecho Público*, año 7, No.14, 1998, pág 103 y ss..

4. Los aportes de Octavio Racciatti

En este repaso, resultan de gran interés los aportes del Prof. Octavio RACCIATTI, quien partiendo del derecho del trabajo interactuaba con las teorías antes descriptas, señalando que “*existe un derecho del trabajo del sector público (aplicable no solamente a quienes trabajan para la administración pública sin incorporarse a ésta, sino también a los funcionarios públicos que trabajan en situación de dependencia)*”.⁹

Agregaba este autor que la fuerza de atracción ejercida por el derecho del trabajo sobre la función pública tiene dos manifestaciones: “*una en el plano instrumental, que se advierte en el traslado de técnicas del derecho colectivo del trabajo, originariamente admitidas solamente en la relación privada y otra de carácter sustantivo, que consiste en la extensión de la aplicación de normas y principios del derecho común del trabajo*”.¹⁰

A esta altura de los acontecimientos, parece claro que los institutos del derecho colectivo del trabajo tienen un fuerte anclaje en el sector público con respaldo constitucional, legal y de normas internacionales.

De los tres institutos distintivos de este sector de nuestra disciplina (sindicatos, huelga y negociación colectiva), ha sido justamente la negociación colectiva la que más ha tardado en ser aceptada, mucho después que los sindicatos y la huelga.

En el caso uruguayo, si bien la negociación colectiva estaba reconocida como derecho en los Convenios Internacionales de Trabajo No.151 y 154, ratificados por Uruguay en 1989 y en la propia Constitución de la República.¹¹ La aprobación de la Ley 18.508 en 2009, supuso un importante salto cualitativo, estableciendo una serie de principios y una estructura global que abarca a los trabajadores del Estado en su conjunto.¹² Uno de los antecedentes que se tomó a nivel regional fue la Ley argentina 24.185 (1992).

La aprobación de la Ley 18.508 de esta norma significó un formidable avance en todo lo atinente a la regulación de las relaciones colectivas en el sector públi-

9 RACCIATTI, Octavio, “El Derecho del Trabajo en el Sector Público” en *revista.Derecho Laboral (rev.Der.Lab)* No.204, pág 743

10 RACCIATTI. O., “El Derecho...” cit, pág 761

11 RACCIATTI, Octavio, “Apuntes sobre la Ley 18.508 de negociación colectiva en el sector público”, en *rev.Der.Lab No.236*, pág 821 y aa.

12 DELGADO SOARES NETTO, Fernando, “Consideraciones preliminares sobre la ley de negociación colectiva en el sector público”, en *rev. Der.Lab No.235*, pág 579

co, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina y también ha recibido reconocimientos a nivel internacional, incluida la Organización Internacional del Trabajo.¹³

III. Peculiaridades del sujeto empleador (la complejidad y extensión del estado uruguayo)

El “escenario” de actores que normalmente vemos en las relaciones laborales del sector privado , (trabajadores, empleadores y Estado),¹⁴ se reformula drásticamente si pasamos a observar las relaciones laborales en el sector público.

Allí el Estado, pasa de ser un “tercero” más o menos activo a asumir directamente el rol de empleador. En el caso uruguayo, por otra parte, constituye el más grande empleador del país y tiene una considerable extensión y complejidad como tal.

1. Los vínculos laborales del estado

El Estado uruguayo tiene registrados a 2017 nada más ni nada menos que 297.601 vínculos laborales de funcionarios públicos (incluye presupuestados, zafrales, contratos permanentes, etc) y 12.595 vínculos que no tienen tal carácter (becarios, pasantes, arrendamientos de obra).¹⁵ Vale aclarar que existen muchos funcionarios con más de un vínculo lo que lleva a que el número de vínculos no coincida con el de trabajadores. Esto se da fundamentalmente en docentes, profesionales médicos, que pueden acumular distintos cargos. En el caso del ente que agrupa la mayor parte de la enseñanza estatal no universitaria (A.N.E.P.), a 2014 se registraba una diferencia de 29,1% entre los vínculos y las personas, alcanzando un promedio de 1,4 vínculos por persona.

En cualquier caso, si tenemos presente que la Población Económicamente Activa (P.E.A.) en nuestro país asciende aproximadamente a 1.800.000 personas

13 La Ley es mencionada reiteradamente en el documento *La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir*, de la Oficina Internacional del trabajo preparatorio de la 102ª Conferencia Internacional del Trabajo de OIT 2013

14 BARBAGELATA, Héctor-Hugo; “Los actores de las relaciones laborales” en *El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales*, FCU 2009

15 *Informe sobre vínculos laborales con el Estado Año 2017*, publicado en la página web de la Oficina Nacional del Servicio Civil, onsc.gub.uy

, podemos valorar la magnitud del sector en el mercado de trabajo. Se trata de un “mega grupo” en términos numéricos muy superior a cualquier otro del sector privado. Por otra parte no se contabilizan aquí, ni los trabajadores tercerizados por el Estado, ni las personas públicas no estatales.¹⁶

2. Las pluralidades en el ámbito estatal

El mismo concepto de Estado, como organización política de la sociedad, aún en un país pequeño y de carácter unitario como la República Oriental del Uruguay, no puede verse como un todo monolítico o indisoluble, sino que es un concepto abstracto que reúne realidades políticas, jurídicas y económicas muy diferentes.

Podemos ver entre otras:

a) *Pluralidad de formas jurídicas*

El concepto de Estado, agrupa distintas entidades y organismos, como la Administración Central (empleados del Poder Ejecutivo), Poder Legislativo, Poder Judicial, organismos descentralizados comerciales, industriales o de servicios.¹⁷ También están a nivel de descentralización territorial los Gobiernos Departamentales y Locales, cada uno con su propia regulación, forma de funcionamiento y régimen presupuestal.

b) *Pluralidad de vínculos jurídicos*

Como se vio anteriormente, tenemos trabajadores que son presupuestados, contratados, contratados a término, trabajadores zafrales, etc.

c) *Pluralidad de actividades y oficios*

Cuando hablamos de “funcionarios públicos”,¹⁸ es probable que la mayor parte de la opinión pública imagine un grupo de oficinistas detrás de un escritorio tecleando en la computadora y tomando café.

16 Entidades que no integran el Estado pero se rigen por normas de derecho público.

17 Denominados en el derecho uruguayo Entes Autónomos y Servicios Descentralizados según los casos.

18 Resulta más atinado hablar de “trabajadores del Estado”, ya que la expresión “funcionarios públicos” se reserva fundamentalmente a aquellos que son presupuestados

Sin embargo, el universo de trabajadores del Estado es muchísimo más amplio abarcando los más diversos sectores de actividad como obreros industriales,¹⁹ controladores aéreos,²⁰ docentes, bailarines,²¹ periodistas, profesores, policías, militares, etc.

Esta multiplicidad revela que es difícil realizar un análisis unívoco y sencillo de las relaciones laborales en el ámbito estatal.

3. Los cargos políticos , la estructura jerárquica y burocrática

Otro elemento a destacar es que los principales jerarcas estatales son electos directamente por el pueblo o son designados por mecanismos políticos (venia del Senado, designación por parte Presidente de la República, etc.), lo que hace que lo político-partidario esté presente muchas veces y que su gestión esté limitada por los periodos de gobierno. Lo mismo ocurre con el personal “de confianza” que ocupa puestos de importancia en los organismos y rota permanentemente, lo que arroja problemas de “falta de memoria institucional” en el sujeto empleador que repercuten en el sistema.

Por otra parte, también ocupan posiciones importantes en la toma de decisiones un importante de grupo de funcionarios que son “mandos medios”, (Jefes Administrativos, Gerentes), que poseen su propia lógica institucional y burocrática y que tienen su relevancia en la gestión de los organismos (especialmente en las empresas públicas) y en la relación con sus trabajadores. A veces se dan contradicciones con las líneas gubernamentales.

IV. Peculiaridades en cuanto al rol del ministerio de trabajo

Relacionado con el tema anterior (ya que refiere también a los actores del sistema), tenemos el rol que asume en el sistema el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, establecido en la Ley 18.508 antes mencionada y que resulta bien diferente al que ocurre al sector privado donde cumple solamente funciones de mediación y conciliación.

19 Obreros de industria petrolera en A.N.C.A.P., obreros de industria naval en diques del Estado (S.C.R.A., Ministerio de Defensa)

20 DINACIA, dependiente de Ministerio de Defensa

21 S.O.D.R.E. , dependiente de Ministerio de Educación y Cultura

Tenemos que esta Secretaría de Estado:

- a) Integra la delegación del Poder Ejecutivo en el *Consejo Superior de la Negociación Colectiva en el Sector Público* y en los ámbitos de rama del “módulo principal” del sistema (junto con el Ministerio de Economía, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Oficina Nacional de Servicio Civil (artículos 11 y 12).
- b) Puede participar del “tercer nivel” del módulo antes mencionado (negociación por organismo o inciso) de acuerdo al artículo 13.
- c) Integra las Mesas de Negociación en los organismos con mayor autonomía, como los Gobiernos Departamentales y los entes de enseñanza entre otros (art.14), que constituyen el “segundo módulo”
- d) Es el encargado de velar por el cumplimiento de la Ley y en tal carácter “coordinará, facilitará y promoverá las relaciones laborales y la negociación colectiva en el sector público” (art.9º.)
- e) Cumple roles de conciliación y mediación, del mismo modo que ocurre en el sector privado.

Como vemos se trata de muchas funciones al mismo tiempo, que pueden resultar superpuestas y en ocasiones hasta contradictorias.²²

Resulta claro que en cualquier caso, la función es claramente diversa a la de la actividad privada, en el cual el M.T.S.S., más allá de las funciones de mediación y conciliación como integrante del Poder Ejecutivo es totalmente independiente de las partes..

V. Peculiaridades en cuanto al contenido (materia salarial, convenios y presupuesto)

1. La materia salarial en la negociación pública

Si se repasa el artículo 4º. de la Ley 18.508 sobre los contenidos de la negociación, no está contenida explícitamente la materia salarial, sino que se habla de

22 ZAPIRAIN, Héctor; “Las relaciones colectivas del trabajo. Evolución reciente” en *XXVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* FCU 2015, pág 217.

condiciones de trabajo, salud e higiene laboral, capacitación, formación, carrera, etc.

Resulta obvio que los salarios son indiscutiblemente la materia principal de la negociación colectiva, partiendo del alcance amplio de esta última como derecho humano fundamental laboral e incluso tomando en consideración una acepción amplia de “condiciones de trabajo”,²³ por lo que resultaría ilógica su exclusión de la lista de temas a debatir.

No obstante ello, a poco de aprobada la Ley, algunos organismos como el Poder Judicial y la Corte Electoral llegaron a considerar que el este tema no podía incluirse en las negociaciones, posición que fue posteriormente revisada.

En la actualidad, el tema no admite dos opiniones, en cuanto a que el salario integra la agenda de negociación.

De cualquier manera, no debe perderse de vista que en el sector público, las retribuciones personales (salarios, primas, compensaciones etc.) están sujetas a normas de tipo presupuestal, con un procedimiento regulado en las Leyes de Presupuesto y Rendición de Cuentas en el caso de la Administración Central y también a través de Decretos como ocurre con las empresas públicas. Esto hace que en ocasión de la discusión presupuestal, se agudice la conflictividad, tal como ocurrió en el segundo semestre de 2015 al comienzo del período de gobierno que toca a su fin en nuestro país al momento de escribir estas líneas.

2. El “ida y vuelta” entre normas presupuestales y convenios colectivos

La necesidad de que las retribuciones de los trabajadores sean recogidas en normas presupuestales de carácter étático, hace que se de un fenómeno muy curioso de interacción entre normas emanadas de diferentes fuentes, impensable en el sector privado.²⁴

En efecto, en la práctica existen muchos convenios salariales que deben ser recogidos a posteriori por normas legales o reglamentarias. También, recorriendo el camino inverso, que se apruebe algún artículo “marco” que luego es reglamentado, de conformidad a los acuerdos que se intentarán entre el organismo y sus

23 PANIZZA, Carolina, “La negociación colectiva en el sector público” en *XXVI Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU 2015, pág 226

24 PANIZZA, Carolina, cit. pág 231.

trabajadores. Existe un “ida y vuelta” permanente entre convenios, artículos de ley presupuestal y Decretos reglamentarios. No se da por tanto la mecánica del sector privado, donde las normas legales son el “piso mínimo” que es sobrepujado por los convenios colectivos (o los Laudos o decisiones de los Consejos de Salarios que fijan salarios mínimos por categorías según la Ley 10.449 y modificativas)

A título de ejemplo, la Ley 18.719 (Presupuesto 2010-2015), establece en su artículo 4º. los mecanismos de ajuste salarial general para los funcionarios públicos de la mayoría de los organismos, disponiendo un régimen de ajuste por inflación esperada, más correctivo por la diferencia entre ésta y la inflación real.

En esa misma norma se dispone que si la inflación superara el rango de 10% anual, debe convocarse al Consejo Superior de la Negociación Colectiva en el Sector Público. A continuación, se establece que los eventuales incrementos salariales adicionales *“se determinarán por los procedimientos y en los ámbitos previstos por la Ley 18.508 de 26 de junio de 2008, sobre negociación colectiva en el sector Público y serán incluidos en la Rendición de cuentas de cada ejercicio”*.

3. El caso del convenio en la enseñanza pública

En relación a lo que viene de manifestarse, se ha dado un caso interesante en la enseñanza pública, sector que durante el año 2015 vivió un intenso conflicto salarial por Presupuesto, que llegó incluso a que se decretara la esencialidad.

En ese sentido en el debate parlamentario el M.T.S.S. puso énfasis que las mejoras presupuestales para los trabajadores de la educación estaban sujetas a la suscripción de los convenios colectivos correspondientes. Fue así que el artículo 671 de la Ley de Presupuesto No.19.355 faculta al Poder Ejecutivo a reasignar una serie de partidas para aumentos salariales adicionales *“siempre que se alcance un acuerdo antes del 1º de enero de 2016 entre A.N.E.P. y las asociaciones gremiales de los trabajadores de la misma con la participación de la O.P.P. de la Oficina Nacional de Servicio Civil y del Ministerio de Economía y Finanzas en el marco de la mesa de negociación prevista en el artículo 14 de la Ley 18.508”*.

Se trató entonces de una norma presupuestal cuya ejecución estuvo condicionada a la negociación colectiva.

Este acuerdo finalmente se celebró a fines del año 2015.²⁵

25 Se suscribieron entre ANEP y los sindicatos FUM-TEP, FENAPES, Intergremial de Formación

4. Los efectos jurídicos de los acuerdos o convenios colectivos

Vinculado con lo señalado en el numeral anterior, otra especificidad que se presenta en la negociación pública es que, al menos en materia salarial o retributiva los convenios o acuerdos colectivos requieren indefectiblemente para su eficacia una o varias normas heterónomas (generalmente de tipo presupuestal) que los haga entrar en vigor. Se trata de una eficacia “mediata”.²⁶ Esto es otra diferencia con el sector privado donde los convenios colectivos son autoejecutables, o de eficacia inmediata, sin otro requisito que su inscripción o publicación (si se trata de convenios de rama o sectoriales):

VI. Otras limitaciones constitucionales, legales y reglamentarias

Además del tema analizado anteriormente, tratándose de personas jurídicas de derecho público, los organismos estatales están regidas por multiplicidad de normativas de fuente constitucional, legislativo y reglamentario, que tienen gran relevancia y son insoslayables para las relaciones laborales. Veamos dos a título de ejemplo.

- a) Existen materias que son de reserva legal, como ocurre con el estatuto del funcionario según el artículo 59 y siguientes de la Constitución. Este estatuto en la Administración Central y otros organismos, preceptivamente debe contener algunos contenidos como la carrera administrativa, derecho a permanencia en el cargo, etc y debe tener rango de Ley.

En ocasión de la aprobación del reciente Estatuto del Funcionario, Ley 19.121 (2013),²⁷ se desarrollaron múltiples instancias de negociación en una comisión específica del Consejo Superior de la Negociación Colectiva en el Sector Público previsto en la Ley 18.508, en el cual no se llegó a un acuerdo total, aun cuando algunas de las propuestas de los trabajadores se tomaron en cuenta.

Docente, AFUTU y Unión de Funcionarios de Codicen entre el 21 y 31/12/2015. Están disponibles en www.mtss.gub.uy

26 RACCIATTI, O., “Apuntes...” .cit, pág 824.

27 Sobre la Ley 19.121, entre otros PANIZZA, Carolina, “El Nuevo Estatuto del Funcionario Público” en *rev Der Lab* No.251, pág 477 y ss. y FLORES DAPKEVICIUS, Ruben , *Estatuto del Funcionario*, AMF 2013;

Lo que viene a cuento aquí, es que aun cuando se hubiese obtenido el más amplio de los acuerdos, el instrumento o convenio que los contuviera no sería idóneo desde el punto de vista jurídico-formal para contener al Estatuto, ya que indefectiblemente tendría que estar recogido en una Ley formal sancionada por el Parlamento de acuerdo con el procedimiento previsto en la Carta Magna.

- b) Existen también limitaciones constitucionales y legales para el ingreso de funcionarios en año electoral, como ocurre con el artículo 229 de la Constitución para el Poder Legislativo, los Entes autónomos y Servicios descentralizados, así como el artículo 1º de la Ley 16.127 en la Administración Central. El ingreso de funcionarios ha sido también objeto de negociación en muchas oportunidades, siendo un reclamo habitual del sector sindical.

VI. Reflexiones finales

- 1) Las relaciones laborales en el sector público en el Uruguay presentan múltiples peculiaridades tanto en cuanto a la disciplina que las regula, a sus sujetos, sus contenidos de negociación y sus instrumentos jurídicos.
- 2) Desde el punto de vista jurídico, se da una situación de mixtura entre disposiciones de derecho administrativo que regulan las situaciones funcionales de los funcionarios y los institutos del derecho colectivo del trabajo que han ido impregnando las relaciones de los actores sociales, proceso consolidado con la aprobación de la Ley 18.508 en 2009.
- 3) El Estado uruguayo es multiforme y complejo, teniendo pluralidad de formas jurídicas, actividades y distintos tipos de vinculaciones jurídicas con sus trabajadores. Se trata del empleador más grande del país.
- 4) En cuanto a los instrumentos jurídicos, existe un ida y vuelta permanente entre convenios o acuerdos colectivos y normas étáticas presupuestales, que dan nota de la dinámica y complejidad de la negociación. Por tanto aun el mejor acuerdo o convenio salarial al que pueda arribarse, necesita ser respaldado inexorablemente por normas presupuestales (legales o administrativas).
- 5) Todas estas peculiaridades que escapan a los moldes del derecho del trabajo en el sector privado, ameritan que desde el ámbito académico continuemos investigando y elaborando sobre todas estas temáticas, interactuando con las experiencias de nuestros países hermanos como Perú.

Laborem

N.º 22 / 2020

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO



RIESGOS BIOLÓGICOS EN EL TRABAJO: FUNDAMENTOS PARA PLANTEAR UNA FUNCIÓN RESARCITORIA DEL ESTADO

LUCIA GUZMÁN ESTRADA* **

Este artículo versa sobre la responsabilidad civil en las relaciones laborales, en específico, se enfoca en la obligación del Estado de garantizar la salud de los trabajadores ante su exposición a riesgos biológicos en centros sanitarios públicos, así como de la obligación de este de resarcir por los daños y perjuicios derivados de las enfermedades profesionales que contraigan. Por ello, en primer lugar, se reseña un breve marco conceptual sobre la presencia de los riesgos biológicos en centros sanitarios en el marco de una prestación de servicios; posteriormente, el artículo se enfoca en las principales actuaciones del Estado en su rol de garante frente a riesgos biológicos en los centros sanitarios públicos; y finalmente, se da a las conclusiones sobre el tema.

213

* Estudios en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. (PUCP) Profesora adjunta del curso “Regímenes Laborales de los trabajadores estatales” en la misma casa de estudios. Directora Ejecutiva del Grupo de Estudios de la Organización Social y el Empleo. (2019) Directora de Investigación y Talleres del Grupo de Estudios de la Organización Social y el Empleo. (2018) Miembro del Consejo Editorial de la Asociación Civil Derecho&Sociedad. (2015-2017) Correo: guzman.la@pucp.pe / lguzman.laboral@gmail.com

** Este artículo se inspiró en la cercanía a trabajadores del sector salud y en la responsabilidad por hacer investigaciones que contribuya a una crítica sobre cómo vienen actuando las autoridades en relación a la seguridad y salud de las y los trabajadores.

La reciente publicación es una alegría para la autora pero al mismo tiempo un gran pesar, toda vez que, durante este año, el COVID-19, pandemia biológica mundial, colapsó el sistema de salud peruano, demostrando muchas de las falencias en la seguridad y salud en el trabajo en los centros sanitarios públicos, que se desarrollan en el presente artículo.

Mi profundo agradecimiento a la Dra. Estela Ospina, modelo de abogada laboralista a seguir, quien ha incentivado en mí el cariño por hacer investigaciones de forma dedicada y la responsabilidad de hacer un trabajo que contribuya a la sociedad.

Asimismo, un agradecimiento a Carlos Núñez Laos, por ser un gran amigo y por su ayuda para entender mejor los conceptos del Derecho Civil.

Palabras clave: Riesgos biológicos – Centros sanitarios públicos – Seguridad y Salud en el Trabajo – Responsabilidad Civil – Salud Pública

Summary: This article deals with civil responsibility in labor relations, specifically, it focuses on the obligation of the State to specify the health of workers before their exposure to biological risks in public health centers, as well as the obligation of this investigation by the damages arising from occupational diseases that they contract. Therefore, in the first place, a brief conceptual framework on the presence of biological risks in health centers in the framework of providing services is outlined; subsequently, the article focuses on the main actions of the State in its role as guarantor against biological risks in public health centers; and finally, conclusions are given on the subject.

Keywords: Biological risks – Public health centers – Health and Safety at Work – Civil Liability – Public Health

SUMARIO: Introducción – **I.** Breve marco conceptual de los riesgos biológicos y su relación con las y los trabajadores de centros sanitarios públicos. **II.** La función garante del Estado como agente principal del sistema de seguridad y salud en el trabajo en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual. **III.** Riesgos biológicos en el trabajo: ¿cómo se puede sustentar la activación de la función resarcitoria del Estado en relación a sus trabajadores?– **IV.** Conclusiones – Bibliografía.

Introducción

En el Derecho del Trabajo, el fundamento principal del principio protector es buscar un nivel de equilibrio en la relación trabajador-empleador. Esto, como bien señala Blancas Bustamante (2011, p. 23), en virtud de que, históricamente, la gran masa de asalariados que laboraban en grandes fábricas hayan sido subordinados a la autoridad inmediata de sus propietarios, bajo condiciones laborales denigrantes, como consecuencia de los nuevos escenarios económicos y sociales de la producción capitalista. (Blancas, 2011, p. 23),

A saber, la seguridad y la salud en el trabajo también se ha amparado en el principio protector para definir sus bases. Tanto es así que, hoy en día, esta materia se fortalece en las legislaciones de los países del mundo. En la actualidad, la seguridad y salud en el trabajo genera un gran interés, no solo de los trabajadores, sino de parte de los Estados, organismos internacionales, empresarios, y de otros agentes sociales.

En el Perú, el panorama ha mejorado considerablemente, tanto así que, desde el 2011, entró en vigor la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, a través de la cual se mejoró la regulación de dicha materia en el país y comenzó a instaurarse una verdadera cultura de prevención. No obstante, aún queda mucho por hacer, especialmente en determinados sectores laborales donde aún existe desconocimiento (tanto de los trabajadores como de los empleadores) de lo potencialmente peligrosos que pueden resultar algunos factores de riesgo para la salud.

Considerando las circunstancias descritas, se puede mencionar que un sector profesional como el de ‘la salud’, es sin duda uno que conlleva actividades de muy alto riesgo en la ejecución de prestación de labores de sus trabajadores, toda vez que los riesgos físicos, químicos, biológicos, disergonómicos y psicosociales son constantes, y son causantes de enfermedades ocupacionales y de accidentes de trabajo. Al respecto, Carlos Aníbal Rodríguez menciona que “(...) *es un hecho ampliamente reconocido que el personal de la salud está expuesto a los más variados riesgos profesionales, pero, por alguna razón no es corriente que se les considere como trabajadores que necesitan una protección particular de salud en el marco de sus funciones profesionales (...)*” (2005, p.188)

En ese sentido, el presente artículo versa sobre sobre la responsabilidad civil en las relaciones laborales, en específico, se enfoca en la obligación del Estado de garantizar la salud de los trabajadores ante su exposición a riesgos biológicos en centros sanitarios públicos, así como de la obligación de este de resarcir por los daños y perjuicios derivados de las enfermedades profesionales que contraigan. En primer lugar, se reseña un breve marco conceptual sobre la presencia de los riesgos biológicos en centros sanitarios en el marco de una prestación de labores; posteriormente, el artículo se enfoca en las principales actuaciones del Estado en su rol de garante frente a riesgos biológicos en los centros sanitarios públicos; y finalmente, se da a las conclusiones sobre el tema.

I. Breve marco conceptual de los riesgos biológicos y su relación con las y los trabajadores de centros sanitarios públicos

Para efectos de la presente investigación, los riesgos biológicos se pueden entender como aquellos “(...) *microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad.*” (INSHT, 2014, p.11) Entonces, se puede definir a los riesgos biológicos ocupacionales como aquellos que surgen de la ex-

posición laboral a microorganismos que puedan causar daños a las y los trabajadores, toda vez que durante la prestación de labores se produce la transmisión por el contacto entre el sujeto (la o el trabajador) y el organismo en cuestión (agente). Ahora bien, las y los trabajadores que realizan labores diarias y continuas en los centros sanitarios se encuentran expuestos a toda clase de focos generadores de riesgos biológicos. Estos riesgos biológicos pueden tener como origen a:

“(...) los pacientes, los trabajadores y, ocasionalmente, los visitantes, que se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones: enfermedad en fase aguda, enfermedad en período de incubación, que exista colonización por el agente infeccioso, pero sin síntomas aparentes de la enfermedad, o que sean portadores crónicos del agente infeccioso. Otras fuentes de microorganismos infecciosos pueden ser: la flora endógena del propio paciente, así como, otros objetos, equipos, superficies, incluidos los medicamentos contaminados.” (Hernandez, 2007, p.1)

De lo anterior, se evidencia que, en el caso de cualquier centro de salud - público o privado - se debe establecer y respetar medidas estrictas de prevención frente a riesgos biológicos, no solo por el bienestar de los pacientes que se atienden en dichos lugares, sino por el de las y los trabajadores. Por consiguiente, la actuación del Estado resulta un aspecto fundamental en centros sanitarios, como hospitales, en la medida que éste es quien finalmente determina las condiciones del trabajo.

II. La función garante del Estado como agente principal del sistema de seguridad y salud en el trabajo en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual

2.1. Fundamento constitucional del rol garante del Estado en la seguridad y salud en el trabajo

A saber, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un derecho fundamental. El primer instrumento jurídico en afirmar esto fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹ donde se señala que los derechos humanos fundamentales sean principalmente: el derecho a la vida, a la libertad y a la segu-

¹ Nota: Si bien este instrumento se aprobó el 10 de diciembre de 1948, el Perú se incorporó como Estado parte signatario el 09 de diciembre de 1959.

ridad de su persona (el artículo 3°); el derecho a la seguridad social, y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículo 22°); y el derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (artículo 23°).

La Convención Americana de Derechos Humanos conocido como “Pacto de San José” (Perú es signatario) en su artículo 5, inciso 1 reconoce el derecho a la integridad personal. Integridad personal que involucra los aspectos físicos, psíquicos y morales de todo ser humano. Este Pacto reconoce en uno de sus considerandos que:

(...) los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos (Secretaría General Organización de Estados Americanos s.f.)

En esta línea de reflexión, se resalta que, si bien el Perú ha signado varios instrumentos en torno a la seguridad y salud en el trabajo,² este no tiene un apartado particular en la Constitución Política del Perú de 1993. Así pues, a diferencia de la Constitución de 1979, en la actual no se hace mención expresa a los derechos de higiene y seguridad en el trabajo. No obstante, la obligación garante del Estado sobre la seguridad y salud en el trabajo en relación a sus propios trabajadores subyace en el fundamento constitucional derivado del artículo 2 del capítulo de los Derechos Fundamentales de la Persona, donde está consagrado el Derecho a la Vida de las personas y a su integridad física;³ y al mismo tiempo, de los artículos

-
- 2 Convenio N° 149 de la OIT sobre el personal de enfermería
 Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985
 Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (núm. 115)
 Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148)
 Entre otros
- 3 C.P. 1993. Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: (...)1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).

7^o,⁴ 9,⁵ 10⁶ y 11⁷ de la Carta Magna, toda vez que el fundamento del derecho a la seguridad y salud se vincula con el derecho a la vida y la salud.

2.2. Rol garante del Estado en relación a los riesgos biológicos en centros sanitarios públicos: crítica a la situación actual

Como bien se ha mencionado, las actuaciones del Estado tienen la obligación de cumplir un rol garante en torno a la seguridad y salud en el trabajo de sus propios trabajadores. Una de las muchas formas de cumplir dicho rol es prevenir y erradicar riesgos biológicos en los centros sanitarios públicos, como hospitales. A partir de ello, en este acápite se examina la actuación del Estado en torno a su función/rol garante con respecto a la implementación de normativa relativa a riesgos biológicos en centros sanitarios; y a la implementación de adecuada infraestructura y equipamiento en centros de salud pública, para finalmente definir si debería o no aplicarse el deber resarcitorio de parte del Estado.

En primer lugar, se resalta que, en el Perú, la normativa respecto a la prevención de riesgos biológicos en centros sanitarios todavía es limitada. En las normas generales de seguridad y salud en el trabajo, tales como: la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783;⁸ y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 005-2012-TR, se establece en estas que el empleador debe prever que *“la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores”*.⁹ Así pues, se hace presente la obligación de tomar acciones respecto a la prevención y protección de las trabajadoras y trabajadores frente a riesgos biológicos.

4 C.P. 1993. Artículo 7°. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

5 C.P. 1993. Artículo 9°. El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

6 C.P. 1993. Artículo 10°. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

7 C.P. 1993. Artículo 11°. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

8 Nota: Norma publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de agosto del 2011.

9 Art. 56. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783

Se evidencia que las normas generales reseñadas no especifican cuáles son las formas de prevención ante la presencia de riesgos biológicos en centros sanitarios públicos. De ahí que, esta tarea la cumple el Ministerio de Salud, como encargado del sector de salud, el cual establece las acciones de prevención en la materia a través de la emisión de una serie de documentos normativos ministeriales, tales como manuales y normas técnicas.

A partir de lo anterior, se hace una primera crítica al rol del Estado porque la emisión de normas técnicas, manuales, boletines, entre otros, finalmente no terminan de suplir un instrumento normativo absolutamente relevante: un Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo para el sector Salud. En la actualidad, dicho instrumento brilla por su ausencia, y en reemplazo de este, la seguridad y salud con respecto a riesgos biológicos en los centros sanitarios públicos administrados por el Ministerio de Salud se regula por un Manual de Bioseguridad. (Minsa, 2004,11-12)

A saber, cuando se emitió este Manual fue sin duda una gran innovación para prevenir y combatir a los riesgos biológicos en los centros sanitarios públicos. No obstante, este Manual no ha sido actualizado desde el año 2004, toda vez que no hay Resolución Ministerial posterior que apruebe uno nuevo al 2020.¹⁰ De ahí que, el desinterés del Estado de actualizar la norma básica de bioseguridad se considere como una negligencia de su parte, ya que a nivel internacional existe información científica y actualizada con respecto a cuáles son los nuevos riesgos biológicos a los que se encuentran expuestas las y los trabajadores de centros sanitarios y cuáles son también los nuevos métodos preventivos.

En esta línea de reflexión, el Estado tiene una gran deuda y responsabilidad social por no actualizar la norma básica de Bioseguridad desde el año 2004 y por no publicar el Reglamento sectorial que corresponde. El manual de Bioseguridad sigue siendo el único manual para muchos centros de salud pública, mientras que los métodos de prevención respecto a riesgos biológicos no son los mismos desde hace más de 10 años.¹¹

10 Nota: Una buena iniciativa es la del servicio de Hematología HNGAI (Hospital Nacional Guillermo Almenara Yrigoyen del Seguro Social de Salud - EsSalud) , que durante el año 2015 dio a conocer su propio Manual de Bioseguridad, que no solo contenía la norma técnica básica del Ministerio de Salud del 2004, sino que actualizaba otros aspectos a considerarse en la prestación de servicios de salud, por la facilidad de adquisición de enfermedades en la atención de pacientes en el Servicio de Hematología. No obstante, si bien se felicita estas acciones, la idea es actualizar bien la norma base para todas las instituciones sanitarias públicas y privadas.

11 Nota: Cabe señalar que el desinterés no solo es en cuanto a normas de carácter general y sectorial, sino tampoco se ha suscrito importantes Convenios sobre el tema, tales como:

Por otra parte, continuando con la revisión y crítica al marco normativo con respecto a riesgos biológicos, se debe mencionar la Resolución Ministerial N° 480-2008/MINSA, de fecha 15 de julio de 2008, por el cual el Ministerio de Salud dio a conocer, entre otras, un listado de las enfermedades profesionales que podrían ser provocadas por riesgos biológicos en los centros sanitarios, listado que activa el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) con sus respectivas prestaciones sociales de presentarse. A continuación, se señalan algunos de éstos: Tuberculosis por *Mycobacterium Tuberculosis*, Carbunco por *Bacillus Anthracis*, Brucelosis por *Brucella Abortus*, Leptospirosis por *Leptospira Interrogans* en personal de salud, Tétanos por *Clostridium Tetan*, Hepatitis B, Hepatitis C, Enfermedad por VIH/SIDA en personal de salud, Escabiosis por *sarcoptes scabiei*, entre otros.

En este punto de la investigación, interesa destacar que no solo es importante analizar la responsabilidad del Estado en cuanto a su actuación normativa, sino dar a conocer que la responsabilidad en seguridad y salud en el trabajo incluye la implementación de adecuada infraestructura y equipamiento de equipos para prevenir el contagio de microorganismos u otros riesgos biológicos que conlleven a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo.

Al respecto, en el caso de centros sanitarios o de salud pública como el Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen y el Hospital Edgardo Rebagliati, ambos del Seguro Social de Salud (EsSalud) en la ciudad de Lima, se detecta que estos establecimientos presentan un hacinamiento alarmante, especialmente en el área de Emergencia de ambos hospitales. Una grave consecuencia es la mayor exposición a riesgos biológicos, tales como enfermedades de transmisión aérea se incrementen, generando un ambiente altamente peligroso tanto para pacientes como para las y los trabajadores. Óscar Paz Campuzano, periodista del Diario “El Comercio”, relata lo siguiente en su columna de investigación sobre el referido hacinamiento en los hospitales de Lima, señalando que:

“(…) El hacinamiento es la prueba cotidiana y visible del colapso. El 65% de los servicios de emergencia de 41 hospitales de Essalud en el país, supervisados a fines del año pasado por la Defensoría del Pueblo, tenían camillas en los pasillos de sus

Convenio sobre el personal de enfermería, 1977.

Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985.

Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960.

Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977.

Entre otros

áreas de emergencia, y en el 36% de los casos, estas se encontraban a menos de un metro de distancia entre sí. Además, el 48% de estos hospitales no tenía un ecógrafo disponible las 24 horas, y el 22% no tenía a disposición el banco de sangre todo el día. (...) (Diario “El Comercio”, 2017)

Asimismo, Eugenia Fernán, Adjunta en temas de Salud de la Defensoría, explica que los hospitales se saturan tanto por la brecha de camas e infraestructura, como porque las áreas de emergencia del Rebagliati, Sabogal y Almenara atienden casos que podrían ser tratados en establecimientos de menor complejidad. (Diario “El Comercio”, 2017)

En esta línea de reflexión, se debe mencionar también que la importancia de una adecuada infraestructura y equipamiento para prevenir la propagación y adquisición de enfermedades por riesgos biológicos tiene un impacto indirecto en la actitud de las y los trabajadores. Un ambiente de trabajo en hacinamiento puede generar en las y los trabajadores una “falsa conciencia” al minimizar las medidas de seguridad y de prevención, obviándolas o evadiéndolas, lo que inclusive en ocasiones puede ser normalizado por los propios jefes/supervisores/coordinadores de área.

Entonces, hasta este punto, nuevamente se considera que el Estado tiene una deuda con las y los trabajadores por el desinterés de combatir otro de los principales problemas de la propagación de riesgos biológicos: el hacinamiento, y falta de adecuada infraestructura para prestar los servicios sanitarios públicos. A modo de ejemplo, este año, personal de diversos hospitales han denunciado estos problemas así como la improvisación del gobierno en torno a la falta de implementos de seguridad y espacios para atender posibles casos de COVID-19. (Diario “La República”, 2020) En ese sentido, es imprescindible otorgar y ejecutar un presupuesto adecuado para la construcción de nuevos hospitales y/o mejoramiento de la infraestructura en los próximos años.

3. Riesgos biológicos en el trabajo: ¿cómo se puede sustentar la activación de una función resarcitoria del Estado en relación a sus trabajadores?

Una afirmación clave hasta este punto es que el Estado se constituye como el agente garante del sistema de seguridad y salud en el trabajo con respecto a riesgos biológicos a los que se exponen sus trabajadoras y trabajadores en centros sanitarios públicos. De ahí que, se plantee la siguiente pregunta: ¿Es el Estado civilmente responsable por las consecuencias en la salud de las y los trabajadores

expuestos a riesgos biológicos? Se considera que sí. ¿Cómo puede sustentarse la activación de la función resarcitoria del Estado como agente empleador?

En primer lugar, cabe indicar que, para analizar la responsabilidad civil del Estado se debe observar las interrelaciones entre las categorías jurídicas del Derecho Civil y del Derecho Laboral, debido a que los jueces laboralistas adoptan varias de las normas y categorías del Derecho Civil para resolver sus casos laborales.

En principio, el presente artículo se enfoca en un supuesto de responsabilidad contractual, porque los potenciales daños por riesgos biológicos que se vienen estudiando se encuentran en el marco del contrato de trabajo entre las y los trabajadores de centros sanitarios públicos y el Estado como empleador. Por ello, para sustentar cómo se configura el derecho a recibir indemnizaciones por daños y perjuicios, se debe acudir al Código Civil peruano y a la interpretación de sus preceptos.

En relación a lo indicado, la doctrina civil ha sido constante en precisar que para que se produzca la obligación de resarcir, resulta necesario que concurren cuatro elementos:¹² el daño, el acto generador, el nexo causal y el factor de atribución. Así, como se puede apreciar, sólo en el caso de que los cuatro elementos antes descritos señalen al Estado como responsable de incumplir su rol garante y dejar que se generen daños en la salud de las y los trabajadores, éste se encontraría obligado a indemnizar.

Cuando se aborda el elemento del daño, en el código civil peruano se reconoce el daño emergente y lucro cesante (daños materiales) así como el daño a la persona¹³ y el daño moral.¹⁴ De ahí que, para demostrar este, en relación al tema que

12 Nota:

A saber, se puede mencionar a los siguientes autores: FERNANDEZ CRUZ, Gastón y Leysser LEON; FERNANDEZ CRUZ, Gastón; CAMPOS GARCÍA, Héctor; DE CUPIS, Adriano; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; LEON HILARIO, Leysser; entre otros.

13 **Artículo 1985°.-** La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Sessarego, C. F. (1990). *Derecho y persona*. Ediciones INESLA.

14 **Artículo 1321°.-** Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

acontece, ¿una enfermedad biológica adquirida por un trabajador o trabajadora es una prueba de daño? ¿le correspondería a un trabajador o trabajadora el pago de indemnización solo por ello? A saber, en el caso de la jurisprudencia laboral peruana, por ejemplo, los jueces laborales, en el año 2017, a través del VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional, donde se debatió en torno a los parámetros a tener en cuenta (en vía judicial) para atribuir responsabilidad civil al empleador por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, se acordó por unanimidad que: *“el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador.”*¹⁵

A saber, en este VI Pleno, así como en varias casaciones laborales emitidas por la Corte Suprema¹⁶ se concluye que el empleador siempre tiene la responsabilidad por las enfermedades o accidentes de trabajo, esto es, ante cualquier daño. De ahí que, se da cuenta de que, en la práctica, la judicatura puede adoptar la figura del daño-evento para determinar como absoluta la responsabilidad del empleador aun cuando por el artículo 94 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo se establece que para la imputación de la responsabilidad al empleador se requiere acreditar que la causa determinante del daño sea consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo; en otras palabras, que se cumpla la figura del daño-consecuencia entre el trabajo realizado por el trabajador y el incumplimiento de prevención por parte del empleador.

Artículo 1322°.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

Sessarego, C. F. (1990). *Derecho y persona*. Ediciones INESLA.

- 15 Con fecha 21 de diciembre de 2017 se publicó VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional en el Diario Oficial “El Peruano”. Si bien los Plenos Jurisdiccionales constituyen las reuniones de magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes de Justicia, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; estas no son vinculantes o precedentes obligatorios, que pueden apartarse apartarse de este criterio interpretativo. Sin embargo, la unanimidad en un tema, en general nos informa sobre la posible forma en la que resolverán.
- 16 Casación Laboral N° 7994-2017/Ica. Fundamento 12. Scrib (Corte Suprema 7 de junio de 2018). Recuperado de <https://es.scribd.com/document/391467859/Casacion-Laboral-7994-2017-Ica-Naturaleza-de-La-Indemnizacion-Por-Enfermedad-Profesional-Compilador-Jose-Maria-Pacori-Cari>
Casación Laboral N° 3289-2015- Callao. Fundamento 11. Página Poder Judicial (Corte Suprema 19 de enero de 2017). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8efb9e80416fe0a3ba-b5bb0464bd7500/Resolucion_3289-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8efb9e80416fe0a3ba-b5bb0464bd7500

En cuanto a la existencia del acto o hecho generador, como el tema del presente artículo se encuentra en el campo contractual, se entiende que el acto generador se sustenta en el incumplimiento del Estado con sus obligaciones como empleador. De ahí que, se puede afirmar que las falencias e incumplimientos del Estado con respecto a la prevención de los riesgos biológicos en los centros sanitarios del Estado está más que comprobada en relación a la segunda parte expuesta en el presente artículo.

Asimismo, se debe resaltar que las consecuencias en la salud de las y los trabajadores cuenta con tutela resarcitoria en la normativa laboral: en primer lugar, de acuerdo al art. 50 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, todo empleador tiene la obligación de: “a) ... *Gestionar los riesgos, sin excepción, eliminándolos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar... y de c) Eliminar las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo y, si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro.*”; y otra parte, en el art. II del Título Preliminar, se señala la obligación del empleador de asunción de responsabilidad por daños con implicancias económicas.¹⁷

En tercer lugar, con respecto al nexo causal o relación de causalidad, en general, se afirma que, esta ha sido definida desde el punto de vista de varias teorías, por lo que, tal y como indica Goldenberg, “(...) en materia civil no existe un criterio uniforme para determinar la relación causal(...)” (1984, p.15-43). En el caso peruano, en la práctica, se aplica la teoría civil de la causa inmediata y/o directa en los casos de responsabilidad contractual, circunscrito en el artículo 1321 del Código Civil peruano. De ahí que, por esta teoría, el nexo de causalidad entre las enfermedades adquiridas por un trabajador y sus labores en un centro de salud pública pueda acreditarse por la simple exposición directa e inmediata (habitual) a riesgos biológicos en el trabajo.

Cabe preguntarse que, de no aplicar la teoría de causalidad directa e inmediata en los casos de responsabilidad contractual, ¿se encontrarían vicisitudes para determinar si los daños alegados por un trabajador o trabajadora fueron a causa de su exposición a riesgos biológicos durante la prestación de servicios? Se considera que sí. A modo de ilustración, en tipos de enfermedades como Carhunco por *Bacillus Anthracis*, Tétanos por *Clostridium Tetan*, entre otros, no habrá duda de que el daño y las secuelas sean consecuencia de las labores de un trabajador o

17 En esta disposición, el empleador asume 3 implicancias: económicas, legales y de cualquier otra índole; sean estas consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él.

trabajadora en un centro sanitario público. Por el contrario, serán las enfermedades como el VIH/SIDA y la tuberculosis, las más cuestionables al momento de plantear un nexo de causalidad, por tener focos infecciosos diversos.

Por último, al analizar el factor de atribución de responsabilidad, se puede mencionar que éste determina la intencionalidad del agente en la producción del hecho dañoso; y por tanto, el grado de intención determina la mayor o menor responsabilidad del agente en la comisión del acto que se repudia y con ello, la extensión del monto de la indemnización. En la responsabilidad civil contractual tenemos por una parte a: (i) la culpa, la cual conforme a nuestro Código Civil se divide en culpa inexcusable (artículo 1319°) y culpa leve (artículo 1320°); y por otra parte (ii) al dolo (artículo 1318°). De ahí que, de acuerdo al artículo 1321° del Código Civil peruano, quede sujeto a la indemnización de daños y perjuicios en materia contractual “(...) quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

De lo expuesto, puede sustentarse la activación de la función resarcitoria del Estado en relación a sus trabajadores y trabajadoras, activos o jubilados, al atribuirle responsabilidad por culpa inexcusable por las enfermedades que adquieren estos por la exposición a riesgos biológicos en los centros sanitarios públicos. Esto no solo por la falta de actualización normativa básica de prevención con respecto al tema, o por la ausencia de una norma reglamentaria sectorial, sino por la falta de implementación de equipos adecuados, así como de adecuada infraestructura para combatirlos.

4. Conclusiones

Luego de haber realizado un análisis general se señala que no hay duda de que, en el Perú, las y los trabajadores, cuyas labores se desarrollan en centros sanitarios públicos se encuentran considerablemente expuestos a riesgos biológicos. El Ministerio de Salud, y en general el Estado peruano, tiene conocimiento de los riesgos existentes en este sector; sin embargo, a la fecha, no ha actualizado la normativa sobre este tema (con las nuevas enfermedades derivadas de los riesgos biológicos en centros sanitarios o con las nuevas medidas de prevención acordes al estado actual de la ciencia); no publica el reglamento sectorial en seguridad y salud en el trabajo; y no previene la propagación los riesgos biológicos con mejor infraestructura.

En concreto, es posible afirmar que, el Estado no está cumpliendo su rol garante ni preventivo como empleador de servidores públicos, y esto ha quedado demostrado con el colapso de hospitales, y en general, del sistema de salud ante la aparición del COVID-19 en el 2020. De ahí que, se postule que el Estado debería hacerse civilmente responsable por todos los daños y perjuicios de sus trabajadoras y trabajadores afectados.

5. Bibliografía

A. HERNÁNDEZ. “NTP 700: Precauciones para el control de las infecciones en centros sanitarios”. España. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. 2007. Madrid.

BLANCAS BUSTAMANTE. *La cláusula del Estado Social en la Constitución*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2011. Lima.

CARRIÓN JURADO, F. J., & Reátegui Shupingahua, B. S. Responsabilidad del empleador por accidente de trabajo y/o enfermedad profesional-Primer Acuerdo del IV Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional. 2018.

CASACIÓN LABORAL N° 7994-2017/Ica. Fundamento 12. Scrib (Corte Suprema 7 de junio de 2018). Recuperado de <https://es.scribd.com/document/391467859/Casacion-Laboral-7994-2017-Ica-Naturaleza-de-La-Indemnizacion-Por-Enfermedad-Profesional-Compilador-Jose-Maria-Pacori-Cari>

CASACIÓN LABORAL N° 3289-2015- Callao. Fundamento 11. Página Poder Judicial (Corte Suprema 19 de enero de 2017). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500/Resolucion_3289-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500

DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; “¿Igualando lo desigual?, en: Soto Coaguila, C.; De Trazegnies Granda, F.; Pantaleón Prieto, F.; Lorenzetti, R.L. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?, Jurivec, Lima, 2015.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2003. Recuperado de: <http://www.aprodeh.org.pe>.

Constitución Política del Perú 1993. Compendio Normativo.

- DE JUSTICIA, C. S. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA. 7 de junio de 2018. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/391467859/Casacion-Laboral-7994-2017-Ica-Naturaleza-de-La-Indemnizacion-Por-Enfermedad-Profesional-Compilador-Jose-Maria-Pacori-Cari>
- DE JUSTICIA, C. S. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. 2015. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500/Resolucion_3289-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500
- DE JUSTICIA, C. S. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. 2017. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/650430569>
- DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. 2011. Peru.
- Diario “El Comercio”. Essalud: Coronavirus en Perú: médicos de hospital de EsSalud denuncian improvisación [VIDEO]. 2017 Recuperado de: <https://larepublica.pe/sociedad/2020/03/11/coronavirus-en-peru-medicos-de-hospital-de-essalud-denuncian-improvisacion-para-atender-casos-de-pacientes-con-covid-19-video/>
- Diario “La República”. Essalud: Rebagliati y Almenara entre los hospitales que generan más quejas. El hacinamiento y la falta de servicios auxiliares complican la atención médica inmediata en los hospitales del seguro social. 2020. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/essalud-rebagliati-almenara-hospitales-generan-quejas-noticia-455089-noticia/>
- FERNÁNDEZ-CRUZ, G. La dimensión omnicomprendiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. 2015. *Advocatus*, (031).
- GOLDENBERG, ISIDORO. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos aires: Astrea, 1984.
- HUMANOS, C. A. S. D. Convención americana sobre derechos humanos. 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO (INSHT). “El Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. 2014. Madrid.

K, ROBLES. Nivel de conocimiento y prácticas de bioseguridad del personal de salud en los servicios de Cirugía del Hospital Nacional Dos de Mayo 2017. Tesis para optar el grado de Maestra en gestión de los servicios de salud. Universidad César Vallejo. 2017. Lima.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Convenio N° 149 sobre el personal de enfermería. 1977. Ginebra.

OSPINA, ESTELA. Documento de Trabajo THANI N° 2. Noviembre 2019. Lima

RODRIGUEZ. La Salud de los Trabajadores: contribuciones para una asignatura pendiente. Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Buenos Aires. 2005.

SESSAREGO, C. F. Derecho y persona. Ediciones INESLA. 1990.

Laborem

SEGURIDAD SOCIAL

N.º 22 / 2020



SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO: UNA MIRADA A LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

IRENE DEL PILAR ÁLVAREZ DEOSSA*

El sistema de seguridad social en Colombia, fue creado bajo un esquema de triple aporte; estado, empleador y trabajador. Sin embargo, solamente se materializó el de estos dos últimos. En los últimos años, se ha examinado el papel del empleador durante los periodos en que el sistema no tuvo cobertura en todo el país, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que se examina en este artículo desde una perspectiva histórica, legal y jurisprudencial.

231

1. Presentación

El sistema general de pensiones colombiano, creado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, está consolidado sobre los principios de integralidad y universalidad. Sin embargo, con anterioridad a esta norma ya existían múltiples sistemas pensionales sectorizados que protegían a los trabajadores en los mencionados riesgos, los cuales, tienen en común, que el empleador cumplía un papel preponderante en la prestación pensional al trabajador; en unos casos, porque asumía por sí mismo la pensión o porque la subrogaba en las cajas de previsión social existentes o en el Instituto Colombiano de la Seguridad Social, para las zonas geográficas cubiertas por este.¹

* Máster en Relaciones Laborales e Industriales de la Università degli Studi di Torino en convenio con la OIT. Abogada. Labora actualmente como abogada asesora en el Tribunal Superior de Antioquia, Medellín, Colombia.

1 El Instituto Colombiano de Seguros Sociales inició con esta denominación por creación de la Ley

Esta subrogación, se constituyó en un elemento esencial en la consolidación del Sistema General de Pensiones creado en la citada ley, que unificó la cobertura pensional en Colombia y al mismo tiempo abrió la puerta a nuevas inquietudes de trabajadores y empleadores que prestaban sus servicios antes de que empezara a operar el nuevo sistema, particularmente, en los siguientes casos: cuando el trabajador ya había dejado de prestar servicios al 23 de diciembre de 1993 y necesitaba el tiempo laborado con anterioridad a esta fecha para lograr el pago de la pensión por vejez; cuando, no se le había reconocido el tiempo laborado por haberlo sido en una zona geográfica que carecía de la cobertura del ISS y por último, cuando, pese a que el trabajador había laborado en una zona con cobertura geográfica del ISS, la afiliación no se produjo, debido a situaciones de orden público que la impidieron temporalmente, con lo que tampoco se le contabilizó ese lapso para obtener el pago de la pensión.

Así, en este artículo, el propósito principal es exponer como se han resuelto estos interrogantes normativa y jurisprudencialmente. Para ello, se abordará el tema en cuatro partes: primero, un breve recuento de los antecedentes de la seguridad social en el país, en especial la creación del Instituto Colombiano De Seguros Sociales, lo que llevará a examinar cuáles eran los regímenes pensionales existentes con anterioridad a la entrada en vigencia del actual sistema de pensiones.

También se verá cómo se unificaron ambos regímenes en la Ley 100 de 1993 y la reforma pensional de la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003 y por último el análisis jurisprudencial en lo pertinente a los aportes del empleador antes de la unificación del Sistema General de Pensiones, en las tres situaciones arriba descritas.

2. Antecedentes de la seguridad social

En 1991, Colombia fue constituido como un estado social de derecho, cuyo propósito es favorecer la igualdad social real, bajo los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida, integridad personal e igualdad.²

90 de 1946, su nombre cambió a Instituto de los Seguros Sociales por disposición del Decreto 1650 de 1977.

2 VILLAR BORDA, L. (1). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho Del Estado*, (20), 73-96. [Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705>]

En este marco jurídico, el concepto de seguridad social se estructuró como derecho de segunda generación – luego elevado a derecho fundamental por vía jurisprudencial³ – en el artículo 48 de la Constitución Política.

Previo a ello no había una estructuración clara de este concepto dentro del esquema constitucional. Si bien, en 1870, se inició a indagar sobre la “cuestión social”, básicamente por iniciativa de sectores liberales, la primera idea de Seguridad Social puede rastrearse en el discurso de Angostura de Simón Bolívar (1819), a quien se le atribuye enunciar que un mejor sistema de gobierno sería el que produjese la mayor felicidad posible, mayor suma de seguridad social y estabilidad política; sin embargo, ello estaba enfocado en la seguridad de los militares.⁴

Es así como, la protección a los riesgos de invalidez, vejez y muerte en la forma de una prestación pensional, inició sus pasos con timidez, ya que los primeros en ser protegidos por vejez y sobrevivencia, fueron los militares, bajo el esquema de montepíos, que se financiaba con sus aportes.⁵

También se concedía una pensión de vejez a empleados “*políticos, civiles, y de hacienda*”, por retiro, enfermedad o decrepitud, esta última situada en setenta años de vida, que impidiera el cumplimiento de sus servicios, así como a ministros y magistrados de los órganos judiciales.⁶

Sin embargo, estas primeras normas no comprenden todo lo que significa la seguridad social. Su fundamento se basa, en entender esta protección, desde una perspectiva de gratitud por los servicios prestados, más que como un derecho de los trabajadores. Como lo consideran diversos autores del país⁷ estas prestaciones tenían un elemento altruista y caritativo y no existía un sistema ordenado para la totalidad de los trabajadores; dirigido principalmente a la asistencia pública y la

3 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias T-164 de 2013, T-848 de 2013, SU-769 de 2014 y T-209 de 2015; SU 057 de 2018.

4 FORTICH LOZANO, I.M (junio – diciembre 2012). Historia de la Seguridad Social en Colombia. Revista Cultural UNILIBRE Universidad Libre – Sede Cartagena (11), p. 15-19 [Recuperado de http://www.unilibre.edu.co/cartagena/pdf/investigacion/revistas/cultural_unilibre/Revista_Cultural_Unilibre_2012_12.pdf]

5 *Ibíd.*

6 Ley 22 de mayo de 1834; citada por MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes.

7 MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes.

previsión social, tanto así que, a partir de 1906 se crearon las primeras cajas de Previsión, para los distintos gremios laborales.

No existía aun un desarrollo constitucional de Seguridad Social, que se asomó en una de sus esferas, en la reforma constitucional de 1936, por medio de la Asistencia Social, que se definió como una “función del estado”, mas, tampoco era integral ni universal, ya que comprendía solamente a quienes no tuvieran ingresos, ni tampoco quien se los proveyera y además estuvieran físicamente imposibilitados para trabajar.⁸

Aun así, hubo avances en la estructuración de la seguridad social, mediante la Ley 10 de 1936, que se ocupó de los accidentes de trabajo y riesgos profesionales y la Ley 66, que ordenó la creación de la sección de Previsión Social en la Caja Nacional de Ahorros⁹ y sembró los cimientos de esta con los trabajadores de estado, al precisar que tanto el empleador como el trabajador debían ahorrar o más bien aportar un porcentaje sobre su salario del 2% en el caso de los trabajadores y 3% en el caso de empleadores, para garantizar, entre otras el cumplimiento de las disposiciones sobre “*accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez, vejez, jubilación, muerte y auxilios en caso de maternidad*”

Avances que siguieron creciendo, con el surgimiento de la Caja de Previsión Nacional de Colombia (CAJANAL), y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales,¹⁰ institución histórica en la Seguridad Social colombiana.

El funcionamiento de estas entidades con los regímenes pensionales que se crean en el periodo regido por la Constitución de 1886, concretamente en el siglo XX, se verá en el próximo aparte, donde además será posible apreciar, como tales regímenes, intentan procurar una cobertura más amplia en el sector público y en el sector privado, tanto así que se encontrarán los primeros intentos por unificar el sistema de seguridad social.

3. De los regímenes pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para hacer referencia a este tema, solamente se tomarán los regímenes establecidos durante el siglo XX, en tanto, son los que cobijan a los trabajadores, quienes

8 Ibid, p.22.

9 Colombia, Congreso de Colombia. Ley 66 de 1936. Diario Oficial. No. 23184. 16 de mayo de 1936 [Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617523>]

10 Colombia, Congreso de Colombia. Ley 90 de 1946; Diario Oficial No 26.322. 7 de enero de 1947 [Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

han acudido a la responsabilidad del empleador para reclamar el tiempo laborado, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Como se vio en el aparte anterior, ya para el periodo mencionado Colombia contaba con múltiples instituciones que asumían las prestaciones de los trabajadores, con la creación de diversas cajas de previsión social para empleados,¹¹ de las cuales la más relevante es la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales;¹² constituida como una persona jurídica autónoma, administrada por representantes del gobierno y de los empleados y obreros, como se explicó brevemente en el primer aparte, así como el Instituto Colombiano del Seguro Social, creado con la Ley 90 de 1946, que dejó a cargo de esta entidad, el riesgo de vejez¹³ y que obligó al empleador a entregar una cotización compuesta de su aporte y el de su empleado para que el instituto cubriera las prestaciones de invalidez, vejez y muerte de los trabajadores.¹⁴

Previa la creación del ISS, la Ley 6 de 1945 dejaba en cabeza de los empleadores las prestaciones de los trabajadores, “mientras que se organizaba el Seguro Social Obligatorio”,¹⁵ y establecía una pensión de jubilación para los trabajadores de empresas con un alto capital, por veinte años de servicio y cincuenta años de edad¹⁶; ello para los trabajadores del sector privado.

Posteriormente, con la creación del ICSS, fueron determinadas unas obligaciones para el Estado, quien cumpliría con el aporte que le correspondería al empleador, en el caso de los trabajadores independientes. La visión era que el

11 Entre otras, una de las más importantes fue el sistema de previsión social, creado para los trabajadores del sector postal y telegráfico, mediante la Ley 82 de 1912; que estableció prestaciones como auxilio en caso de muerte, enfermedad y pensión de jubilación.

12 Colombia, Ministerio de Gobierno, Decreto Ley 1600 de 1945, por el cual se organiza la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, *Diario Oficial No. 25.893*, 24 de julio de 1945. [Recuperado de [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/137%20\(2018-II\)/82556549006/#fn14](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/137%20(2018-II)/82556549006/#fn14)]

13 Congreso de Colombia. (7 de enero de 1947). Artículo 47. [Sección III]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

14 Congreso de Colombia. (7 de enero de 1947). Artículos 21 y 50. [Capítulos III y IV]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

15 Congreso de Colombia (19 de febrero de 1945). Artículo 12 [Sección I]. [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790 / Recuperado de [<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>]

16 Congreso de Colombia (19 de febrero de 1945). Lit. c) Artículo 14 [Sección I]. [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790 / Recuperado de [<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>]

aporte para los trabajadores fuera tripartito, entre el Estado, el empleador y el trabajador,¹⁷ mas, el primero, nunca asumió este aporte, con lo que finalmente las cotizaciones a pensión se desarrollaron como una modalidad bipartita con el aporte del trabajador y el empleador. E indicó que asumiría gradualmente las prestaciones que antes correspondieran a los empleadores,¹⁸ rol que tomaría partir de 1967,¹⁹ al cubrir la seguridad social paulatinamente en distintas zonas del país, con el Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del acuerdo 224 del mismo año, en el cual, están compiladas las obligaciones a cargo del ICSS, en los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Finalmente incorporó lo que en el acuerdo 049 de 1990, se conocería como la compartibilidad de pensiones, que se explicará más adelante.

Hay que decir también, que como el ISS no había logrado la cobertura total en todo el país, el Código Sustantivo del Trabajo,²⁰ establecía una pensión de jubilación a cargo del empleador, a los trabajadores, de 55 años de edad, en el caso de los hombres y 50 en el caso de las mujeres; después de 20 años de servicio; con un 75% de los salarios devengados en el último año de servicio.

En aquel momento los trabajadores del sector público y los del sector privado tenían regímenes pensionales diferentes, lo cual permaneció hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo, no se evidencia que, fuera inexistente el deber del empleador de pagar el respectivo aporte, pues incluso, si no lo hacía, debía responder directamente por la pensión de jubilación en los casos en que no subrogó el riesgo al ICSS; que progresivamente reconocería la pensión de vejez, así como las de invalidez y muerte, al igual que los auxilios por incapacidad temporal y maternidad.

De otro lado, los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, tienen una pensión de jubilación con idénticas condiciones a las establecidas en el sector privado por el Código Sustantivo del Trabajo.²¹

17 Congreso de Colombia (7 de enero de 1947). Artículo 16; modificado por el artículo 2 del Decreto 3850 de 1949. [Capítulo III]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

18 Congreso de Colombia (7 de enero de 1947). Artículo 72; modificado por el artículo 2 del Decreto 3850 de 1949. [Capítulo VII]. [Ley 90 de 1946]. DO:26.322/ Recuperado de [https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_0090_1946.htm]

19 Congreso de Colombia (19 de diciembre de 1966) Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del acuerdo 224 de 1966. [Decreto 3041] DO: 32.126/ Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_3041_1966.htm

20 Congreso de Colombia (5 de agosto de 1950) Código Sustantivo del Trabajo [Decreto 2663 de 1950] DO: 27.407/ Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33104>

21 Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1968) Artículo 27 [Capítulo II] [Decreto 3135 de 1968]

Así es que, a finales del decenio de los sesenta, se busca la integración de la seguridad social del sector público y privado,²² para lo cual, era necesario estudiar la situación financiera de la Caja de Previsión Nacional y de demás entidades “económico asistenciales” a las que estuvieran afiliados los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional con el fin de determinar su posterior incorporación al ICSS sobre “sanas bases financieras”, que es el propósito de la Ley 3135 de 1968.

También en esta etapa, se encuentra un antecedente importante de responsabilidad del empleador; en tanto, se les otorga a las cajas de previsión la facultad de reclamar a los organismos no afiliados, por los tiempos que el trabajador hubiere servido en ellos, para lo cual debe presentar una liquidación, que “los organismos deudores” tendrán 15 días para objetar.²³ Esta previsión, fue derogada con la Ley 33 de 1985, que, sin embargo, consagró una disposición similar;²⁴ así mismo, estableció otro régimen pensional que cobija a los empleados oficiales, con una transición entre regímenes, es decir protegiendo unas condiciones pensionales anteriores, para los trabajadores con 15 años continuos o discontinuos de servicio y determinó nuevas condiciones pensionales, para la prestación que será asumida por la respectiva Caja de Previsión.

Es llamativo como, pese a que salió del ordenamiento jurídico la norma que instituyó el compromiso del empleador de hacer la respectiva transferencia a la Caja de Previsión, se creó una de igual alcance y además, creó obligaciones para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al establecer que estos anualmente debían girar compensaciones con cargo a los giros que les correspondan a los organismos o Cajas, por concepto de aportes del Presupuesto Nacional; más, si las entidades eran del orden departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá,²⁵ dicha compensación correría a cargo de las correspondientes transferencias de impuestos nacionales.

DO: 27.407/ Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3135_1968.htm

22 Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1968) Artículo 1 [Capítulo I] [Decreto 3135 de 1968] DO: 27.407/ Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3135_1968.htm

23 Congreso de Colombia (26 de diciembre de 1968) Artículo 28 [Capítulo II] [Decreto 3135 de 1968] DO: 27.407/ Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_3135_1968.htm

24 Congreso de Colombia (Enero 29 de 1985) Artículo 2 [Ley 33 de 1985] DO: 36100/ Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=248>

25 La división territorial de Colombia antes de 1991, se categorizaba por departamentos, intendencias y comisarías y Bogotá era el Distrito Especial de Bogotá. A partir de la nueva constitución las inten-

Es decir que, los aportes para las cajas de previsión (los cuales, finalmente, contribuyen a conformar la prestación pensional del trabajador) debían ser pagados por el empleador ineludiblemente, tanto así, que con relación a los trabajadores del sector público, se establece un sistema de compensaciones que debía ser impulsado por el respectivo ministerio, a través de los mecanismos descritos. Por consiguiente, el trabajador no podía quedar descubierto de su prestación, ni el empleador relevado de la obligación de hacer los correspondientes aportes a la Caja de Previsión, aun cuando no hubiere vinculación a la misma.

Se evidencia entonces, que si bien, el propósito de unificar el sistema de seguridad social quedó truncado en esta etapa, sí se establecieron controles y deberes para los empleadores en el sentido de realizar aportes a las cajas de previsión con el fin de procurar, no solo la prestación de los trabajadores, sino una situación financiera saludable para estas entidades.

Controles creados también dentro del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuyo nombre cambió a Instituto de los Seguros Sociales; entre los que se establecieron sanciones para los empleadores que incurrieran en conductas tales como, mora en el pago de cotizaciones e incumplimiento en la inscripción oportuna en el Instituto, de las empresas y los trabajadores.²⁶

Fue en esa oportunidad, en el Decreto Ley 1650 de 1977, donde también se explicó que la afiliación al seguro social, consistía en la inscripción del trabajador al régimen de los seguros obligatorios, y que la misma era indispensable para acceder al pago de las prestaciones cubiertas por los seguros sociales obligatorios.²⁷

Además, se buscaba proteger a los trabajadores que, prestaron sus servicios tanto en entidades públicas como privadas, para lo cual se consolidó la unión de los aportes para quienes han laborado en ambos sectores, con la Ley 71 de 1988, llamada también Ley de Pensión por Aportes; que permitió adquirir la pensión de vejez, con la sumatoria de aportes cotizados al Instituto de Seguros Sociales (sector privado) y a las Cajas de Previsión (sector público).

Dicha normativa, estableció también, una transición entre regímenes y cimentó otros requisitos para acceder a la pensión de vejez. Se recuerda que, el ISS

dencias y las comisarías dejaron de existir para convertirse en departamentos.

26 Congreso de Colombia (18 de julio de 1977) Artículo 29 [Decreto Ley 1650 de 1977] DO: 34.840/ Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1650_1977.htm

27 Congreso de Colombia (18 de julio de 1977) Artículos 13 y 14 [Decreto Ley 1650 de 1977] DO: 34.840/ Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_1650_1977.htm

– antes ICSS- no había llegado a todas las zonas de Colombia, por lo que, muchos empleadores aún no habían subrogado el riesgo pensional y les correspondía asumir por sí mismos estas contingencias. Por esta razón, la sumatoria de aportes, comprende de igual manera el tiempo laborado con estos empleadores, que, se trasladará por medio de un título pensional, concepto que se examinará más adelante, previa elaboración de un cálculo actuarial, para lo cual será necesario la reclamación por parte del trabajador y la respectiva caja de previsión.

Presentado este recuento, tenemos que los trabajadores del sector público no tuvieron mayor alteración en su esquema de prestaciones, ni en la responsabilidad del empleador en los aportes; ya que siempre era la respectiva entidad estatal que contribuía con sus recursos. Sin embargo, la necesidad de afianzar el sistema pensional en el Instituto de Seguros Sociales, dio lugar al Decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 del mismo año, aplicable a los trabajadores del sector privado, cuyos empleadores los hubiesen afiliado al ISS y cuya finalidad, entre otras, fue la de “unificar la legislación existente en la materia”.

Este decreto, cambió el concepto de “tiempo de servicios” entendido en años, a semanas; puesto que, allí precisó como requisitos para acceder a la pensión de vejez, una densidad mínima de 500 semanas de cotización pagadas en los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad requerida (60 años para los hombres y 55 para las mujeres) o 1000 semanas en cualquier tiempo.

También, continuó con la figura de la compartibilidad de pensiones,²⁸ que, permitía a los trabajadores que cumplieran ciertas condiciones, recibir la pensión de jubilación a cargo del empleador – en las condiciones existentes- , pero, este conservaba la obligación de realizar los aportes al seguro hasta cuando el trabajador reuniera los requisitos mínimos establecidos por el ISS, para otorgar la pensión de vejez, caso en el cual; si la pensión de jubilación concedida previamente, tenía un valor superior al de la de vejez, correspondería al empleador cubrir este excedente.

Del mismo modo, el citado acuerdo, dejó sentada la responsabilidad del empleador de afiliar al trabajador al ISS y realizar el aporte correspondiente; pues, de lo contrario, las prestaciones que ahora cubriría dicho Instituto correrían a su cargo.

Aquí concluye el recorrido histórico de los regímenes pensionales existentes en Colombia antes de 1991. Cabe anotar que no se cuentan aquellos especiales,

28 Para los propósitos de este artículo apartamos únicamente la norma correspondiente a las pensiones de jubilación; pues el citado acuerdo contiene también compartibilidad de pensiones sanción y pensiones extralegales.

como los de los trabajadores de la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPE-TROL - ni del Magisterio (personal docente del sector público), ya que estos permanecen intactos a la fecha y no desaparecieron con la Ley 100 de 1993, que se verá en el siguiente apartado.

4. De la creación del nuevo sistema general de pensiones y su posterior reforma con la Ley 797 de 2003

A) Antecedentes de la Ley 100 de 1993

Para entender la creación del sistema general de pensiones que opera en Colombia, se debe tener en consideración que, el ISS tenía obstáculos económicos ya que el Estado no realizaba el aporte que le correspondía desde la creación del Instituto, aunado a que, si bien llegaron más beneficiarios, los egresos también se ampliaron.

De otro lado, también se omitió cumplir con los esquemas iniciales planteados al diseñar el ISS, ya que, allí se planeó aumentar la tasa de cotización de manera quinquenal, lo que no se realizó, tanto que para 1989, los ingresos eran de \$104.739 millones y las salidas, por prestaciones otorgadas por el instituto eran de \$113.341, lo que se traduce en un déficit en la estructura pensional, así como, en las finanzas de la entidad.²⁹

Como lo sintetiza Muñoz Segura, la seguridad social en el país enfrentaba graves problemas que llamaban a un cambio urgente. Los problemas financieros eran notorios y la cobertura, precaria, pese a la diversidad de regímenes y de entidades que los administraban.³⁰ Se halló que sólo un 20% de los colombianos estaba cubierto por el ISS, CAJANAL y demás Cajas de Previsión, quienes no representaban más del 50% de los asalariados. Colombia era un país eminentemente rural, tanto así que, para principios de los 90 el 65% de los trabajadores se ocupaba en los sectores campesino e informal urbano.³¹

29 MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes. p. 28

30 *Ibid* p. 28

31 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos Ley 100 de 1993 presentado por Luis Fernando Ramirez A. Ministro de Trabajo y de la Seguridad social [recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/xp_exm_l0100_93.pdf el 8 de abril de 2020.]

Aunado a lo anterior había un 40% de pobreza, por lo cual la supervivencia del sistema, soportado en las cotizaciones de empleadores y trabajadores dependía de su modernización y ampliación.³²

En este orden de ideas, se presentaron varias propuestas para crear un nuevo esquema de seguridad social, que ya era reconocida como servicio público en la Constitución. Inicialmente el gobierno presentó el proyecto 155 de septiembre de 1992, con un alcance restringido, pues no incluyó el sistema de salud, y la finalidad era crear una reforma integral. Esta omisión fue solucionada con una adición que se le hizo al proyecto inicial con el título XX sobre salud, que no tuvo mucha aceptación. Debido a lo anterior, en marzo de 1993 se presentó el proyecto de la que hoy se conoce como Ley 100 de 1993,³³ por el entonces senador Álvaro Uribe Vélez, cuya vigencia inició el 23 de diciembre de 1993, consolidando el Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, luego de concluir que, lo que hasta entonces se tenía como tal, no cumplía con los criterios de universalidad, solidaridad y eficiencia; falencias estas, que no se solucionaban con cambios administrativos menores, o de cotizaciones o beneficios.³⁴

La Ley 100, estableció el sistema de seguridad social en tres temas: salud, pensiones y riesgos profesionales –ahora conocidos como riesgos laborales–; de los cuales solo nos ocuparemos del segundo de ellos. El mismo fue abordado con una orientación mercantilista, dirigida, principalmente a sanear las finanzas del sistema por medio de un esquema competitivo y al mismo tiempo superar la gran falla del sistema anterior, que, se insiste era la poca cobertura. La propuesta principal, consistió en el esquema de Ahorro Individual, bajo la premisa de que cada trabajador construye de forma individual su propia pensión; se trata de un sistema de capitalización individual, similar al modelo de multifondos, formado en Chile; en oposición al sistema de Reparto simple; a lo cual se llegaría de manera paulatina en un periodo de treinta años.³⁵ De este modo, en la actualidad, Colombia cuenta dentro del sistema general de pensiones con dos regímenes pensionales, uno administrado por fondos privados, que se basa en un esquema de ahorro

32 *Ibid.*

33 MUÑOZ SEGURA, ANA MARÍA, 2012, LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA SEGURIDAD SOCIAL: el derecho laboral generalizado. Bogotá, Colombia, Universidad de Los Andes, Vicerrectoría de Investigaciones Ediciones Uniandes. p. 70

34 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos Ley 100 de 1993 presentado por Luis Fernando Ramírez A. Ministro de Trabajo y de la Seguridad social [recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/pdf/xp_exm_l0100_93.pdf el 8 de abril de 2020.]

35 *Ibid.*

individual, llamado precisamente Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el administrado por Colpensiones, empresa comercial del estado,³⁶ cimentado en el sistema de reparto, y conocido como Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuyos requisitos para acceder a la pensión de vejez, se desarrollan a continuación.

B) Requisitos para acceder a la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas

Fueron establecidos como requisitos para acceder a la pensión de vejez: 55 años de edad para las mujeres y 60 para los hombres, y 1000 semanas en cualquier tiempo, modificados por la Ley 797 de 2003, que reglamentó el incremento progresivo de semanas, hasta 1300, y el aumento de la edad para pensionarse en el año 2014, en 57 años de edad las mujeres y 62 años los hombres.

En cuanto a los tiempos que se tomarían en cuenta para reunir esta densidad de semanas, la Ley 100 catalogó:

- a) Las semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.
- b) Tiempo de servicio como servidores públicos remunerados.
- c) Tiempo como trabajadores vinculados con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993-; siempre que, después de esta fecha tal vinculación existiera o se hubiese iniciado con posterioridad.
- d) Semanas cotizadas en cajas previsionales del sector privado que reconocían y pagaban la pensión,³⁷ antes de la Ley 100 de 1993.

En la reforma antes citada, fue agregado además el tiempo laborado con empleadores que por omisión no hubieran afiliado al trabajador;³⁸ norma que, valga

36 Congreso de Colombia (28 de septiembre de 2012) Decreto 1013 de 2012, DO: 48567 / Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=82851>] mediante el cual fue suprimido el ISS y creado en su reemplazo la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-

37 Véase a modo de ejemplo, CAXDAC, creada para el pago de prestaciones en el sector de aviación. Congreso de Colombia Decreto 1015 de 1956. (10 de mayo de 1956) DO: 29.036/ Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1207419>

38 Congreso de Colombia (29 de enero de 2003) Literal e) art. 9 *Ley 797 de 2003*, DO: 45.079 / Re-

decir no precisó que para ello fuera necesario que el vínculo laboral estuviese activo.

En este mismo sentido también estableció como se reconocería el cómputo de estos tiempos, así como el de los trabajadores con pensión a cargo del empleador y vinculación activa o posterior a la ley 100 y las semanas cotizadas en cajas previsionales del sector privado, al determinar que estas semanas se contabilizarán siempre que el empleador o la respectiva caja trasladen a la entidad que reconocerá la pensión, la suma correspondiente por estos tiempos, luego de realizado un cálculo actuarial, representado por un bono o título pensional.³⁹

Lo que quiere decir que los tiempos laborados en modo alguno se “pierden” para el trabajador, en tanto, el nuevo sistema de pensiones cobijó a los trabajadores con las situaciones antes descritas; y estableció incluso, el citado instrumento de deuda para cobrar el valor de los lapsos laborados, bajo las tres últimas situaciones descritas.

Sin embargo, la protección a los tiempos laborados no finalizó allí, ya que hubo otra reforma constitucional, el acto legislativo 01, que modificó directamente el artículo 48 de la Constitución, y entre otros cambios adicionó: “*En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos*”.

Por último, la Ley 860 de 2003, en lo tocante al tema que hoy nos ocupa, con relación al cálculo actuarial para el pago del título pensional, otorgó en su artículo tercero; a las empresas empleadoras de aviadores civiles, plazo hasta el año 2023, para realizar los pagos del valor de dicho cálculo “a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado”.

C) De los títulos pensionales

Estos instrumentos de deuda, se definen inicialmente como pagarés a cargo del empleador que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993;⁴⁰ pero también se constituyen en pagarés a cargo de la respectiva caja de previsión del sector privado – si la hubiere – o del empleador, que omitió afiliar al trabajador.

cuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

39 Congreso de Colombia (29 de enero de 2003) Parágrafo 1, art. 9 *Ley 797 de 2003*, DO: 45.079 / Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

40 Colpensiones Documento 37; Títulos Pensionales [recuperado de <https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/doc37.htm>, el 9 de abril de 2020]

Corresponden a un cálculo actuarial o cálculo de la reserva actuarial de los lapsos ya referidos; y representan además de las semanas válidas para la pensión, el dinero que ingresa al fondo común para financiar las pensiones, en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, mas, si la persona se traslada al fondo Privado (del ya mencionado Régimen de Ahorro Individual), se traduce en un capital que se trasladará a la cuenta de ahorro individual.⁴¹ Para realizar la operación aritmética se tienen en cuenta los conceptos y las fórmulas establecidas en el Decreto 1887 de 1994, este último dirigido a los títulos pensionales que debían pagar los empleadores que, en su momento debieron afiliarse a los trabajadores al Sistema de Seguridad Social en el ISS y soslayaron tal obligación.

Como fue planteado en la presentación de este artículo, el título pensional, o más bien, la responsabilidad con relación al mismo, ha generado diversas inquietudes; no obstante que ya es claro que a la persona trabajadora se le deben incluir todos los períodos laborados antes de la entrada en vigencia del actual sistema general de pensiones; no es menos cierto, que, con el devenir de las solicitudes de pensión de vejez, se presentaron otras situaciones fácticas:

- Los trabajadores que sí habían laborado con empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, pero cuyo contrato ya había finalizado al 23 de diciembre de 1993.
- Los trabajadores que, iniciaron labores en una zona geográfica que estaba cubierta por el ISS y por ende estaban afiliados, pero luego, pasaron a otra que no estaba abarcada por la entidad, por lo cual, los tiempos laborados no aparecen en su historia laboral.
- Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo.

Lo que conduce a la última parte del este artículo, cual es el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado a la responsabilidad del empleador, respecto del pago de título pensional en estas situaciones.

41 *Ibid.*

5. Recorrido en la jurisprudencia colombiana sobre el pago de título pensional, en las situaciones excluidas del art. 33 de la Ley 100 de 1993.

Para estudiar este tema, recordamos que el Instituto de Seguro Social, si bien inició la asunción el riesgo de vejez el 1 de enero de 1967, no lo hizo uniformemente en todo el país. Esta fecha se tomó en particular las ciudades principales.⁴² Sin embargo, en otras localidades, la cobertura inició en fechas posteriores, por ejemplo, a mediados de la década de los 80,⁴³ o incluso al iniciar la siguiente década.⁴⁴

Aunado a lo anterior y dada la falta de cobertura, también sucedió que muchos trabajadores, laboraron gran parte de tiempo a una empresa, sin tener esta cobertura en seguridad social, pero sí, la posibilidad de obtener la pensión de jubilación a cargo del empleador. No obstante, hubo casos en que este contrato finalizó antes de que cumplieran los requisitos de edad y años de servicio y antes del llamado de inscripción del ISS en la respectiva localidad, con lo que, estos periodos laborados, quedaban en principio inmersos en el limbo y se consideraba inicialmente que estaban “perdidos”.

Sucedió otro tanto con trabajadores cuya zona sí estaba cubierta por el ISS, pero, el empleador no acudió al llamado a inscripción en la entidad oportunamente, porque agentes externos lo impidieron, específicamente problemas de orden público y social.

42 Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Resolución 831 de 1966. “que ordenó a partir del 1o de enero de 1967 la inscripción en el Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte de los trabajadores y patronos comprendidos en las actividades consagradas en el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, y que ejerzan sus actividades en las jurisdicciones actualmente cubiertas por las Cajas Seccionales de los Seguros Sociales de Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle y por las Oficinas Locales de los Seguros Sociales de Boyacá, Huila, Manizales y Santa Marta.” Citada en COLPENSIONES, concepto 1196 de 5 de febrero de 2008.

[Recuperada en https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/cto_iss_0001196_2008.htm]

43 Instituto de los Seguros Sociales (20 de junio de 1986) [Resolución n.º 02362]; llamado a inscripción a patronos y trabajadores, para la cobertura de los riesgos de Invalidez, vejez y muerte a partir del 1 de agosto de 1986. Copia tomada de la original.

44 Instituto de los Seguros Sociales (1 de febrero de 1990) [Resolución 3340] llamado a inscripción en el municipio de Sesquilé, Cundinamarca; Instituto de los Seguros Sociales, (27 de abril de 1990) [Resolución 905]; llamado a inscripción en el municipio de Pacho, Cundinamarca; Instituto de los Seguros Sociales (22 de febrero de 1990) [Resolución 713] llamado a inscripción en el municipio de Purificación, Tolima. Citadas en COLPENSIONES, concepto 16777, 13 de octubre de 2005, [Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/cto_iss_0016777_2005.htm]

Así, la jurisprudencia ordinaria evolucionó en la medida que llegaban estas variables, hacía una perspectiva progresista, como paso a examinar, no sin que antes se hubiera realizado también un recorrido al interior de la jurisdicción constitucional, con relación a casos similares, en el cual, también hubo oposición y se tenía también resistencia al reconocimiento de título pensional, en circunstancias no consignadas en el citado artículo 33 de la Ley 100 de 1993; como se decanta:

a. De la zona geográfica: trabajadores laborando en zonas no cubiertas por el ISS desde el inicio del contrato y trabajadores afiliados al ISS trasladados a zonas sin cobertura.

Cuando se inició el examen de los primeros casos de solicitud de título pensional por falta de cobertura, la Corte Suprema de Justicia, aceptaba un criterio civilista, en el que simplemente se concluía que era imposible para el empleador realizar una afiliación y, por ende, tampoco podía pagar las respectivas cotizaciones a sus trabajadores.⁴⁵

Basaba su argumento en que, no bastaba con examinar la afiliación, sino que el lugar donde el trabajador laboró fue llamado a inscripción.⁴⁶ Igualmente, planteaba que, al no existir la obligación en el sitio donde laboraba, mal podía hablarse de incumplimiento y por ende, no había lugar a obligar al empleador al pago de cotización al trabajador.⁴⁷

Esta posición fue morigerada, en principio, con la decisión 32922 de 2009,⁴⁸ que indicó que era necesario habilitar los tiempos laborados, aun por fuera de la zona de cobertura del ISS. No obstante, la alta Corporación no hizo eco de esta en pronunciamientos posteriores, al regresar a la posición anterior.

45 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 22 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero (Sentencia número 10805) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

46 *Ibíd.*

47 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 4 de junio de 2008 (28479), 29 de julio de 2008 (29180), y 1º de julio de 2009 (32942). Citadas en SL17300-2014 Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno [recuperada de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/csj_scl_sl17300_2014_2014.htm]

48 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Eduardo Lopez Villegas. (Sentencia radicación 32922) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

Mas, el cambio de gran parte de los integrantes de la Sala de Casación Laboral, en el año 2014, posibilitó que, luego de hacer un amplio estudio de estas situaciones desde una óptica constitucional y principialística, fuera descartada esta posición estrictamente sometida al giro de los negocios jurídicos civiles y fijó en cabeza del empleador la obligación de reconocer por medio de un título pensional el periodo laborado por el trabajador, aun en zonas con falta de cobertura,⁴⁹ ya que si bien, no desconoce la dificultad, que esto entrañaba para el empleador en su momento, no es menos cierto que, el trabajador debe gozar de una protección integral, por medio de la entidad de seguridad social, a través de la empleadora, bien sea que, no se hicieron aportes a la Seguridad Social, por falta de cobertura, omisión del empleador al afiliarse o pagar las cotizaciones.

Como soporte legal, tuvo el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, que estableció en cabeza del empleador asumir las respectivas cuotas, para que el (en aquel entonces) ICSS asumiera las pensiones. De lo contrario, estas quedarían a su cargo, por lo cual interpretó que, estas situaciones son inherentes al contrato de trabajo y no puede el empleador desentenderse de ellas.⁵⁰

Así, con esta interpretación el trabajador dejó ya de estar desprotegido en este supuesto, y es carga del empleador realizar el pago del respectivo título pensional, por el tiempo en que faltó la cobertura del ISS en su localidad y por ende, no había podido realizar la afiliación; que es el acto jurídico que marca el inicio del cubrimiento del Sistema de Seguridad Social por el riesgo de vejez. Mas, es con el contrato laboral que surge en cabeza del empleador, hacer las reservas o aprovisionamientos necesarios para asegurar que el trabajador tenga cubierto en el sistema general de pensiones, el tiempo que ha laborado.

Ahora bien, en la segunda variable, en la cual, el trabajador ya estaba afiliado al ISS, pero que fue trasladado a una zona donde este acto jurídico no era obligatorio, por no haber cobertura del ISS y, naturalmente el empleador en su momento no lo realizó; razonó que, la afiliación es única en el tiempo, y no se pierde a pesar del traslado del trabajador, a una zona no cubierta. Así fue explicado en la decisión 25757 de 2005:

Con todo, al margen de lo anterior, esta sala de la Corte ha enseñado en su jurisprudencia que la afiliación al sistema de pensiones tiene vocación de permanencia

49 COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de julio de 2014. Magistrada Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón. (SL9856-2014) [Recuperada de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bmay2015/SL9856-2014.pdf>]

50 *Ibid.*

y que, en ese sentido, el empleador debe responder por aquellos periodos en los que omita la afiliación, debido a que, en ejercicio del *ius variandi*, traslada a uno de sus trabajadores de un municipio en el que existía cobertura del Instituto de Seguros Sociales a otro en el que no la había.⁵¹

Posición que fue reiterada en la sentencia 37757 del 31 de enero de 2012, al recordar el contenido de la providencia anterior y explicar que, el traslado del trabajador se hizo sin garantizarle el derecho a la seguridad social, por lo cual el argumento del empleador para eximirse de la cotización, en el sentido de que no había cobertura, no basta para evitar que el empleado haga la reclamación respectiva. Pues, si así se aceptara, sería como considerar que se inicia otro contrato laboral⁵².

En esta situación al darse validez a la afiliación al sistema de seguridad social y más importante aún, imprimirle vocación de permanencia, el empleador queda atado a las obligaciones que conlleva este acto jurídico durante todo el vínculo laboral; por lo cual, el cambio de localidad, no rompe ese lazo. Al quedar intactos tanto el contrato de trabajo, como la afiliación al sistema de seguridad social, ello le imponía continuar realizando la reserva pertinente para el momento en que el ISS entrara a cubrir la zona donde el trabajador estaba prestando su labor. De tal manera, no es viable para el empleador liberarse de sus deberes dentro del sistema de seguridad social en el marco del contrato de trabajo.⁵³

Deberes, de los cuales, no se sustrae ni siquiera de manera temporal, como se explica en el siguiente supuesto:

b. Los trabajadores que no fueron afiliados al hoy fenecido ISS, aun cuando ya el empleador sí tenía la obligación de hacerlo en su zona geográfica, pero que, por razones de orden público no pudo realizarlo

Este escenario reviste particular importancia en el contexto colombiano, concretamente en el Departamento de Antioquia, en la zona de Urabá; allí, en la década de los 80 principalmente, hubo fuerte presencia de grupos al margen de la

51 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 29 de septiembre de 2005. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López (Sentencia número 25757) Recuperada de

52 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 31 de enero de 2012, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno (sentencia Número 37757). [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

53 Ibíd.

ley (guerrilla), que impedían el normal funcionamiento de las empresas, con todo lo que ello implica, incluido el procedimiento de afiliación al sistema de seguridad social, ejerciendo una fuerte presión sobre las asociaciones sindicales, quienes orientaron a sus afiliados a negarse a participar como miembros activos del nuevo sistema de seguridad social, administrado por el ISS.

Fue en este contexto, que el 1 de agosto de 1986, el ISS hizo el llamado a los empleadores para que inscribieran a sus trabajadores en la entidad, con el fin de afiliarlos y subrogar la responsabilidad de estos en los riesgos de invalidez, vejez y muerte.⁵⁴ No obstante, debido a la oposición de las organizaciones sindicales influenciadas por el movimiento insurgente, muchos empleadores no pudieron efectuar la afiliación en la fecha determinada por la entidad, sino que la realizaron al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y por ello, los trabajadores en estos periodos laborados quedaban sin cotizaciones para pensiones, las cuales se hicieron necesarias, para completar el tiempo requerido en semanas con el fin de obtener la pensión de vejez o incluso, una mesada pensional superior.

Esta situación que escapaba al control del empleador, si bien en principio podría llevar a concluir la ausencia de culpa o negligencia por parte de este, mas, la Sala de Casación Laboral, concluyó que esta obligación emanada del contrato de trabajo, no desaparece por eventos que temporalmente impidan al empleador realizar la debida afiliación y cotización, como el narrado anteriormente; ya que la situación se normalizó, por lo menos administrativamente, y en esas circunstancias, el empleador podía efectuar el pago de estos conceptos.⁵⁵

Por medio de la jurisprudencia se ha buscado resolver todas aquellas situaciones en las que hubo omisión de afiliación al sistema de pensiones, en el sentido de que todo el tiempo de servicio debe tenerse como si hubiese sido efectivamente cotizado, situación que se perfecciona con el pago del cálculo actuarial por parte del empleador; porque, insiste la alta corporación, que la temporalidad de una situación que impida la afiliación oportuna, no puede eximir a la empresa de asumir sus obligaciones pensionales.⁵⁶

54 COLOMBIA. INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES. Resolución N° 02362 de 20 de junio de 1986; llamado a inscripción a patronos y trabajadores, para la cobertura de los riesgos de Invalidez, vejez y muerte a partir del 1 de agosto de 1986; citada en sentencia número SL14215-2017, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral.

55 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 6 de septiembre de 2017. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. (Sentencia número SL14215-2017) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineasJ/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineasJ/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

56 Ibíd

Se resalta del contenido de estas decisiones, que, contrario a como han entendido los empleadores, la financiación de las pensiones, no tiene componente sancionatorio. Las pensiones, y, por ende, los elementos que la componen, se causan por la prestación del servicio por parte del trabajador, con el fin de procurar que este tenga un ingreso que le permita subsistir cuando culmine su etapa productiva al servicio de un empleador.

Esto conduce a enfatizar que, previo a la cobertura del ISS y en algunos casos, hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100, era el empleador quien asumía el pago de la pensión de vejez, pero, ocurría, que había trabajadores que no lograban esta pensión en cabeza de una empresa, y requerían acreditar el periodo laborado allí antes del 23 de diciembre de 1993, para consolidar la citada prestación, lo cual lleva al estudio del siguiente supuesto:

c. De los trabajadores cuya vinculación no estaba vigente al 23 de diciembre de 1993, pero cuya pensión estaba a cargo del empleador.

En aras de contextualizar esta variable, se recuerda que el literal c) del art. 33 de la Ley 100 de 1993, establece como una de las situaciones acogidas por la suma de tiempos laborados la de los trabajadores cuya vinculación estaba vigente o nacía con posterioridad al 23 de diciembre de 1993, pero que, la pensión era reconocida por el empleador; es decir que aún no se había realizado el traslado del riesgo al Instituto de Seguro Social, por medio de la afiliación a este.

Esta norma fue objeto de demanda de constitucionalidad que fue resuelta en la decisión, C-605 de 2001, allí se estudió la inexequibilidad de este literal, ya que, consideró desproporcionado exigir que la vinculación estuviera vigente a la entrada en vigencia de la multicitada norma, por cuanto, en tanto no se exige tal condición a los demás trabajadores. La Corte Constitucional tuvo en cuenta que, antes de la Ley 100, no era posible para los trabajadores de las empresas privadas, responsables de asumir la pensión de vejez, sumar tiempos laborados en unas y otras, sino se cumplían los requisitos para acceder a dicha prestación dentro de la empresa respectiva; para lo cual tuvo en consideración que la Ley de Pensión por Aportes – que ya fue mencionada brevemente – sí permitió esta posibilidad a los servidores públicos, en tanto admitía que se sumaran tiempos trabajados en entidades públicas, junto con los tiempos cotizados al ISS en empresas del sector privado.⁵⁷

57 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia del 16 de mayo de 2001.

Expuso, que, dado que para estos trabajadores no era posible hacer la sumatoria de tiempos y el contrato de trabajo se encontraba finalizado, ellos nunca configuraron un derecho en su patrimonio, por lo tanto, no tenían la titularidad para exigir el reconocimiento de estos tiempos con el fin de conformar su pensión de vejez. Lo que la condujo a determinar que, la situación jurídica estaba consolidada, y que por ello el legislador tuvo razón al establecer como condición para sumar tiempos de quienes su prestación estuviese a cargo del empleador la vigencia del contrato o la celebración del mismo con posterioridad al 23 de diciembre de 1993.⁵⁸

Esta sentencia fue de gran importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, por ser una sentencia de constitucionalidad, es decir, que estudia si el contenido de una norma se adecúa a la constitución del país y por lo tanto, es una decisión de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, a diferencia de las sentencias de tutela, cuyo efecto, por regla general cubre únicamente a las partes involucradas.

Por ello, inicialmente, se podía concluir que, simplemente, quienes laboraron, por ejemplo, cinco o siete años en una empresa que estaba a cargo de la pensión, pero que finalizaron el contrato, en 1990 o, más aún el 21 de diciembre de 1993, no tienen derecho a que estos 5 o 7 años se les puedan contabilizar para obtener el número de semanas necesarios para completar la pensión de vejez. Y en efecto así fue entendido durante mucho tiempo por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁹ y por la Corte Suprema de Justicia.⁶⁰

No obstante, la Corte Constitucional, también consideraba la posibilidad de que sí se sumaran los tiempos laborados con un empleador que tuviera a su cargo el reconocimiento de la pensión. Posición que, insistimos no era del todo uniforme; en tanto en otras decisiones estimó lo contrario, al atenerse a lo establecido en la decisión de constitucionalidad ya citada.

Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. (Sentencia Número C-506). Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-506-01.htm>]

58 Ibíd

59 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-719 de 2001, T-890 de 2011, T-020 de 2012, T-814/11, T-205 de 2012. [Recuperadas de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>]

60 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Eduardo Lopez Villegas. (Sentencia radicación 32922) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

Esta escisión inició en el año 2010,⁶¹ cuando la Corte Constitucional autorizó la sumatoria de tiempos para un trabajador de la empresa de petróleos (no confundir con ECOPETROL), entre sus argumentos citó pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, allí no se estudió como núcleo del problema “la vigencia del contrato de trabajo antes del 23 de diciembre 1993” sino “la obligación de la empresa de reconocer y pagar la pensión” previa esa fecha; tanto así, que en esta última sentencia, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral insistía en la aplicación del literal c, En el supuesto de hecho exacto, que allí se indica, es decir cuando el contrato está vigente o es posterior al 23 de diciembre de 1993.⁶²

Mas, en el año 2014, la Alta Corporación, debió hacer un estudio de la posición contenida en la sentencia de constitucionalidad, y de la opositora.⁶³ Allí concluyó que solo hizo tránsito a cosa juzgada relativa (es decir, meramente formal), entre otros fundamentos porque, *“no estudió la probable infracción de los derechos adquiridos de los trabajadores (Art. 48 y 58 C.P.) en que podría incurrir el literal “c” parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con la exigencia de pervivencia del vínculo laboral.”*⁶⁴ Aunado a que, ya había un cambio en el artículo 48 ya citado, pues se otorgó a este la protección de los derechos adquiridos en materia pensional, en razón de lo cual recordó que la obligación de los aportes pensionales es imprescriptible.⁶⁵

Al estudiar esta situación en la jurisdicción ordinaria laboral por la Corte Suprema de Justicia, se encontró que fue en el año 2013,⁶⁶ que se estableció la

61 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto (Sentencia T-784/10) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-784-10.htm>]

62 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 10 de julio de 2009. Magistrado Ponente: Eduardo Lopez Villegas. (Sentencia radicación 32922) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de [http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922\(22-07-09\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/lineas/linea2/32922(22-07-09).pdf)]

63 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Novena de Revisión. Sentencia del 26 de junio de 2014. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva (Sentencia T-410/14) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-410-14.htm>]

64 *Ibíd*

65 *Ibíd*

66 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de marzo de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Mauricio Burgos Ruiz. (Sentencia radicación 42398) Copia tomada directamente de la Corporación. [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

posibilidad de sumar los tiempos de los contratos de trabajo finalizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, al precisar que el Decreto 1887 de 1994, que inicialmente aplicaba únicamente a aquellos contratos vigentes o celebrados con posterioridad al 23 de diciembre de 1993, se extendería a todas aquellas situaciones en las que el empleador había omitido el deber de afiliarse, aun si el contrato ya había finalizado; por cuanto, al haberse adicionado por la Ley 797 de 2003, el literal d) que incluía también para el computo de tiempos laborados aquellos en los que el empleador omitió la afiliación al ISS debiendo realizarla, se entendía que no era viable hacer discriminación alguna, ya que la obligación de afiliarse al trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, existía con anterioridad a la Ley 797 de 2003.

Igual espíritu tuvieron las decisiones del órgano de cierre que inaplicaron dicha exigencia. Sin embargo, en el rastreo realizado por la autora, en este caso específico, se evidenció que estas obedecían a casos en los que el empleador, ya estaba obligado a afiliarse al trabajador al Seguro Social, es decir que ya no estaba a cargo de reconocer la pensión de vejez, sino de subrogar este riesgo en la entidad de seguro social, con lo cual, el pago del título pensional, era procedente, debido a que la afiliación se realizó en forma tardía, sin importar que el contrato estuviera vigente o no. Luego, aun cuando se inaplicó la exigencia del citado literal, lo cierto es que, tampoco puede afirmarse que esta hubiera encuadrado en ese supuesto de hecho; en tanto, el literal c) recalca que se trataba de empleadores que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

Con todo, fue esta la interpretación que sirvió de base a la Sala de Casación Laboral para dejar de aplicar el requisito de “vigencia de la relación laboral” al razonar que, es contrario al principio de universalidad de la seguridad social, así como a la intención primigenia de su constitución, cual era sanear las finanzas del mismo.⁶⁷

En este mismo sentido también fue recordado por la Corte Suprema de Justicia que ya la Corte Constitucional había aplicado la sumatoria de tiempos, precisamente en la decisión que anteriormente fue objeto de análisis, teniendo en cuenta entre otros argumentos, los examinados por la Corte Suprema de Justicia en otras decisiones, en particular la sentencia SL 646-2013.⁶⁸

67 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno. (Sentencia Número SL2138-2016) Copia tomada directamente de la Corporación [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

68 *Ibíd.*

Aquí, es válido precisar que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, que permitió exigir el reconocimiento y pago del cálculo actuarial respecto de los tiempos laborados con empleador a cargo de la pensión con contrato finalizado, se hizo luego de analizar el Decreto 1887 de 1994,⁶⁹ norma diferente al ya mencionado literal c) art. 33, y ampliar su aplicación, en aras de adherirse a los principios de la seguridad social; mientras que el análisis de la Corte Constitucional, si bien principalístico, se enfocó en el núcleo del derecho a la pensión, y en como, por ser un derecho adquirido, no era susceptible de ser negado por una condición tal, como la cancelación del contrato de trabajo que le dio origen.

Debe tenerse en cuenta que uno de los primeros elementos para causar la obligación del traslado del título es que el empleador tuviera a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, caso diferente al examinado en dichas providencias, pues, en ambas, el empleador no tenía tal obligación sino la de realizar la afiliación; *más*, no debe dejarse de lado, que, cuando el empleador no tenía la obligación de afiliarse, sí la tenía de realizar los respectivos aprovisionamientos o reservas actuariales.

Situación que fue analizada de manera concreta, en las decisiones SL2138-2016 y SL15551-2017⁷⁰ que trataron el supuesto fáctico del tiempo laboral adeudado para efectos pensionales, en un contrato laboral finalizado antes del 23 de diciembre de 1993.

En la primera de ellas, el trabajador pidió el reconocimiento por medio de título pensional de tiempos laborados del 2 de septiembre de 1968 hasta el 30 de agosto de 1985. En esa ocasión, la Corte Suprema de Justicia, se valió de los argumentos presentados en las decisiones arriba citadas; en la que también precisó el deber de los aprovisionamientos, al argumentar que, el sistema de seguridad social, tiene como propósito solucionar la situación financiera derivada de las omisiones en la afiliación que se presentaron anteriormente, sin importar la causa, con el fin de garantizar una protección adecuada a todos los afiliados en los riesgos, lo cual hace irrelevante que el contrato tenga o no vigencia en un lapso determinado,

69 COLOMBIA. (3 de agosto de 1994). Artículo 1 [Decreto 1887 de 1994] DO:41.480 / Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31646>

La aplicación de esta norma se dirigía a los empleadores que tenían la obligación de reconocimiento y pago de pensiones a los trabajadores y cuyo contrato laboral estaba vigente al 23 de diciembre de 1993 o se inició después de dicha fecha.

70 COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 20 de septiembre de 2017. Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. (Sentencia Número SL15511-2017) Copia tomada directamente de la Corporación [Recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>]

“pues desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los empleadores mantenían la carga de la afiliación y, en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones.”⁷¹

Argumentos que fueron acogidos en su integridad en la segunda sentencia citada.

Con lo que la solución actual a este problema, tanto por la vía constitucional, como por la vía de la jurisdicción ordinaria laboral, es indudablemente, realizar la sumatoria de tiempos laborados, pese a que el contrato de trabajo haya finalizado antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Conclusión

Del estudio realizado, se evidencia que, si bien, el estado colombiano se constituye como Estado social de derecho a partir de 1991, los empleadores tenían desde antes, un deber insoslayable de procurar que el trabajador pudiera disfrutar de su derecho pensional en cualquier modalidad. Fuera, asumir la prestación por sí mismos o afiliarlos al sistema de seguridad social, que se forjaba a principios del siglo XX y que se consolidó definitivamente con la Ley 100 de 1993.

Con ello ha desempeñado un papel importante en el cumplimiento de este fin, e inclusive ha suplido las obligaciones que debió asumir el estado colombiano desde la creación del ya extinto Instituto de los Seguros Sociales, y soporta cargas que, en la actualidad, si bien, pueden verse a simple vistas como desproporcionadas, solo buscan enmendar fallas que acusaba el sistema pensional en Colombia desde antes de las modificaciones que fueron introducidas a partir de la Ley 100 de 1993.

Ello se refuerza aún más con la característica de fundamental que tiene el derecho a la seguridad social, especialmente, si se tiene en cuenta, que la pensión de vejez es indispensable para cumplir uno de los fines de la seguridad social y del estado social de derecho como es el asegurar unas condiciones de vida digna para quien es acreedor de la misma, en todos los estadios de su vida. Y que, por ello, el esfuerzo realizado en todos los años de trabajo, debe ser reconocido y valorado económicamente para conformar la prestación pensional con todas las garantías a que tiene derecho.

71 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Magistrada Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno. (Sentencia SL2183-2016) [recuperada de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>].

Laborem

N.º 22 / 2020

TENDENCIAS: EL COVID-19 Y LAS RELACIONES DE TRABAJO



SOLIDARIDAD Y TRABAJO PROTEGIDO DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL: LA RESPUESTA SOCIAL ANTE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS

JOSÉ EDUARDO LÓPEZ AHUMADA*

La crisis del coronavirus ha dado lugar a una situación sin precedentes, que va transformar nuestro modelo de convivencia social, así como las propias bases de nuestro Estado del Bienestar. En el presente estudio se analizan las principales respuestas de los Estados, que son dispares ante un desafío global. De igual modo, se estudian las principales consecuencias sociales y jurídico-laborales derivadas de dicho proceso de crisis humanitaria. El trabajo presta especial atención al desarrollo de una pandemia histórica desde la perspectiva del trabajo y de la protección social. Se trata de una crisis social motivada por la rápida e intensa propagación del Covid-19, que nos sitúa ante una auténtica pandemia. Dicha situación está provocando importantes efectos en los mercados de trabajo, en los sistemas de relaciones laborales y en la aplicación de los instrumentos básicos de Seguridad Social.

Abstract: the coronavirus crisis has led an unprecedented situation, which will transform our model of social coexistence, as well as the foundations of our Welfare State. This paper analyzes the main responses of the States, which are disparate in face of a global challenge. Likewise, the main social and legal-labor consequences derived from the humanitarian crisis process are also studied. The study takes into account the development of a historical pandemic from the perspective of work and social protection. It is a social crisis motivated by the rapid and intense spread of Covid-19, which places us in a true pandemic. This situation is causing important effects in the labor markets, in the labor relations systems and in the application of the basic instruments of Social Security.

Palabras clave: trabajo protegido, coronavirus/covid-19, crisis humanitaria, solidaridad, cohesión social.

Keywords: protected work, coronavirus/covid-19, humanitarian crisis, solidarity, social cohesion.

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Alcalá. Eduardo.lopez@uah.es

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La epidemia del coronavirus y la situación de crisis humanitaria: una profunda cuestión social. **III.** El papel de la OIT ante la crisis global en el empleo: efectos de la crisis del coronavirus en la economía y en el mundo del trabajo. **IV.** Los desafíos internacionales de la crisis global en el mundo del trabajo. **V.** las principales medidas laborales y de protección social adoptadas por los estados nacionales: la protección del empleo y la atención a las situaciones de necesidad. **VI.** Régimen de servicios esenciales y sectores prioritarios en régimen de continuidad. **VII.** La protección del derecho a la salud en el trabajo. **VIII.** Trabajo a distancia y teletrabajo como respuesta al actual modelo actividad laboral. **IX.** Protección en el empleo y estabilidad laboral: solidaridad y protección social. **X.** Prohibición y limitaciones a los despidos por causa de fuerza mayor: promoción de la defensa del empleo. **XI.** La protección del salario y la previsión de beneficios económicos excepcionales en caso de necesidad. **XII.** La ordenación del tiempo de trabajo y de descanso ante la situación de aislamiento y movilidad restringida. **XIII.** Conciliación de la vida familiar y laboral. **XIV.** Medidas de protección social: desempleo, renta mínima de inserción y subsidios económicos para colectivos más desfavorecidos. **XV.** Tutela del trabajo por cuenta propia y del régimen de actividad de las microempresas y pymes. **XVI.** Conclusiones. **XVII.** Referencias bibliográficas.



I. Introducción

260

La situación global de esta crisis humanitaria tiene unas proporciones descomunales y supone un auténtico colapso de nuestro sistema de relaciones económicas, laborales y sociales. Se trata de una situación incierta, que no se previó en su momento, y que se está intentando resolver desde los poderes públicos, en base a las competencias soberanas de los Estados. Como decimos, estamos ante una pandemia, que asimilamos de forma precipitada. Estamos ante una situación que trasciende el ámbito puramente económico. La crisis del Covid-19 está dando lugar a una situación sin precedentes, que va transformar nuestro modelo de convivencia social y las bases de nuestro Estado del Bienestar. Estamos observando cómo las respuestas de los Estados son dispares ante un desafío global, que se traduce en una situación histórica, como consecuencia de la rápida e intensa propagación del Covid-19.

Estamos ante una pandemia que está provocando importantes efectos en los mercados de trabajo, en el sistema de relaciones laborales y en la aplicación de los instrumentos básicos de Seguridad Social. Dicha situación ha dado lugar a una economía paralizada, que ha venido a romper nuestras vidas programadas, basada en la competitividad y en el desarrollo económico. Nos referimos a una concep-

ción arraigada en el tiempo, que sobredimensiona la economía y sitúa al mercado por encima del protagonismo central de la persona. Las consecuencias de la pandemia han paralizado la actividad económica y sus efectos son especialmente visibles en el trabajo de las personas. Una vez más, es preciso destacar que la crisis del coronavirus ha venido a poner en cuestión nuestro modelo de economía, muchas veces insensible con los aspectos sociales y éticos ligados al trabajo de las personas.

II. La epidemia del coronavirus y la situación de crisis humanitaria: una profunda cuestión social

Actualmente nos encontramos ante una situación incierta, que no se previó en su momento, y que se está intentando resolver por parte de los poderes públicos en base a las competencias soberanas de los estados. Como hemos indicado, nos encontramos ante una pandemia, que estamos asimilando de forma sobrepasada y sin experiencia previa. Desde el punto de vista económico, esta situación está dando lugar a una economía paralizada, que ha venido a romper nuestras vidas programadas. Se ha producido una ruptura respecto de nuestro modelo de desarrollo, basado en la competitividad y en el desarrollo económico insensible. Con ello nos referimos a una concepción arraigada en el tiempo, que sobredimensiona la economía y sitúa al mercado por encima del protagonismo central de la persona.

Las consecuencias de la pandemia han paralizado la actividad económica y sus efectos son especialmente visibles en el trabajo de las personas. Una vez más, es preciso destacar que la crisis del coronavirus ha venido a poner en cuestión nuestro modelo de economía, muchas veces insensible con los aspectos sociales y éticos ligados al trabajo de las personas. La crisis del Covid-19 va transformar nuestro modelo de convivencia social y las bases de nuestro Estado del Bienestar. Estamos viendo como las respuestas de los estados son dispares ante un desafío global, que se traduce en una pandemia histórica, como consecuencia de la rápida e intensa propagación del virus que nos está afectando.¹

Sin duda, se trata de una situación incierta, que nadie previó en su momento, y que estamos intentados asimilar, dando respuestas desde la perspectiva de la soberanía de los estados nacionales. Se está afrontando una situación de pande-

1 Por ello, se insiste en formular un planteamiento respecto a la situación, que presupone una respuesta reactiva frente al estatus quo, en la medida en que la política debe estar al servicio de la situación en un contexto ciertamente excepcional (Vallespín, 2020, p. 1).

mia sanitaria, cuya respuesta está siendo precipitada y desbordada por los acontecimientos. La situación requiere medidas de compensación ante una economía paralizada, que ha venido a romper la dinámica de las relaciones mercantiles y laborales, resintiendo la competitividad y el desarrollo económico. En el caso de España, se contaba ya con una información de referencia relativa a las experiencias de China e Italia, pero en nuestro país, como ha sucedido en otros países como Estados Unidos, Brasil, México o el Reino Unido, se ha tardado mucho en reaccionar, a pesar de ya conocer los efectos de la enfermedad en las personas, en la convivencia social y en las relaciones socioeconómicas. A pesar de ello, debemos subrayar, como idea general esencial, que la respuesta no puede recaer única y exclusivamente en los estados nacionales. Efectivamente, se precisa la conjunción de la comunidad internacional, avanzando en medidas coordinadas de protección social, en el ámbito del trabajo y de la salud pública para atender a esta pandemia global.

Desde el punto de vista económico, la situación nos remite a un contexto actual adverso y a un futuro sumamente incierto. Las consecuencias futuras de la crisis van a ser profundas y tendrán un alto coste, dada las consecuencias y la magnitud de la epidemia que está sobrepasando las predicciones iniciales.² La crisis del coronavirus ha puesto en evidencia que la globalización no ha funcionado y que es preciso reformular su acción en un mundo global. Ello requiere un nuevo papel proactivo de los estados nacionales y una mayor coordinación de la acción institucional de los organismos internacionales. Por tanto, la respuesta no debe ser reactiva, sino proactiva. Por otro lado, la actual crisis global necesita asimismo de la ayuda de los mercados. Dichos mercados tienen ahora que ser solidarios, sobre todo, desde el punto de vista de la ayuda y la promoción del crédito a los estados y al propio sistema económico. En este sentido, y respecto de la ayuda a los estados, se precisa la asistencia de las organizaciones internacionales competentes en la materia, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial. Por parte de los estados nacionales, la actual situación demanda un cambio drástico en la orientación de las políticas presupuestarias, debiendo contemplarse nuevas

2 En este sentido, se ha indicado que la actual pandemia tiene un carácter extraordinario, pero no hay que olvidar que entraba dentro de las previsiones científicas. Desde el punto de vista de su carácter extraordinario, la crisis ha afectado al “normal funcionamiento de la economía mundial y de la sociedad en su conjunto sino porque su potencial para romper con un modo de hacer, pensar y ser que, durante la mayor parte de la historia, ha tenido como premisas la explotación, deslocalización y marginación de las personas vulnerables” (Van Ho, 2020, pp. 2-3) [<https://bit.ly/2Xu8hlo>]. Desde esta perspectiva, el autor sostiene la necesidad de remover los actuales modelos de funcionamiento de la economía y de los mercados, así como abordar una reorientación drástica de las políticas legislativas.

medidas y beneficios fiscales. Se requiere una orientación del gasto público hacia el fortalecimiento de los sistemas de salud, previendo la garantía del acceso a la población a los ingresos vitales, así como el incentivo económico para conseguir una necesaria reactivación económica. Por ello, es especialmente importante avanzar en los aspectos sociales, fomentando un contexto que permita una recuperación sostenible, sin descuidar la inclusión social de los colectivos más desfavorecidos por esta crisis humanitaria.

Recientemente, hemos tenido determinadas experiencias de combate de la crisis financiera de 2008. Sin embargo, la situación actual es totalmente diferente y va a demandar nuevas medidas económicas y sociales. Estas medidas no deben descuidar las variables esenciales de una política social en el ámbito laboral y de la protección social. Nos referimos especialmente a las medidas de protección de los trabajadores en el trabajo, el fomento de la actividad económica y del empleo posteriormente a la crisis, la tutela del empleo existente y, especialmente, la atención a las personas más vulnerables. Concretamente, es preciso indicar que la situación requiere el despliegue de medidas especiales de protección de la salud y de la seguridad en el trabajo para proteger a los trabajadores que actualmente prestan servicios, muy especialmente respecto del personal sanitario, así como respecto de aquellas personas que prestan servicios esenciales. Evidentemente, son colectivos de primera atención debido a que su régimen de actividad laboral no se puede interrumpir y están más expuestos a las situaciones de contagio laboral y a la incapacidad temporal en el trabajo.

Todo ello supone la necesidad de desplegar institucionalmente un conjunto de medias orientadas a la tutela del empleo, unido a subsidios financieros y fiscales, especialmente orientados a las pequeñas y medianas empresas. Desde el punto de vista de la protección social, la situación va a generar una presión inusitada sobre los sistemas públicos de seguridad social. Se debe atender la situación actual con ajustes específicos en los sistemas de seguridad social, prestando especial atención a la cobertura y a la adaptación de la protección social a un momento excepcional de crisis humanitaria.

La situación actual derivada de la crisis del coronavirus nos obliga a plantearnos cómo hemos llegado hasta aquí. Por ello, conviene referirnos sucintamente al precedente de la primera pandemia del siglo XXI, que fue ocasionada el Sars. Dicha crisis sanitaria se desarrolló durante los años 2002 y 2003. Se trataba efectivamente del primer gran virus impulsado por la globalización. Dicha epidemia duró un año y ocho meses, contagiando a ocho mil personas infectadas y causando en torno a ochocientas mil muertes. Estas cifras no son comparables con

los datos derivados del contagio y del índice de mortalidad del Covid-19. Con todo, conviene indicar que se siguen aplicando los mismos medios rutinarios de evitación del contagio de la enfermedad. Nos referimos a las cuarentenas y a las medidas de aislamiento social, que se están proyectando como recetas básicas en el ámbito laboral. Como indican los científicos, estas medidas son los instrumentos más eficaces por ahora y a la espera de la ansiada vacuna. No hay otras formas alternativas de combate del virus más efectivas.³

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha subrayado la necesidad de aplicar medidas de confinamiento de las personas, reduciendo al máximo el recurso de las personas de abandonar sus hogares para ganarse la vida en la denominada economía informal. Los efectos derivados del confinamiento obligatorio y de las fórmulas de restricción de la movilidad de las personas, de los bienes y los servicios, hace que el motor económico impacte irremediablemente en los mercados de trabajo. El proceso de desaceleración económica va a desembocar desde una perspectiva global en un aumento exponencial del desempleo. En concreto, dicho panorama va a afectar en la situación de las personas trabajadoras más vulnerables, así como en aquellas cuotas de empleados que mayor sensibilidad presentan ante la precariedad y la disminución de sus ingresos. En los últimos tiempos ha proliferado de forma intensa el colectivo de los trabajadores pobres, como figura emergente derivada del modelo actual de libre mercado, en el que se difuminan los controles sociales.⁴

En la epidemia del Sars los científicos reconocieron la suerte que se tuvo en su momento en la contención de la propagación del virus. No obstante, se alertó sobre la conveniencia de trabajar de forma programada con el fin de evitar en el futuro próximas pandemias, como la que ahora vivimos con el Covid-19. En esta ocasión no se ha podido contener la propagación del virus porque las personas infectadas se contagian antes de tener síntomas aparentes. Con el Sars las personas infectadas solamente se contagiaban cuando se hacían visibles los síntomas, lo

3 Otra forma de combatir un virus invisible, como es el Covid-19, es el seguimiento automático de las personas infectadas. Ello es posible gracias al recurso al seguimiento de las personas a través de los móviles, en virtud de las aplicaciones de geolocalización por GPS. Dicho mecanismo de seguimiento permite calcular las personas con las que tuvo contacto una persona contagiada por el virus y con ello saber a cuántas personas ha podido igualmente contagiar. Sin duda, se trata de una medida especial que incide en la privacidad y en la libertad de movimientos de las personas. Con todo, se trata de una medida eficaz, que se recomienda su aplicación de forma transitoria, al suponer temporalmente una cesión de derechos en contextos extraordinarios.

4 A efectos de profundizar en la figura de los trabajadores pobres en los sistemas de relaciones laborales, se recomienda el estudio de los siguientes trabajos de investigación (Marx – Nolan, 2013, pp. 99-ss; Rodríguez-Piñero, 2009, p. 5-ss).

que permitía a través de la fiebre controlar los contagios por los simples tests de termómetro. De este modo, se podía evitar la expansión del virus por los ingresos hospitalarios preventivos y por la activación posterior de las cuarentenas.

En la actualidad, el Covid-19 puede estar activo y latente durante varios días, incluso semanas, sin manifestar síntomas evidentes en las personas afectadas. Durante esta fase el virus se puede diseminar de forma dinámica y expansiva. Ello supone la rápida expansión del virus, dando lugar a las posibilidades de un contagio global y masivo. Por ello, la OMS ha calificado la situación actual como extrema, elevando la alerta por el Covid-19 al más alto nivel sanitario en todo el mundo. En su momento, la OMS advirtió, con motivo de la epidemia del Sars, que no estábamos preparados para una pandemia vírica y que los efectos podían ser de hondo calado. Precisamente en 2019, en un informe mundial, se resaltaba la falta de medios para luchar contra una pandemia vírica respiratoria de rápida expansión. Históricamente podríamos remontarnos a los efectos que tuvo la gripe de 1918 en la salud de las personas. La enfermedad afectó a un tercio de la población del mundo, causando la muerte a cincuenta millones de personas. Actualmente, se estima que con la población mundial actual, la propagación es mucho mayor, pudiendo causar una pandemia con efectos mortales de cuatro veces más intensidad.

Con todo, se entiende que la propagación del virus dará lugar a una situación de contagio del sesenta por ciento de la población. Como decimos, las medidas de aislamiento son esenciales y están orientadas a que esta infección no se produzca de forma súbita. El aislamiento y la desmovilización social permite controlar la propagación del virus y con ello hacer que el contagio se realice forma lenta y progresiva. Esta situación deseable consigue evitar el colapso de los hospitales y garantizar la eficacia de los sistemas de salud. Las medidas de aislamiento son tan importantes que se estima han podido salvar a unas veinte mil vidas en España y a casi ochenta millones de persona en el mundo en la primera fase de la epidemia. Sin duda, ello demuestra que el aislamiento social sigue siendo la mejor arma para evitar los contagios, así como la forma más eficaz para frenar la expansión del virus. Esta situación se ha convertido en el paradigma de actuación en salud pública, que se ha aplicado intensamente en el conjunto de los sistemas nacionales de relaciones laborales. Estas medidas preventivas darán lugar a nuevas formas de relación en el trabajo y en la sociedad, maximizando la perspectiva preventiva de los riesgos derivados del contagio del virus.

La situación anteriormente descrita se mantendrá en el tiempo hasta que se consigan los tratamientos médicos y las vacunas orientadas a combatir el virus. Con carácter general, se estima que no se alcanzará la vacuna aplicable al Co-

vid-19, y no se podrá utilizar desde el punto de vista sanitario, hasta la próxima oleada del coronavirus. Por todo ello, resulta esencial fomentar la investigación y reforzar los sistemas públicos de salud, ya que todo ello supone un coste menor que afrontar el fuerte impacto derivado de una nueva crisis humanitaria y económica. La prioridad en el futuro va a ser la inversión pública y privada en la investigación, reformulando los sistemas públicos de salud desde el punto de vista de su eficacia sanitaria.

III. El papel de la OIT ante la crisis global en el empleo: efectos de la crisis del coronavirus en la economía y en el mundo del trabajo

La pandemia ha paralizado la actividad económica y sus efectos son especialmente visibles en el trabajo de las personas. Una vez más, es preciso destacar que la crisis del coronavirus ha venido a poner en cuestión nuestro modelo de economía, muchas veces insensible con los aspectos sociales y éticos ligados al trabajo de las personas. Efectivamente, el virus ha venido a demostrar la fragilidad de un sistema económico, que en muchos casos se muestra artificial y desconectado de la propia realidad social. Se trata de una crisis, que no puede tratarse como una mera situación de apoyo a una coyuntura económica adversa, puesto que no encontramos ante situación humanitaria. En esta situación es ciertamente importante recurrir a la acciones desarrolladas por la OIT. Ciertamente la OIT tiene un especial rol en esta situación de urgencia y dispone de instrumentos para desarrollar adecuadas políticas laborales y sociales de combate a la pandemia. Con carácter general, tenemos los instrumentos internacionales básicos, Convenios y Recomendaciones,⁵ que marcan un importante camino a seguir en cuanto al trabajo digno y la justicia social, así como el recurso a los códigos de conducta, guías y manuales de interpretación de los estándares laborales internacionales. Precisamente ahora, en esta situación de emergencia, la OIT debe focalizar su acción en dar respuestas e índices de tratamiento de una situación ciertamente compleja.

La OIT considera que, al menos, entre 8,8 y 35 millones de personas más se encontrarán próximamente en situación de pobreza laboral en todo el mundo.

5 Efectivamente, las normas internacionales del trabajo tienen su especial virtualidad en una situación de pandemia con efectos laborales y sociales. La normativa internacional ofrece un marco general de eficacia, que permite mostrar el camino a seguir desde el punto de vista del trabajo decente. Dichas normas ofrecen a las personas que están trabajando, o las que están en estados de necesidad, una protección mínima ante una situación drástica de emergencia. Esta situación difícilmente se puede asimilar y afrontar sin mecanismos sociales compensadores.

Esta afirmación se ha realizado en un informe institucional con fecha de 18 de marzo de 2020. Se trata de un informe de seguimiento, que monitorea la situación presente y que se actualiza progresivamente. Con carácter general, se sostiene que la actual crisis podría aumentar profundamente el desempleo desde una perspectiva global. En este sentido, se tienen en cuenta distintas variables, que se refieren a distintos escenarios formulados en forma de hipótesis en relación a los efectos sociales del Covid-19. Sin duda, esta situación afectará al crecimiento económico mundial. Consecuentemente, dichas estimaciones prevén un aumento drástico del desempleo mundial de entre 5,3 millones, en un escenario más prudente. En cambio, dicha previsión se agrava, llegando a 25 millones en la hipótesis más pesimista, que tienen en cuenta su proyección sobre una población base de 188 millones en 2019. Esta situación de pérdida masiva de empleo está dando lugar ya a grandes pérdidas de ingresos para los trabajadores.⁶ Ello se debe a las reducciones salariales, a las pérdidas de empleos o las situaciones ligadas al acceso a las prestaciones sociales o a los subsidios económicos en caso de necesidad.

Ante esta situación, Guy Ryder, Director General de la Organización Internacional del Trabajo, ha venido a destacar que la pandemia del coronavirus no es únicamente una crisis sanitaria, sino que se presenta igualmente como una crisis de carácter social y económico.⁷ Efectivamente, el sistema económico se ha mostrado vulnerable ante los efectos de la propagación del virus. Precisamente, una de las prioridades es la atención inminente a los grupos sociales más vulnerables respecto de las consecuencias económicas de la pandemia. Precisamente la OIT ha abogado por la adopción de medidas urgentes, que se implementen a gran escala y de forma coordinada.⁸ Dichas medidas tienen que tener como objetivo esencial la protección de los trabajadores en el trabajo, el fomento de la economía, la defensa

6 Con carácter general, se considera que las pérdidas económicas se mueven aproximadamente entre 860.000 millones de dólares y 3,4 billones de dólares a finales de 2020. Sin duda, el efecto directo de esta situación se traduce en una caída drástica en el consumo de bienes y servicios. Evidentemente, la crisis social tendrá unos efectos directos en la crisis de las empresas en un panorama económico adverso.

7 En este sentido, cabe destacar la proyección de la acción multilateral como medio de combate internacional contra la crisis del coronavirus (Ryder, 2020, p. 1). Precisamente, podemos destacar los primeros trabajos realizados en Cumbre virtual extraordinaria del G20 sobre la respuesta al Covid-19, que se celebró el 26 de marzo, en un primer intento internacional de poner en marcha una respuesta conjunta y coordinada ante la crisis sanitaria.

8 Evidentemente, nos encontramos ante una situación excepcional que debe afrontarse con medidas de apoyo de todo tipo. En este sentido, la OIT hace referencia al desarrollo de medidas de urgencia, a gran escala, que deben ser coordinadas en base a tres pilares: “proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo, estimular la economía y el empleo, sostener los puestos de trabajo y los ingresos” (Servais, 2020, p. 3).

del empleo, la conservación de los actuales puestos de trabajo y la garantía de ingresos mínimos de subsistencia. Sin duda, estamos ante un objetivo sumamente ambicioso, que supone la ampliación de la protección y el apoyo decidido al empleo. En concreto, estas soluciones dan lugar a las suspensiones de los contratos de trabajo, las reducciones temporales de jornada, el recurso a las vacaciones pagadas anticipadas y un amplio despliegue de los subsidios económicos para las personas en situación de exclusión social. Todo ello conjugado con el desarrollo de ayudas financieras, así como mecanismos de desgravación fiscal orientados a las microempresas y a las pequeñas y medianas empresas.

IV. Los desafíos internacionales de la crisis global en el mundo del trabajo

La pandemia no es solamente una crisis sanitaria, sino que los efectos sociales y económicos son sumamente intensos y complejos. Las consecuencias de esta crisis se irán observando con el tiempo, debiendo progresivamente analizar la intensidad de sus efectos, aplicando nuevas medidas de carácter económico, de protección del empleo y de la actividad productiva. La OIT estima que hasta veinticinco millones de personas podrían perder sus empleos, produciéndose una pérdida de ingresos de los trabajadores que puede alcanzar la cifra de tres millones cuatrocientos mil dólares. Ciertamente, se trata de estimaciones, que irán variando seguramente con el paso del tiempo y que incluso sus consecuencias pueden ser mayores. Con todo, lo que si podemos afirmar es que nuestros sistemas de relaciones laborales no estaban preparados para una situación como esta, al tener las empresas que cesar en sus actividades, con independencia de su tamaño o del ámbito normal de actividad productiva. Los efectos son evidentes, comenzando por la reducción del tiempo del trabajo, la suspensión de los contratos o incluso el despido de los empleados debido a causas de fuerza mayor o por motivos empresariales. Se trata de medidas que se aplican cuando el trabajo a distancia no se muestra como una modalidad de prestación laboral posible, que permite conciliar las situaciones de confinamiento profesional con el desarrollo del trabajo.

De igual modo, se debe prestar especial atención a la protección de la continuidad de las empresas, como medida orientada a salvar en el futuro el empleo previamente generado e impedir durante la epidemia el recurso automático a los despidos. Este objetivo es esencial, máxime ante un contexto de plena incertidumbre y que se nos presenta con esperanza como una situación coyuntural. El problema es precisamente cuánto tiempo durará esta situación temporal y qué

efectos tendrá en nuestra economía y en el mercado de trabajo. En relación a la protección del tejido industrial, y en concreto de las empresas, se muestra especialmente importante el recurso a las políticas fiscales. Estas políticas permiten contener los costes empresariales de forma transitoria, así como afrontar próximamente un programa de inversión pública para generar un ciclo expansivo de creación de actividad económica.⁹ En efecto, estas serían medidas adecuadas para evitar la proyección de una temida recesión, que sin las medidas públicas precisas daría lugar a una situación prologada de crisis económica en el tiempo.

Desde el punto de vista de las personas que están trabajando, no cabe duda que deben potenciarse especialmente las medidas de protección laboral. Se requiere una protección efectiva del personal que presta servicios en los denominados servicios esenciales, tales como el personal sanitario, los trabajadores de los transportes, las comunicaciones, los abastecimientos, etc. Dichos colectivos tienen en común su quehacer diario. Estos trabajadores prestan servicios en beneficio de la comunidad y arriesgan en esa labor su propia salud y, en muchos casos, sus vidas. Son esenciales las medidas de prevención de riesgos laborales que afectan a la salud de los trabajadores. Se trata de un nuevo contexto para la aplicación del deber de prevención del empresario. Ciertamente, la situación ha sumido en cierta sorpresa la gestión excepcional de la política de prevención de riesgos laborales, lo que ha provocado la aplicación de nuevos equipos de protección individual, por medio de máscaras, guantes de protección, medidas higiénicas excepcionales, sistemas respiratorios, etc. Con carácter general, la OIT recomienda la adopción de medidas informativas especiales para los puestos de trabajo con riesgos y ello según las actividades laborales desarrolladas.¹⁰ Sin duda, se han intensificado las obligaciones de limpieza y desinfección de espacios de trabajo, así como la ventilación de los mismos. Como ocurre en Argentina y en Brasil, se ha previsto la suspensión de la obligación de realizar reconocimientos médicos, o como en Chile que se ha permitido la posibilidad de ausentarse del trabajo en casos de riesgo grave e inminente.

9 Se necesitan medidas institucionales de protección y de estímulo económico, como vía para asegurar el tejido empresarial y los ingresos económicos de los trabajadores. En este objetivo deberá estar presente el diálogo social con los agentes sociales, organizaciones empresariales y sindicales, que de forma consensuada busquen las medidas más adecuadas para proteger a las personas y a las empresas. De este modo también se protegen los puestos de trabajo. Estas medidas suponen el recurso a nuevas subvenciones y ayudas, así como el acceso al crédito oficial para empresas y trabajadores autónomos, facilitando el apoyo financiero a las empresas a través del sistema bancario.

10 En este sentido, téngase en cuenta el siguiente estudio institucional. Vid. International Labour Organisation, ILO Monitor 1st Edition “COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses 18 March 2020”, 18 de marzo de 2020. [bit.ly/3a5ckqG]

Ciertamente, la defensa de los puestos de trabajo y del empleo generado cobra un especial protagonismo. El recurso a las suspensiones de los contratos de trabajo por causas de fuerza mayor se convierte en la medida ideal, siempre acompañada de mecanismos de protección social en virtud del desempleo o por subsidios económicos asistenciales en caso de necesidad. Igualmente, otra línea de defensa del trabajo se manifiesta a través de la limitación del recurso al despido, ya sea en su versión más rígida, prohibiendo los despidos, o con fórmulas más flexibles penalizando económicamente el recurso a los mismos. Desde esta perspectiva, y en el ámbito de la OIT, cobra especial sentido el recurso al Convenio (núm. 158) de la OIT, 1982. Dicho instrumento internacional ordena el régimen internacional de aplicación de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Con carácter general, se prevé que no se extinguirá la relación de empleo de un trabajador “a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Desde esta perspectiva, los trabajadores deben contar con un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, con una indemnización adecuada, salvo en aquellos casos en que dicha extinción se deba a un incumplimiento grave del empleado. En cualquier caso, y a efectos de la situación actual, es importante destacar que el Convenio 158 contempla que la ausencia temporal al trabajo basada en razones de enfermedad o debido a una lesión no deberá suponer una causa justificada de despido (artículos 4 a 6 y 11).

270

De igual modo, el teletrabajo, que no estaba difundido masivamente, ha permitido soluciones concretas en determinados ámbitos. Sin duda, el teletrabajo permite posibilidades para que determinados trabajadores puedan seguir trabajando, sin exponer con ello su salud y, a su vez, se presenta como una fórmula que asegura a las empresas mantener su actividad durante la crisis. Con todo, esta modalidad de teletrabajo tiene que tener también en cuenta la nueva situación actual generada por el confinamiento de las personas y, por tanto, esta situación debe permitir la posibilidad de consensuar la aplicación de teletrabajo manteniendo un adecuado equilibrio entre el trabajo y las responsabilidades familiares tendentes al cuidado de los hijos, enfermos y personas mayores que convivan en el hogar familiar.

La situación de pandemia ha venido a empeorar la situación de pobreza en muchas capas de la sociedad y generar así nuevas situaciones de exclusión social, derivado de la desigualdad ante la exposición a la crisis. Ciertamente, el combate de la pobreza se manifiesta como un objetivo esencial en un Estado Social y se evidencia ante esta crisis como un obstáculo efectivo a la prosperidad de la socie-

dad. Sin duda, todo ello va a demandar por parte de nuestros poderes públicos nuevas políticas sociales que intenten revertir la situación en los próximos años. Se necesitan medidas de apoyo social para los más desfavorecidos ante los efectos de la epidemia y sus consecuencias económicas. La OIT recuerda en su informe que el desarrollo de una adecuada política fiscal y monetaria es esencial, fomentando préstamos y auxilios financieros en los sectores sociales más castigados por la crisis. El peligro de una crisis humanitaria, laboral y social es el aumento de la desigualdad, que afecta desproporcionalmente a determinados segmentos de la sociedad. Ello repercute especialmente en los denominados trabajadores precarios, así como en aquellos colectivos que encuentran mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo (jóvenes, los trabajadores de edad, las mujeres y los migrantes).

Desde la perspectiva de la protección social, cabe destacar el aumento sin precedentes del recurso a la protección por desempleo, aunque sea en su modalidad de desempleo temporal. Esta situación va a suponer un elevado coste para la financiación de los sistemas públicos de seguridad social. La protección por desempleo es esencial para asegurar que las personas lleguen a final de mes con ingresos suficientes para subsistir, lo cual será especialmente importante para los trabajadores más vulnerables.¹¹ Ello tendría que tener una respuesta paralela para los trabajadores por cuenta propia, así como para los empleados a tiempo parcial o que prestan sus servicios con contratos temporales. De todos modos, se trataba de una solución que no estaba al alcance de todos los trabajadores y de todos los sistemas de seguridad social. Precisamente, antes de la epidemia del coronavirus se trataba de una protección todavía en fase de efecto de expansión y de cobertura adecuada para los trabajadores. Se estima que antes de la crisis solamente uno de cada cinco trabajadores en el mundo tenía acceso a una protección por desempleo.

Finalmente, conviene subrayar que la OIT ha venido a resaltar la necesidad de afrontar la situación institucionalmente en virtud del diálogo social. En esta situación el entendimiento es calve. Es esencial el mantenimiento de un diálogo social activo entre las autoridades gubernativas, las asociaciones empresariales y sindicales. Asimismo, este diálogo debe desarrollarse en el ámbito de la empresa, donde debe estar presente el entendimiento y la flexibilidad entre empresarios y representantes de los trabajadores. Todo ello supone un contexto ideal que per-

11 Ciertamente, la conexión entre trabajadores vulnerables, pobreza y situaciones de necesidad es una variable ciertamente conocida y puesta de manifiesto muy especialmente en situaciones de crisis económica (Rodgers, 2013, p. 7; Gómez – Isorni - Saber, 2000, pp. 7-9; Benencia, 2006, pp. 83-114).

mite estimular la confianza y se manifiesta como un apoyo necesario en la actual crisis.

V. Las principales medidas laborales y de protección social adoptadas por los estados nacionales: la protección del empleo y la atención a las situaciones de necesidad

Desde el punto de vista de las medias nacionales, se han venido aplicando diversas fórmulas tuitivas para hacer frente a la emergencia sanitaria. Con carácter general, se ha fomentado la protección de la población trabajadora de los riesgos a la salud. De igual modo, se ha favorecido la continuidad de la actividad económica, acompañando la paralización de la economía con una actividad residual esencial. Todo ello supone un efecto descomunal en el mercado de trabajo, en el conjunto de las relaciones laborales y en los mecanismos de protección social. Esta situación demanda una acción ingente de los estados, que deben mostrarse como la pieza primera y esencial de lucha contra la epidemia ante los efectos sociales de la crisis. Se trata de una situación de garantía de situaciones y de prestaciones sociales, que tiene como fin la protección de la vida, la salud y la dignidad humana.

272

Las medidas laborales básicas se han asegurado mediante la protección del empleo mediante la estabilidad laboral, la viabilidad del trabajo a distancia, el fomento de nuevas medidas de prevención de riesgos laborales, la protección del salario, la flexibilidad del tiempo de trabajo, el acceso a la protección social en situaciones especiales y la aprobación de nuevos subsidios económicos para las personas más desfavorables. Con carácter general, se trata de medidas de diversa intensidad, cuya acción depende de la política desarrollada por los estados. El denominador común ha sido orientar dichas políticas socio-laborales hacia la flexibilidad y la estabilidad laboral en momentos de crisis, permitiendo a las personas mantener sus empleos y, en la medida de lo posible, sus niveles de renta. Son todas medidas provisionales, que intentan conciliar los intereses antagónicos de forma equilibrada. Se ha recurrido a los presupuestos públicos, mediante medidas en muchos casos de carácter asistencial. Sin duda, una de las medidas de protección básicas es desempleo, aunque se trata de una prestación social que no se encuentra actualmente extendida de forma adecuada en el mundo. En efecto, ello supone un evidente hándicap en muchos países que carecen de esta protección, al ser la primera herramienta de lucha en situaciones de emergencia.

En el despliegue de estas medidas cobra un especial protagonismo el diálogo social entre los agentes sociales. El diálogo social llama al entendimiento entre gobiernos, empleadores y trabajadores, en un contexto necesario que demanda consenso como instrumento esencial para poder afrontar la crisis con soluciones efectivas. En este ámbito se requieren medidas necesarias de política económica y social, que se canalizan obviamente mediante las reglas nacionales del trabajo. Sin duda, se muestra la importante función del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como sector del ordenamiento jurídico más sensible con la realidad social. Las normas laborales de tutela y justicia social permiten atender las situaciones sobrevenidas orientadas a la protección del trabajador en situaciones de necesidad, unido al necesario salvamento de la economía y de la empresa. Sin duda, la empresa se muestra como instrumento esencial que asegura el empleo presente y futuro. Efectivamente, esta conjunción de objetivos solamente será posible alcanzarlo en virtud del referido diálogo social y con el buen entendimiento entre los agentes sociales.

A continuación, vamos a realizar un análisis general de las medidas prototípicas aplicadas por los distintos estados nacionales. Se han tomado como ejemplos, las medidas más conocidas aplicadas por determinados países, que han sido difundidas por los cauces oficiales, así como por los medios de comunicación.¹² Conviene advertir que se trata de una mera recopilación, que no es ciertamente exhaustiva y cuyo objetivo esencialmente es apuntar las líneas generales de tendencia global.

VI. Régimen de servicios esenciales y sectores prioritarios en régimen de continuidad

Una vez acaecida la crisis, las medidas sanitarias y laborales adoptadas han tenido como objetivo clave el aislamiento y la desmovilización de los trabajadores, cuando su actividad laboral puede suponer una vía de contagio y propagación del virus. Paralelamente, se han previsto las actividades y el régimen de actividad empresarial que continuaría prestando servicios, en atención de la relevancia social de su actividad. Concretamente, se han determinados las actividades esenciales en beneficio de la comunidad, afectando a sectores estratégicos de la económica.

12 En este sentido, podemos destacar algunos estudios que se han hecho eco igualmente de este tipo de medidas laborales y de protección frente a la crisis del Covid-19. A modo de contraste y profundización recomendamos el estudio del siguiente trabajo de investigación (LANTARÓN - SERRANI - FERNÁNDEZ, 2020, pp. 3-ss).

Con carácter general, los servicios serán esenciales en consideración al necesario mantenimiento de los trabajos con proyección social. Se trata, pues, de servicios básicos como la salud, la seguridad, el abastecimiento de servicios y bienes, así como los servicios que permiten el funcionamiento de las instituciones y administraciones públicas. Con carácter general, se consideran actividades esenciales las relacionadas con los servicios financieros y seguros, las telecomunicaciones y los servicios informáticos esenciales, los servicios de asesoramiento y gestoría, notarias y registros, servicios de limpieza y reparación de averías urgentes, centros de acogida de refugiados e inmigrantes, servicios de correos, la distribución y entrega de productos por comercio por internet, así como cualesquiera otras actividades que por su naturaleza tengan la calificación esenciales. Precisamente, en esta determinación oficial de las actividades esenciales, se aprecia claramente el esfuerzo de los poderes públicos por mantener la actividad que ciertamente no puede interrumpirse. En este sentido, podemos poner el ejemplo de Argentina, que ha contemplado una amplia abanico de actividades esenciales y junto con ello ha contemplado medidas de organización de la actividad y, por su parte, con las empresas que no podían mantener su actividad se ha contemplado un sistema de reducción de las cotizaciones sociales con beneficios empresariales.

Efectivamente, la actual situación ha afectado a múltiples sectores de actividad, como la hostelería y el turismo, que se han resentido especialmente ante la parálisis de la actividad económica de los países. Sin duda, esta situación ha repercutido negativamente en las pequeñas y medianas empresas, así como en los trabajadores autónomos. Incluso podríamos decir que los efectos en este ámbito incluso se observaron con carácter previo a la declaración de los estados de excepción, alarma, etc. (según el recurso acogido por cada estado) y, con ello, de las medidas de confinamiento obligatorio y prácticamente generalizado para el conjunto de la población. En este sentido, en Uruguay se ha promovido un programa especial de compensación de los daños sufridos por la pequeña y mediana empresa a raíz de las medidas de distanciamiento y aislamiento social. Con todo, conviene destacar que se trata de daños económicos irremediables, que son el resultado directo de la paralización de la actividad económica a causa del control de la pandemia. Ciertamente, estas situaciones son incontrolables y el grado de incertidumbre es máximo. Por ello, se ha hablado de la presencia de una crisis dinámica, que no sabemos cuánto tiempo va a durar. Así, por ejemplo, en el caso de Corea del Sur la situación de contención y las medidas preventivas se han desarrollado por un plazo máximo de seis meses, objeto incluso de revisión en atención al criterio de las autoridades sanitarias.

VII. La protección del derecho a la salud en el trabajo

En esta situación es preciso desarrollar medidas específicas de prevención de riesgos laborales. Se trata de contemplar medidas adecuadas, en atención a los medios disponibles. Ello debe permitir asegurar la protección de la salud de las personas trabajadoras expuestas al virus. Se trata de trabajadores que continúan en su quehacer ordinario durante la crisis. Esta situación implica la necesidad de evaluar los riesgos laborales ante la exposición a una situación de riesgos en el trabajo por la extensión del coronavirus. En concreto, esta protección especial se proyecta sobre la situación especial de riesgo laboral de naturaleza biológica. Se encuentran, pues, afectados los puestos de trabajo donde existe una situación de exposición directa al virus.¹³ Ello supone una labor de análisis, relativa a la vigilancia y evaluación periódica de los riesgos laborales, valorando el recurso a nuevas medidas de seguridad y salud en el trabajo. Sin duda, es especialmente relevante la provisión de los equipos de protección individual, así como la intensificación de las medidas de higiene y desinfección de los instrumentos de trabajo, de los equipos de protección y, con carácter general, de los lugares de trabajo en su conjunto.

Dada la especial situación de afectación al derecho a salud en el trabajo, cobra especial sentido la implementación de medidas preventivas especiales. La necesidad de aumentar los aspectos preventivos se hace especialmente visible y necesaria en la protección del personal sanitario. Desde esta perspectiva las directrices de la OMS han sido especialmente cuidadosas en relación a la protección de la salud laboral del personal sanitario. Sin duda, un referente es el caso de China, el primer país que sufrió los efectos del coronavirus. En este país se han contemplado directrices concretas orientadas a la prevención y el control de la infección del Covid-19, que se han emitido al conjunto del servicio de salud. De igual modo, conviene destacar la situación de Italia, que fue el primer país europeo en afrontar el reto de la crisis sanitaria. En este país, se contempló institucionalmente un protocolo de acción relativo a la prevención y la seguridad de los trabajadores de la salud, contemplando medidas de asistencia social y servicios sociales.

13 Sobre la importancia de la aplicación de la normativa relativa a la tutela de la salud laboral en las situaciones de exposición a los agentes biológicos durante el coronavirus (MORENO SOLANA, 2020, p. 1).

VIII. Trabajo a distancia y teletrabajo como respuesta al actual modelo actividad laboral

Durante la crisis del coronavirus se ha canalizado la actividad laboral, que se ha podido mantener, en virtud del teletrabajo y el trabajo a distancia. En estos trabajos, que se pueden prestar remotamente, se permite el desarrollo del trabajo a fin de no bloquear la economía. Se trata, pues, de una previsión transversal, que se ha planteado como una solución para el mantenimiento de una importante cuota de actividad en el sector de los servicios.¹⁴ Uno de los aspectos que ha venido a transformar la realidad ha sido la necesidad de recurrir al teletrabajo, cuando ello fuere posible. Este recurso ha transformado y superado el propio principio de voluntariedad en el desarrollo del teletrabajo. La situación de crisis ha venido a fomentar, con carácter general, un régimen de teletrabajo en situaciones anormales. Ciertamente, el trabajo a distancia se muestra como la medida más adecuada en sintonía con el debido asilamiento de las personas para luchar preventivamente contra al Covid-19.

Con todo, el recurso al teletrabajo se ha contemplado como un mal menor. La opción por el teletrabajo tenemos que valorarla caso por caso, mostrándose como una medida ideal y prioritaria en aquellas actividades en la que fuera compatible su desarrollo. Después de los efectos de crisis del coronavirus, nada será igual, y especialmente ello afectará a las relaciones laborales. Sin duda, una de estas manifestaciones se refiere al recurso al teletrabajo, hasta ahora mínimamente aplicado en nuestro país. La actual crisis evidencia la enorme potencialidad de este sistema de trabajo, aunque sea aplicada a través del trabajo a distancia con una conexión más o menos directa y constante con el centro de trabajo. Se ha venido a afirmar la viabilidad de desarrollar el trabajo extramuros del centro de trabajo. Precisamente, se trata de un ámbito de acción que requiere ahora una especial atención. Dicho recurso al teletrabajo se caracteriza en nuestra legislación por la ausencia de un tratamiento normativo específico. El teletrabajo se ordena en España con una regulación genérica, ya antigua, relativa al trabajo a distancia. Efectivamente, este recurso al teletrabajo ha evidenciado la necesidad de valorar

14 Con carácter general, se resalta que si bien es cierto que el teletrabajo presupone el acuerdo entre las partes, en una situación como la actual, las empresas y los trabajadores deben adaptar su modalidad de trabajo para compatibilizar su prestación laboral con el régimen de confinamiento en casa. Por tanto, desde esta perspectiva, no cabe duda que ante una situación extraordinaria, como la que vivimos, es necesario el recurso al teletrabajo como alternativa (ALARCÓN, 2020, pp. 2-3). Precisamente, el autor se pregunta si quizá esta pandemia del coronavirus va a tener como efecto pasar del derecho al teletrabajo a su aplicación obligatoria para los trabajadores.

un nuevo tratamiento normativo del teletrabajo desde el punto de vista de nuestra legislación laboral, así como un nuevo enfoque desde la negociación colectiva. Evidentemente, este nuevo tratamiento normativo del teletrabajo será importante a los efectos de potenciar su recurso y con ello fomentar la ampliación de su protagonismo en la práctica.

La situación actual va a ser un importante precedente para evaluar las posibilidades futuras de desarrollo del teletrabajo, más allá de la situación de la crisis del coronavirus. Hasta ahora el teletrabajo no se había tenido en cuenta, o bien no se había aplicado por una sobrevaloración del trabajo presencial. De igual modo, el recurso a las fórmulas de trabajo a distancia puede suponer un alivio en los costes empresariales relativos al mantenimiento de locales, las infraestructuras y los equipamientos al servicio del trabajo presencial en los centros de trabajo. Todos estos beneficios ligados al teletrabajo conviven junto a los aspectos beneficiosos relacionados con reducción de la movilidad en las ciudades. La proyección masiva del tránsito en las ciudades da lugar a importantes problemas de movilidad y tiene un impacto nocivo desde la perspectiva la contaminación.

Debido al desarrollo del teletrabajo y del trabajo a distancia, se están produciendo importantes consecuencias desde el punto de vista de la protección del derecho a la limitación de la jornada y a la conciliación de la vida familiar y personal de las personas trabajadoras.¹⁵ Se plantea, pues, el problema de la colisión de las nuevas formas de desarrollo del trabajo con el derecho a la desconexión laboral.¹⁶ El recurso al teletrabajo y al trabajo a distancia puede dar lugar a un posible aumento del control de la actividad laboral de los empleados desde el punto de vista organizativo de las empresas. Nos referimos al control remoto a través de los dispositivos personales de los trabajadores, planteándose en este contexto la situación del recurso al derecho a la desconexión digital. Esta situación obliga a que las empresas contemplen medidas de desconexión digital de los trabajadores. El objetivo es evitar que dichas prácticas supongan una limitación de las actividades de los trabajadores fuera de los horarios de trabajo adaptados a la situación atípica pro-

15 En este sentido, es preciso indicar que los trabajadores tienen derecho a reorganizar o reducir su jornada de trabajo, con el fin de poder atender a sus familiares, hijos o mayores. Se trata de una situación especialmente relevante, debido al cierre de los colegios o ante la imposibilidad de recurrir a determinados servicios sociales (Arastey Sahún, 2020, pp. 5-6).

16 Efectivamente, el desarrollo del teletrabajo y el trabajo a distancia debe igualmente planificarse y organizarse adecuadamente con el fin de garantizar el derecho a la desconexión digital. Esta situación es especialmente importante en una coyuntura como la actual, en la que no se tiene experiencia, ni existen precedentes previos en la gestión del trabajo de forma telemática (Gonzalez Tapia, 2020, p. 3).

vocada por la epidemia. Es especialmente importante asegurar la observancia de los períodos de descanso necesario, evitando llamadas fuera de horario, el envío de correos electrónicos intempestivos, reuniones sobrevenidas, etc. Por tanto, se debe procurar no provocar por la aplicación del teletrabajo el incumplimiento de la jornada de trabajo y la inobservancia de los límites básicos del tiempo de trabajo.

Desde el punto de vista comparado, conviene destacar que masivamente los estados han optado por la vía del trabajo a distancia. El teletrabajo es la herramienta esencial de desarrollo de la actividad laboral durante el período de confinamiento. Dicho recurso se ha desarrollado en algunos países con mayor proyección que en otros y se trata de una figura laboral que cuenta con una importante regulación internacional flexible. Desde el punto de vista de las normas internacionales laborales, conviene destacar la proyección del régimen del trabajo a domicilio, regulado en el Convenio núm. 177 y en la Recomendación núm. 184 de 1996 de la OIT.

Con carácter general, podemos poner algunos ejemplos relativos a países de América Latina. Por ejemplo, en Uruguay se han adoptado medidas concretas relativas a la prevención y las funciones inspectoras relativas al trabajo a distancia. De igual modo, se trata de un recurso intensamente acogido en el Perú, donde se ha adoptado un importante protocolo específico sobre el régimen de desarrollo del trabajo remoto.¹⁷ El teletrabajo ha sido igualmente acogido en Estados Unidos, en un país en el que el recurso al mismo, en comparación a su índice de población activa era muy reducido, representando en torno al siete por ciento. En Europa la situación es análoga, aunque ya contábamos con una normativa general relativa al fomento del teletrabajo. En este sentido, podemos destacar la proyección del Acuerdo Marco Europeo, que ha fomentado su recurso. No obstante, en muchos países europeos, como sucede en el caso de España, no se ha recurrido al teletrabajo con gran intensidad y la actual crisis está permitiendo contemplar nuevas posibilidades de gestión del trabajo a distancia.¹⁸

17 Si se tiene interés en contemplar las medidas adoptadas en Perú, igualmente comparadas con las incluidas en los programas de acción de distintos países de Latinoamérica, recomendamos el análisis del siguiente estudio (Mendoza Legoas, 2020, pp. 22-ss). De igual modo, y desde el punto de vista del recurso al teletrabajo, recomendamos el análisis de esta figura como fórmula de evitar una suspensión o, en su caso, un posible despido, que afecta a los trabajadores menos cualificados o empleados temporales (Sánchez Castro, I., pp. 7-ss).

18 Desde el punto de vista del tratamiento de la medida en España. Vid. *Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo Coronavirus*. Ministerio de Trabajo y Economía Social (2020). [bit.ly/3a4WwUO]

Por tanto, el trabajo a distancia y, en concreto, el teletrabajo se muestran como medidas actuales esenciales para evitar el contagio. Esta situación ha fomentado su recurso por los poderes públicos. La medida ha sido especialmente subrayada por la OIT y se ha aplicado con especial intensidad en países como Japón, Italia o España. Igualmente, se trata de una forma de trabajo promovida en Argentina, Brasil, Perú, Chile y Uruguay. En otros países se contempla como medida flexible, como sucede en Colombia o Ecuador. En este último caso, incluso se ha supeditado la aplicación del teletrabajo a la aceptación por acuerdo entre las partes. En España se presente como una medida temporal y extraordinaria que puede adoptarse sin merma de derechos.

IX. Protección en el empleo y estabilidad laboral: solidaridad y protección social

En relación a la protección laboral, la estabilidad en el empleo se ha orientado mediante la suspensión de los contratos de trabajo. Estamos ante una protección del empleo, evitando el riesgo de la empresa ante los impagos de los salarios. Ciertamente, estamos ante el recurso más socorrido y la vía preferentemente acogida durante esta pandemia en el ámbito laboral. La medida de la suspensión de los contratos de trabajo tiene en cuenta la vía de flexibilidad interna por causas empresariales. Esta fórmula se desarrolla en virtud de una interrupción de la relación de trabajo con el fin de asegurar la estabilidad laboral y eludir así una extinción indeseada del contrato trabajo.

Esta figura permite que los trabajadores se puedan beneficiar de la prestación por desempleo temporal, si existe dicha protección en su país, o de otras compensaciones públicas o privadas, éstas últimas a cuenta del empresario de forma coyuntural. Esta vía de protección se ha ampliado con esta crisis. Ello permite proteger al conjunto de los trabajadores, sin pedir estrictos requisitos de cotización previa como tendencia general. Por ejemplo, en España, en los supuestos de recurso al ERTE, por la vía de las causas de fuerza mayor, las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores se benefician de una bonificación del 100 por 100 de las cotizaciones y del 75 por 100 en el caso de que la plantilla sea superior a este umbral de plantilla. De igual modo, y como fórmula de no penalización a los trabajadores, se contempla que las prestaciones percibidas a lo largo del período del estado de alarma no se computen a efectos de desempleo. Por ejemplo, en Italia, el gobierno ha previsto un fondo económico especial para determinados sectores de actividad desprovistos de protección, incluyendo importantes limi-

taciones de acceso a la protección. Esta protección está orientada a fomentar las suspensiones de los contratos de trabajo durante este período extraordinario de emergencia sanitaria.

En América Latina, se prohíbe igualmente el uso de las suspensiones y extinciones contractuales por fuerza mayor, así como en los casos de ausencia o disminución del trabajo. Ello afecta a los despidos sin causa. En Brasil, la figura de la suspensión puede activarse igualmente por acuerdo individual, con una reducción del salario del veinticinco por ciento, sin que sea posible el abono de una retribución inferior al salario mínimo federal. En el caso de Chile, se ha aprobado un régimen especial de protección del empleo, que permite el acceso a una protección específica con prestaciones económicas en virtud del seguro de desempleo. De igual modo, en Colombia el acceso a la suspensión de los contratos de trabajo se realiza recurriendo al acuerdo individual. Ello se une al cierre o suspensión preventiva de las actividades empresariales, con el fin de permitir la suspensión de los contratos por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁹ En Ecuador, con carácter general, se ha previsto que ante la imposibilidad de implementar el teletrabajo se acoja de formal primordial el recurso a la suspensión del contrato de trabajo o a la reducción temporal de la jornada de trabajo. En Perú, igualmente se ha previsto una modalidad de protección concreta desarrollada por la vía de las licencias con goce de haberes, cuando no sea posible el trabajo a distancia. Por último, en Estados Unidos, que normalmente no se caracteriza por la intervención en el mercado de trabajo, la legislación federal norteamericana ha previsto, por primera vez, una prestación económica por situaciones de salud, así como permisos por causa de crisis. Con carácter general, se han ampliado las causas por las que los trabajadores pueden acceder a una licencia temporal en el trabajo.

Estamos, pues, ante una imposibilidad objetiva y sobrevenida, que deberá interpretarse con base y fundamento en el concepto civil de fuerza mayor. Dicho concepto se expresa en la generalidad de los ordenamientos jurídicos y en el ámbito laboral ha tenido tradicionalmente un tratamiento específico.²⁰ Con carácter general, la situación de fuerza mayor se contempla como causa que justifica la suspensión de la prestación laboral en base a un contexto extraordinario. Se ha

19 En relación a las medidas adoptadas en Colombia durante la cuarentena obligatoria y durante la emergencia sanitaria (Carmona Bayona - Restrepo Pimienta, 2020, pp. 31-37).

20 Esta situación de fuerza mayor en el ámbito laboral siempre se ha deducido en contextos atípicos, pero nunca habíamos tenido como referencia una situación de pandemia. En relación a su tradicional contenido de interpretación (Fernández Domínguez, 1993; Ortiz Lallana, 1983; Carrillo Roa, 2012, pp. 59-86).

delimitado expresamente esta situación en países como China, Brasil, España, Italia, etc. La tendencia general ha sido la delimitación del concepto con un amplio margen de flexibilidad, pero intentando contener la cobertura de situaciones ciertamente fraudulentas. La interpretación normal del concepto de fuerza mayor consiste en deducir el recurso a la suspensión por fuerza mayor durante la situación de crisis y, cuando esta situación remita, el ámbito de acción de la suspensión y reducción de jornada se canalizará por la vía de las ordinarias causas empresariales. Se considera la fuerza mayor como un acontecimiento externo, que se proyecta sobre la empresa y que no depende de la voluntad de la misma. Nos referimos a un acontecimiento imprevisible e inevitable, afectando a la propia continuidad de la actividad laboral. Ello afecta a supuestos de fuerza mayor, que permiten los efectos de la suspensión de los contratos y las reducciones de la jornada. La situación se proyecta sobre los casos de suspensión o cancelación de actividades, cierre de establecimientos por falta actividad, restricciones del transporte o debido a la falta de movilidad de las personas o de las mercancías. Tiene, pues, especial relevancia los supuestos de falta de suministros que afectan al desarrollo ordinario de la actividad. Finalmente, también podemos apuntar los supuestos de contagio de la plantilla o las situaciones de aislamiento de los trabajadores de carácter preventivo previstos por las autoridades sanitarias.

X. Prohibición y limitaciones a los despidos por causa de fuerza mayor: promoción de la defensa del empleo

El recurso amplio al trabajo a distancia y la proliferación de los expedientes suspensivos y de reducción de jornada de los contratos de trabajo no ha impedido, sobre todo al inicio de la crisis del coronavirus, la proliferación de las extinciones contractuales. Ello se ha manifestado irremediablemente en la destrucción del empleo. Las medidas de protección del trabajo mediante la restricción de la vía del despido tiene internacionalmente dos frentes, uno relativo a la prohibición de los despidos y otro centrado en su limitación, desincentivado su utilización en una situación de crisis como la presente.

En determinados ordenamientos se ha contemplado la prohibición de los despidos, tanto individuales, como colectivos. Se han prohibido en estos sistemas los despidos por razones económicas durante el período que se desarrolla la situación de emergencia sanitaria. Esta ha sido, por ejemplo, la medida adoptada en Italia, aunque se criticó que dicha decisión se adoptara con cierto retraso. Esta situación no impidió la contención de una importante cuota de destrucción de

empleo. En iguales términos, la prohibición de despedir se contempló en Argentina de forma inminente. En dicho país se ha contemplado la prohibición de los despidos justificados ante la falta o la disminución del trabajo, así como en situación de fuerza mayor durante un período de sesenta días. Durante este período se ha reducido paralelamente las aportaciones de los empresarios a efectos de las pensiones sociales.

En Francia, por ejemplo, se descartó la prohibición de los despidos y se optó por priorizar los incentivos económicos ligados al mantenimiento del empleo. Se trata, pues, de un régimen de apoyo financiado por el Estado con ciertas limitaciones. De igual modo, se ha contemplado la reducción del salario con determinadas limitaciones y siempre no superando cuatro con cinco veces el salario mínimo por hora. Otra fórmula sumamente flexible se ha previsto en Portugal, que no ha contemplado normas de prohibición de despido y se ha aprobado un procedimiento especial y simplificado de despido en situaciones justificadas de forma objetiva.

En otros países se ha optado por limitar los despidos, como ha sucedido en España, excluyendo el recurso a la situación del coronavirus como causa de despido por fuerza mayor o por causas económicas. En este sentido, también se ha previsto la posibilidad de aplicar determinadas exenciones a las cotizaciones sociales, siempre que se mantenga el empleo durante al menos seis meses desde que se reanude la actividad. Con todo, en España no se ha producido técnicamente una prohibición del despido, puesto que las extinciones contractuales pueden seguir practicándose. Ciertamente, si bien se ha intentado orientar en su momento la medida como una prohibición del despido, que se adopta para defender el empleo, la decisión ha debido canalizarse desde el punto de vista de la libertad de empresa y de la necesidad de adecuación a la coyuntura económica. Ello permite considerar el impacto que la situación actual tiene respecto de los costes empresariales y, por ende, se tienen en cuenta los efectos desde el punto de vista económico. En realidad, lo que se ha producido es una penalización económica del recurso al despido, que deberá costear el propio empresario.²¹

21 Con carácter general, se anunció la medida institucional de proteger el empleo en virtud de la prohibición de los despidos relativos a la crisis del coronavirus. Debemos indicar que en estricto sentido no se trata de una prohibición de despedir, sino que estamos ante una penalización del acto de despido. Ello supone considerar automáticamente el despido como improcedente. Por tanto, la decisión empresarial de despido supone aplicar un coste mayor a las empresas, con la indemnización de treinta y tres días de salarios por año de servicio, con el límite de veinticuatro mensualidades. Esta indemnización se aplicaría, pues, en lugar de la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con el límite de doce mensualidades, correspondiente a los despidos por fuerza mayor

XI. La protección del salario y la previsión de beneficios económicos excepcionales en caso de necesidad

Una modalidad concreta de protección se ha producido en virtud de la garantía salarial, así como por la concesión de beneficios económicos. Efectivamente, la situación excepcional ha marcado la necesidad de implementar este ámbito de acción. En Argentina se ha aprobado un programa nacional que contempla una compensación a las pequeñas empresas afectadas por la crisis. Estas empresas adicionalmente se benefician de reducciones en las obligaciones económicas con la Hacienda y la Seguridad Social. De igual modo, como medida de tutela, se prevé un subsidio compensador de parte del abono empresarial de los salarios de sus trabajadores. En Europa, podemos destacar el ejemplo de Francia, que permite a las empresas pagar una prima de mil euros libres de impuestos, que podrán disfrutarse si continúan su actividad presencial.

En América Latina se ha contemplado medidas específicas de garantía de las percepciones salariales e ingresos mínimos subvencionados. En Brasil, se han contemplado medias en beneficio de los colectivos más vulnerables, anticipados el abono del salario correspondiente a junio. De igual modo, se han pagado bonificaciones a los trabajadores informales y autónomos. En caso de contagio por efecto del coronavirus, la Seguridad Social asume el abono de los primeros quince días de la licencia por enfermedad. En beneficio de las empresas, se ha previsto una relación de las cargas patronales, en vista de asegurar la capacidad financiera de las empresas para garantizar el percibo de los salarios. En Chile se han reducido durante la crisis las asignaciones de movilización, debido a la ausencia de desplazamientos. Se ha permitido la reducción de los salarios de aquellas personas que no asisten al trabajo. Por su parte, en Colombia se ha fomentado el recuso a los permisos retribuidos, así como la concesión de salarios sin prestación de servicios, que posteriormente serán compensados económicamente.

Un comentario especial requiere la situación del Perú, donde se ha optado por compensar la falta de ingresos a cuenta del ahorro particular de determinados sistemas previsión social. En Perú, y como medida para evitar la reducción desproporcional de los salarios, el gobierno ha previsto que los trabajadores puedan

y por causas económicas. La medida es temporal y de contención del desempleo. Se intenta, pues, frenar el efecto de la caída de las altas en la Seguridad Social, por medio de los despidos individuales de empleados fijos, así como la resolución de los contratos temporales. De igual modo, conviene destacar como medida defensiva del empleo, la obligación de las empresas de soportar el coste de la plantilla, teniendo prohibidos los despidos durante los seis meses por el hecho de haberse acogido a una suspensión de contratos de trabajo con prestaciones por desempleo.

realizar el retiro de los fondos de las denominadas CTS (sistema de compensación por tiempo de servicios), que se trata de una modalidad de ahorro en caso de pérdida de empleo. De igual modo, se contempló la posibilidad de liberar fondos de las cuentas individuales de ahorro para aquellas personas que tenga fondos previsionales en el sistema privado. Ciertamente, se trata de medidas de penalización del ahorro particular. En gran medida se trata de una respuesta ante una situación insuficiente de protección social en el Perú.

XII. La ordenación del tiempo de trabajo y de descanso ante la situación de aislamiento y movilidad restringida

La ordenación del tiempo de trabajo se presenta como un ámbito de acción concreto, que ha sido tratado especialmente con motivo del Covid-19. El recurso a la adaptación de la jornada y de los tiempos de descanso permite compensar el daño de la crisis en la actividad empresarial y, consiguientemente, en el empleo. De este modo, se ha permitido concretamente la adaptación del trabajo a través de la distribución irregular de la jornada de trabajo, haciendo uso de una reconfiguración de la reducción de jornada temporal o adaptando los sistemas de turnos de trabajo. Con carácter general, podemos destacar la posibilidad de alterar sobrevenidamente el período de disfrute de las vacaciones, con el fin de que el asueto anual se disfrute durante esta situación de crisis. Esto ha sucedido en países como China o Uruguay, donde también se ha contemplado la posibilidad de diferir el momento de disfrute de las fiestas laborales futuras. En cambio, en Italia la decisión de afectar al período de vacaciones se ha adoptado con ciertas cautelas, realizando esta posibilidad como una mera recomendación a las empresas. Se fomenta, pues, tanto en el empleo público, como en el privado, a que tanto las vacaciones como los permisos se disfruten en esta coyuntura de crisis. Se trata de una medida que intenta evitar el recurso a las suspensiones de la relación laboral reduciendo el gasto social, así como vía que desincentiva el despido.

Siguiendo con el tema del recurso a las vacaciones como mecanismo de compensación, podemos destacar algunas otras experiencias internacionales. En Brasil se ha previsto el adelanto de las vacaciones unilateralmente a disposición del empresario, pudiéndose adoptar la medida con un preaviso de cuarenta y ocho horas. Cuando se recurra a esta fórmula de vacaciones al menos se deberán conceder cinco días de asueto, en cuyo caso se pagará el salario de las vacaciones. Se puede diferir el abono de las vacaciones hasta el mes siguiente posterior al disfrute del descanso. De igual modo, en Colombia se ha previsto la posibilidad de rea-

lizar una programación de vacaciones anuales de forma anticipada y que puede adaptarse individual o colectivamente. En Perú, se ha producido un tratamiento en especial del adelanto de las vacaciones. El descanso anual se puede conceder durante la cuarentena obligatoria, medida que ha sido muy criticada por ser una solución extrema, a pesar del contexto de excepcionalidad en el que se enmarca. En cualquier caso, dicha medida es residual respecto del recurso al trabajo remoto. Con todo, es preciso destacar la desnaturalización de la figura de las vacaciones unidas a este período de pandemia. Ciertamente, ello tiene como fundamento la situación de emergencia que vivimos, pero se trata de una figura que difumina la función esencial de las vacaciones, que está ligada al descanso anual. La imposición del momento de disfrute de las vacaciones priva al trabajador de su efecto recuperador y se aleja de su fundamento de atención a la salud laboral, la familia y el debido tiempo de asueto y ocio de la persona.

Respecto de la adaptación de la jornada de trabajo, podemos citar los supuestos de reducción de la jornada y la previsión de turnos de trabajo adaptados.²² De este modo, se reduce el número de trabajadores que se emplean efectivamente, con el fin de observar las medidas distanciamiento social en el centro de trabajo. Desde el punto de vista de la jornada de trabajo, podemos citar el caso de Alemania que contempla la posibilidad de reducción especial del tiempo de trabajo con el consentimiento del trabajador o de sus representantes. La reducción de la jornada de trabajo puede alcanzar hasta cero horas entre el 1 de abril y el 31 de octubre, pudiendo percibir el empleado el sesenta y siete o el sesenta por ciento de salario neto, en función de si tiene hijos o no. En Chile se ha permitido a los convenios colectivos la posibilidad de reducir la jornada de trabajo hasta un cincuenta por ciento, condicionado al acceso efectivo a las prestaciones por desempleo. De igual modo, se puede recurrir a las vacaciones colectivas abonadas, pero sometido a determinadas limitaciones. Por ejemplo, en México se ha previsto la posibilidad de inicio de la jornada de forma escalonada en el empleo público. En Argentina, se ha acogido la posibilidad de contemplar las inasistencias al trabajo como válidas, siempre que cuenten con certificado médico. Son ausencias ligadas a la situación de crisis y sin limitación, cuyo régimen se aplican tanto en el empleo público, como el privado.

22 Efectivamente, se trata de una reprogramación de las actividades laborales, que se contempla teniendo en cuenta toda la jornada mediante un ajuste en virtud de criterios flexibles. En el caso de la programación de turnos sucesivos en los centros de trabajo, se trata de una medida que se acoge con gran intensidad como remedio para evitar las aglomeraciones de personas y con ello la desmovilización demandada por las autoridades sanitarias.

XIII. Conciliación de la vida familiar y laboral

Las posibilidades que ofrece el recurso al teletrabajo están orientadas a una nueva consideración de las medidas tendentes a conciliar la vida familiar y laboral. Ciertamente, tendríamos una posibilidad de reevaluar las posibilidades del teletrabajo, mucho más allá de las hasta al momento aplicadas, puesto que ha tenido normalmente un recurso marginal. El teletrabajo se ha contemplado en muchos casos como un recurso temporal, relativo a la conciliación de la vida familiar y laboral, y con una clara perspectiva de género. Ello ha supuesto una infravaloración del teletrabajo, que quizá su recurso actual permita volver a reconsiderar su concreta aplicación práctica. Con carácter general, esta crisis ha evidenciado que el teletrabajo ofrece muchas respuestas a su proyección en situaciones imprevistas por las empresas, que impiden el normal desarrollo del trabajo en las dependencias empresariales. En cualquier caso, sigue latente en esta situación excepcional la posibilidad de adaptar o reducir la jornada siempre que existan razones de atención familiar, por razones de edad, enfermedad, discapacidad o dependencia, presentes o agravadas como consecuencia del Covid-19.

En relación a las medidas concretas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral nos vamos referir a algunos ejemplos en el ámbito europeo. Por ejemplo, en Italia se ha contemplado la posibilidad de conceder un permiso de quince días, así como una asignación equivalente al cincuenta por ciento del salario, a disfrutar por aquellos trabajadores que tengan niños de hasta doce años. Se trata de niños evidentemente escolarizados y cuyas actividades de enseñanza han sido suspendidas por el cierre de los centros educativos por parte del gobierno. De igual modo, se ha contemplado la ampliación del período de interrupción de la actividad laboral para aquellos trabajadores que atienden a sus hijos, familiares y personas con discapacidad, que previamente a la crisis del coronavirus estuvieran disfrutando algún tipo de suspensión o licencia por cuidado familiar. Por ejemplo, en España, se ha dado una nueva regulación especial al derecho de las personas trabajadoras en relación al régimen de adaptación y reducción del horario de trabajo por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral. Esta medida se aplica tanto a los supuestos de trabajo presencial, así como a aquellos supuestos de trabajo remoto o con recurso del teletrabajo. En algunos países latinoamericanos, como sucede en el caso de Argentina, se han contemplado medidas específicas relativas a la conciliación de la vida familiar y laboral. En este sentido, se considera causa justa de inasistencia al trabajo el hecho de atención a progenitores o personas adultas a cargo, si la presencia de la persona trabajadora es indispensable para poder atenderla y desarrollar una labor de cuidado.

XIV. Medidas de protección social: desempleo, renta mínima de inserción y subsidios económicos para colectivos más desfavorecidos

Con carácter general, conviene señalar que la situación de pandemia ligada al coronavirus demanda una respuesta especial de la seguridad social. Ciertamente, los estados nacionales deben asegurar la acción de la seguridad social, en el marco de un régimen público para todos los ciudadanos, que garantice prestaciones sociales en casos de necesidad. Ello es así especialmente cuando sus propias Constituciones realizan proclamaciones que formalizan a efectos jurídicos auténticos estados sociales. Con todo, las medidas de protección social adoptadas se van a ver especialmente superadas por la intensidad de la pandemia. Los efectos ahora van a ser mucho más intensos, sin que se pueda atender suficientemente las consecuencias derivadas de una crisis económica y social mucho más profunda y con un impacto social aún desconocido. Además, todo ello se produce en una situación en la que aún no se ha recuperado la situación de aumento de la pobreza derivada de la última crisis económica y de sus efectos sociales derivados de las situaciones de desigualdad y de aumento del riesgo de exclusión social generado. Ciertamente, esta crisis epidémica ha venido a suponer un nuevo paso atrás en lo social y, sin duda, va a generar gravísimas consecuencias en el plano socioeconómico.

Con posterioridad a la crisis del Covid-19 será preciso revisar el sistema de protección social y buscar nuevas fórmulas para reforzar los mecanismos de atención y tutela de las situaciones de necesidad social. Ciertamente, ello es así debido a que las medidas que se están adoptando se presentan como ajustes orientados a compensar una situación sobrevenida generada por la crisis del coronavirus. Todo ello se produce en un contexto en el que el sistema público de protección social no puede dar respuesta a las nuevas necesidades. Se parte de la base de que dicho sistema se ha visto especialmente mermado por las consecuencias derivadas de la crisis económica anterior, así como por otros factores como, por ejemplo, el progresivo envejecimiento de la población española, el elevado número de desempleados y el descenso de la población activa.

Desde el punto de vista de la seguridad social, conviene señalar que internacionalmente se ha reforzado la protección a las personas que trabajan, o que al margen de la prestación de servicios, contraen una enfermedad. De igual modo, la protección se amplía a los casos de vigilancia y observación de las enfermedades que han tenido causa en la actual crisis sanitaria. Con carácter general, se han reforzado las medidas de protección de la imposibilidad de trabajo, ligado ello al tratamiento de las situaciones de afectación como contingencias profesionales. Se

trata, pues, de un ámbito especial de acción orientado a la necesidad de atender adecuadamente nuevas situaciones de incapacidad temporal en el trabajo. Precisamente, en España se previó la calificación de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. De este modo, se atiende la situación de aislamiento y la enfermedad por el Covid-19 asimilándose al accidente de trabajo.²³

Sin duda, la prestación por desempleo ocupa un lugar destacado, como mecanismo de atención de las situaciones de necesidad ligadas a la pérdida definitiva o temporal del trabajo. En este sentido, la OIT considera que la actual crisis humanitaria puede generar hasta veinticinco millones de desempleados, sin contar el margen de subempleo que aflorará en virtud de la misma. Esta situación tendrá efectivamente mayor impacto en los países menos desarrollados, que no cuentan con adecuados mecanismos sociales de compensación de las contingencias. Sin duda, el reforzamiento de la protección por desempleo es una de líneas de acción generalmente aplicadas como remedio ante la crisis sanitaria. El fortalecimiento del desempleo ha operado por la vía de su dimensión contributiva, así como en virtud del subsidio por desempleo. Se trata de un mecanismo compensador personal, que juega en equilibrio con la reducción o exención de las aportaciones empresariales a la seguridad social. Se trata de una opción legislativa que pretende evitar los efectos nefastos en la destrucción del empleo. El desempleo incentivado es una medida de especial atención desde las políticas pasivas de empleo.

A continuación, nos vamos a referir a determinadas experiencias en el ámbito internacional. En Estados Unidos se ha previsto excepcionalmente fondos federales para levantar determinadas limitaciones al seguro estatal de desempleo. Se ha permitido la generalización del abono de seiscientos dólares semanales hasta el 31 de julio. En España el recurso al desempleo temporal podrá traducirse en una suspensión de los contratos de trabajo durante días consecutivos o alternos, o bien mediante la reducción de la jornada entre un 10 y un 70 por 100. En la actual

23 Desde el punto de vista de la protección social, las situaciones de contagio del virus y sus efectos incapacitantes para el trabajo ha dado lugar una previsión de una tutela especial. Ello ha consistido en declarar el origen de la contingencia de naturaleza profesional, a efectos de las incapacidades de trabajo. Se trata efectivamente de una protección especial para las personas trabajadoras afectadas por el coronavirus, que antes de la crisis se hubiera considerado afectadas por una mera contingencia común, contando con una menor protección social. Sin embargo, la previsión normativa adoptada durante la crisis del Covid-19 permite considerar estas situaciones, vinculadas a una contingencia profesional. Se asimila el contagio por acción del coronavirus con la protección reforzada por motivos de accidente de trabajo, como medida excepcional, y ello sin saber en algunas situaciones si el contagio se produjo en el trabajo o por el contacto con otras personas en su vida personal y familiar. Ciertamente, ante la imposibilidad de determinar dicha situación se ha optado por la protección extensiva desde la perspectiva de la protección por la vía del accidente de trabajo.

situación el desempleo se aplica generalmente como un mecanismo de atención a la situación de fuerza mayor provocada por la crisis del coronavirus y no se exige un período previo de cotización.²⁴ Las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores se benefician de una bonificación del 100 por 100 de las cotizaciones y del 75 por 100 en el caso de que la plantilla sea superior a este umbral de plantilla. De igual modo, y como fórmula de no penalización a los trabajadores, se contempla que las prestaciones percibidas a lo largo del período del estado de alarma no computarán a efectos de desempleo.

Con todo, en materia de desempleo conviene destacar el reforzamiento de la protección asistencial. Se ha previsto un importante apoyo económico en virtud de la figura de los subsidios económicos. En Italia se han contemplado subsidios de desempleo especiales, con el fin de atender la situación de los trabajadores por cuenta propia, así como la pérdida de empleo por parte de los trabajadores temporales. Se ha previsto el abono de una ayuda de seiscientos euros. También podemos destacar el importante plan de apoyo asistencial aprobado en China, con prestaciones asistenciales relacionadas con los efectos generados por el Covid-19 en el desempleo, así como en las contingencias relacionadas con las enfermedades profesionales.

Finalmente, conviene apuntar la posibilidad de recurrir a la fórmula del ingreso mínimo vital, también denominado renta básica de inserción. En esta ocasión dicha figura se orienta específicamente en un contexto excepcional de crisis humanitaria por la extensión del coronavirus. Las medidas son de naturaleza estrictamente temporal, pero vienen a replantear la necesidad de protección de las personas desprotegidas desde la perspectiva de la protección social.²⁵ Además, esta protección se orienta a colectivos especialmente desprotegidos por la crisis, contemplando una ayuda social que anteriormente no existía y que ha sido diseñada específicamente para esta situación sobrevenida. De igual modo, podemos destacar la aplicación de medidas que suponen la protección de los inquilinos más

24 El recurso especial de la figura de los ERTes en la crisis de la epidemia del coronavirus se plantea como una medida excepcional y transitoria. Dicha medida se dirige a evitar un profundo estancamiento de la economía. Esta vía de protección social intenta compensar un deterioro económico dilatado y se presenta como fórmula de gestión laboral reactiva (Cruz Villalón, 2020, p. 2).

25 Es cierto, que si bien antes de la crisis se atacaba esta modalidad de protección, ahora se propone como una medida de atención especial, que sigue planteado muchos interrogantes. Con carácter general, y a efectos de profundizar en el tema, se recomienda el siguiente trabajo de investigación (Van Parijs - Vanderborght, 2018, pp. 26-27). En un sistema que se muestra incapaz de afrontar la crisis, y de buscar una solución de seguridad económica real para las personas y se presenta como una vía para reconocer derechos y un estándar económico a las personas.

vulnerables con la suspensión de los desahucios para aquellas personas que hayan visto disminuir sus ingresos o que estén afectados por una suspensión contractual con prestaciones por desempleo, así como la prohibición del corte de los recursos de los suministros o la ampliación de la moratoria de las hipotecas.

La pandemia ha puesto encima la mesa el debate sobre la renta básica, más allá de un contexto utópico. Se trata de un sistema que se intentará ensayar como medida de compensación de la reducción de ingresos debido a la paralización de la economía. Esta renta básica o renta universal se presenta como una garantía de ingresos para los ciudadanos, que ahora en tiempos de crisis plantea un profundo debate sobre posible aplicación. En Brasil se ha previsto, como en otros países latinoamericanos (Perú o Colombia), un bono de ciento quince euros mensuales, lo que supone la mitad del salario mínimo durante un trimestre. Se estima que se podrán beneficiar de esta ayuda en torno a sesenta millones de trabajadores informales. En el Reino Unido se contempla esta posibilidad en virtud de un ingreso universal de emergencia. Este tipo de ayuda está actualmente en fase de debate parlamentario. En España se baraja como proyecto la aplicación de una renta mínima de inserción. Concretamente, se denominaría renta social extraordinaria. Se configuraría como un ingreso vital mínimo puente, con el fin de paliar los efectos económicos provocados por la crisis del coronavirus. Sería una ayuda para las familias con bajos ingresos. Se permitiría acceder a este beneficio si se tienen ingresos por debajo de los doscientos euros mensuales o si la media familiar no alcanza los cuatrocientos cincuenta euros, en cuyo caso daría lugar al abono de quinientos euros durante tres meses. La prestación de la segunda persona de la unidad familiar se incrementaría con doscientos cincuenta euros adicionales.

XV. Tutela del trabajo por cuenta propia y del régimen de actividad de las microempresas y pymes

Con carácter general, conviene señalar que en el ámbito internacional no existe un tratamiento homogéneo en relación a la ordenación del trabajo por cuenta propia. En este punto no tenemos una base segura de referencia desde la perspectiva de los estándares laborales de la OIT. Solamente algunos instrumentos internacionales serían de aplicación a los trabajadores independientes, en función del régimen de actividad próximo al trabajo por cuenta ajena. Precisamente por ello, la OIT ha insistido en reclamar una definición del concepto, a fin de poder saber quiénes son efectivamente trabajadores autónomos y con ello evitar el fraude laboral. Más allá de estas situaciones atípicas, no cabe duda que el trabajo au-

tónomo canaliza una importante dimensión de la actividad laboral y se presenta como un ámbito efectivo de protección jurídico-laboral.

Debido a la situación de deterioro de la actividad económica, la crisis ha golpeado intensamente a los trabajadores autónomos. El modelo de pequeña y mediana empresa descansa en gran medida sobre la figura del empresario individual, que se asienta en el modelo del trabajo por cuenta propia. Sin duda, la paralización de la actividad económica está suponiendo el cierre de muchas pequeñas y medianas empresas. Por ello, con carácter general, se han previsto una serie de ayudas para las pymes y los trabajadores autónomos, en virtud de microcréditos sin interés para los colectivos más perjudicados por el parón económico. De igual modo, y con el fin de contemplar una protección paralela al desempleo para los trabajadores por cuenta propia, se ha previsto una ayuda por cierre de actividad para los trabajadores autónomos. Por ejemplo, en Alemania se ha aprobado un fondo de cincuenta mil millones de euros destinado a aliviar los problemas económicos de las pymes de los trabajadores por cuenta propia, así como préstamos a la pequeña y mediana empresa.

En efecto, la crisis evidencia a los trabajadores por cuenta propia como un colectivo especialmente castigado, que tiene una difícil atención por la vía de la protección ante la ausencia de actividad. Sin embargo, la crisis ha demostrado la necesidad de ampliar la protección de los trabajadores por cuenta ajena a los autónomos. Se trata de ofrecer una protección con garantías. La tendencia internacional ha sido apoyar a las pequeñas, medianas y micro empresas con la adopción de medidas de apoyo económico orientadas al mantenimiento de su actividad económica. Por ejemplo, en Argentina se ha aprobado un fondo específico para facilitar préstamos a los trabajadores independientes. De igual modo, podemos apuntar la experiencia de México, que ha incluido también a los independientes informales y ha aprobado una línea especial de crédito para apoyo de su actividad profesional.

En Europa, podemos apuntar el ejemplo de Francia, que ha previsto medidas especiales de protección, creando un fondo de dos mil millones de euros para asistir a las pymes que se encuentren en situaciones de dificultad. Dichas medidas se han contemplado especialmente en sectores especialmente castigados, como sucede con el turismo y la hostelería, así como otros sectores de actividad. En cualquier caso, el índice que permite acceder a la protección es el descenso sustancial en los niveles previos de facturación. De igual modo, en España e Italia, se han contemplado este tipo de medidas de apoyo económico, junto la previsión

de una modalidad extraordinaria que protege a los trabajadores autónomos con prestación económica por cese de actividad económica.

Asimismo, podemos destacar la moratoria de las cotizaciones para las pymes y los trabajadores autónomos, en virtud de un aplazamiento del ingreso de las cotizaciones a la Seguridad Social. En España, de igual modo, se ha permitido a los autónomos cambiar el sistema de tributación de imposición por módulos por el sistema de estimación directa. Ello les permite tributar por los ingresos reales, que ahora son mucho más reducidos. Todo ello permitiría asegurar un margen de liquidez frente al colapso de la economía. Con todo, estas medidas deberán ser puestas en práctica en próximos decretos, que irán aprobándose con el carácter de urgencia. Entre las cuestiones relevantes a determinar está el factor de identificar la dimensión de la empresa denominada pyme, que normalmente suele referirse a aquellas empresas que tienen una plantilla inferior a 250 trabajadores. Con todo, y dadas las dificultades financieras de las empresas, el umbral de plantillas seguramente tendría que ajustarse a la baja. Con carácter general, estas ayudas a las empresas están condicionadas al tamaño de la plantilla y al descenso de la actividad, lo que en muchas ocasiones deja fuera de la protección a muchas empresas. En estos casos, los empresarios tienen que afrontar con sus propios recursos los efectos económicos adversos derivados de la crisis generada por el Covid-19.

XVI. Conclusiones

Primera. - Una crisis social de hondo calado y sin precedentes. La actual pandemia está provocando importantes efectos en los mercados de trabajo, en los sistemas de relaciones laborales y en la aplicación de los instrumentos básicos de Seguridad Social. Dicha situación ha dado lugar a una economía paralizada, que ha venido a romper nuestras vidas programadas, basada en la competitividad y en el desarrollo económico. Nos referimos a una concepción arraigada en el tiempo, que sobredimensiona la economía y sitúa al mercado por encima del protagonismo central de la persona. Las consecuencias de la pandemia han paralizado la actividad económica y sus efectos son especialmente visibles en el trabajo de las personas. Una vez más, es preciso destacar que la crisis del coronavirus ha venido a poner en cuestión nuestro modelo de economía, muchas veces insensible con los aspectos sociales y éticos ligados al trabajo de las personas. Todo ello supone la necesidad de desplegar institucionalmente un conjunto de medias orientadas a la tutela del empleo, unido a subsidios financieros y fiscales, especialmente orientados a las pequeñas y medianas empresas. Desde el punto de vista de la protección

social, la situación va a generar una presión inusitada sobre los sistemas públicos de seguridad social. Se debe atender la situación actual con ajustes específicos en los sistemas de seguridad social, prestando especial atención a la cobertura y a la adaptación de la protección social a un momento excepcional de crisis humanitaria.

Segunda. - El papel central de la OIT en la observancia y vigilancia global de la pandemia. La OIT tiene un especial rol en esta situación de crisis social y dispone de instrumentos para desarrollar adecuadas políticas laborales y sociales de combate a la pandemia. Con carácter general, tenemos los instrumentos internacionales básicos, Convenios y Recomendaciones, que marcan un importante camino a seguir en cuanto al trabajo digno y la justicia social, así como el recurso a los códigos de conducta, guías y manuales de interpretación de los estándares laborales internacionales. Precisamente ahora, en esta situación de emergencia, la OIT debe focalizar su acción en dar respuestas e índices de tratamiento de una situación ciertamente compleja. Se debe fomentar la adopción de medidas urgentes, que se implementen a gran escala y de forma coordinada. Dichas medidas tienen que tener como objetivo esencial la protección de los trabajadores en el trabajo, el fomento de la economía, la defensa del empleo, la conservación de los actuales puestos de trabajo y la garantía de ingresos mínimos de subsistencia.

Tercera. - La protección en el empleo es la primera respuesta ante las situaciones de necesidad, así como la garantía de un retorno futuro a la normalidad. Las medidas laborales básicas se han asegurado en aras a la protección del empleo mediante la estabilidad laboral, la viabilidad del trabajo a distancia, el fomento de nuevas medidas de prevención de riesgos laborales, la protección del salario, la flexibilidad del tiempo de trabajo, el acceso a la protección social en situaciones especiales y la aprobación de nuevos subsidios económicos para las personas más desfavorables. Con carácter general, se trata de medidas de diversa intensidad, cuya acción depende de la política desarrollada por los estados. El denominador común ha sido orientar dichas políticas sociolaborales hacia la flexibilidad y la estabilidad laboral en momentos de crisis, permitiendo a las personas mantener sus empleos y, en la medida de lo posible, sus niveles de renta.

Cuarta. - La garantía irrenunciable de la tutela del derecho a la salud en el trabajo. Es preciso desarrollar medidas específicas de prevención de riesgos laborales. Se trata de contemplar medidas adecuadas, en atención a los medios disponibles. Ello debe permitir asegurar la protección de la salud de las personas trabajadoras expuestas al virus. Se trata de trabajadores que continúan en su quehacer ordinario durante la crisis. Esta situación implica la necesidad de evaluar los

riesgos laborales ante la exposición a una situación de riesgos en el trabajo por la extensión del coronavirus. En concreto, esta protección especial se proyecta sobre la situación especial de riesgo laboral de naturaleza biológica. Se encuentran, pues, afectados los puestos de trabajo donde existe una situación de exposición directa al virus. Ello supone una labor de análisis, relativa a la vigilancia y evaluación periódica de los riesgos laborales, valorando el recurso a nuevas medidas de seguridad y salud en el trabajo.

Quinta. - La difícil salvaguardia de la protección en el empleo y la estabilidad laboral. La estabilidad en el empleo se ha orientado mediante la suspensión de los contratos de trabajo. Estamos ante una protección del empleo, evitando el riesgo de la empresa ante los impagos de los salarios. Ciertamente, estamos ante el recurso más socorrido y la vía preferentemente acogida durante esta pandemia en el ámbito laboral. La medida de la suspensión de los contratos de trabajo tiene en cuenta la vía de flexibilidad interna por causas empresariales. Esta fórmula se desarrolla en virtud de una interrupción de la relación de trabajo con el fin de asegurar la estabilidad laboral y eludir así una extinción indeseada del contrato de trabajo. De igual modo, conviene destacar las medidas orientadas a la prohibición y limitación de los despidos por causa de fuerza mayor. Ciertamente, el recurso amplio al trabajo a distancia y la proliferación de los expedientes suspensivos y de reducción de jornada de los contratos de trabajo no ha impedido, sobre todo al inicio de la crisis del coronavirus, la proliferación de las extinciones contractuales. Ello se ha manifestado irremediabilmente en la destrucción del empleo. Las medidas de protección del trabajo, mediante la restricción de la vía del despido, tienen internacionalmente dos frentes, uno relativo a la prohibición de los despidos y otro centrado en su limitación, desincentivado su utilización en una situación de crisis como la presente.

Sexta. - La imperiosa necesidad de estimular el recurso al trabajo a distancia y al teletrabajo. Durante la crisis del coronavirus se ha canalizado la actividad laboral, que se ha podido mantener, en virtud del teletrabajo y el trabajo a distancia. En estos trabajos, que se pueden prestar remotamente, se permite el desarrollo del trabajo a fin de no bloquear la economía. Se trata, pues, de una previsión transversal, que se ha planteado como una solución para el mantenimiento de una importante cuota de actividad en el sector de los servicios. La situación actual va a ser un importante precedente para evaluar las posibilidades futuras de desarrollo del teletrabajo, más allá de la situación de la crisis del coronavirus. Hasta ahora el teletrabajo no se había tenido en cuenta, o bien no se había aplicado por una sobrevaloración del trabajo presencial. De igual modo, el recurso a las

fórmulas de trabajo a distancia puede suponer un alivio en los costes empresariales relativos al mantenimiento de locales, las infraestructuras y los equipamientos al servicio del trabajo presencial en los centros de trabajo. Todos estos beneficios ligados al teletrabajo conviven junto a los aspectos beneficiosos relacionados con reducción de la movilidad en las ciudades. La proyección masiva del tránsito en las ciudades da lugar a importantes problemas de movilidad y tiene un impacto nocivo desde la perspectiva la contaminación.

Séptima. - La flexibilidad laboral orientada en virtud de la ordenación de la jornada laboral y los tiempos de descanso. La ordenación del tiempo de trabajo se presenta como un ámbito de acción concreto, que ha sido tratado especialmente con motivo del Covid-19. El recurso a la adaptación de la jornada y de los tiempos de descanso permite compensar el daño de la crisis en la actividad empresarial y, consiguientemente, en el empleo. De este modo, se ha permitido concretamente la adaptación del trabajo a través de la distribución irregular de la jornada de trabajo, haciendo uso de una reconfiguración de la reducción de jornada temporal o adaptando los sistemas de turnos de trabajo. Con carácter general, podemos destacar la posibilidad de alterar sobrevenidamente el período de disfrute de las vacaciones, con el fin de que el asueto anual se disfrute durante esta situación de crisis. Respecto de la adaptación de la jornada de trabajo, podemos citar los supuestos de reducción de la jornada y la previsión de turnos de trabajo adaptados. En cualquier caso, es especialmente importante asegurar que las posibilidades de adaptación y redistribución del tiempo de trabajo, se realice sin menoscabar los derechos de las personas trabajadoras a la conciliación de la vida personal y familiar, especialmente cuando existan razones de atención familiar, por razones de edad, enfermedad, discapacidad o dependencia, presentes o agravadas como consecuencia del Covid-19.

Octava. - El aumento del margen de pobreza y las medidas de protección social. La situación de pandemia ha venido a empeorar los índices de pobreza en muchas capas de la sociedad y ha generado nuevas situaciones de exclusión social, como consecuencia de la desigualdad ante la exposición a la crisis. Ciertamente, el combate de la pobreza se manifiesta como un objetivo esencial en un Estado Social y se evidencia ante esta crisis como un obstáculo efectivo a la prosperidad de la sociedad. Sin duda, todo ello va a demandar por parte de nuestros poderes públicos nuevas políticas sociales que intenten revertir la situación en los próximos años. Desde la perspectiva de la protección social, cabe destacar el aumento sin precedentes del recurso a la protección por desempleo, aunque sea en su modalidad de desempleo temporal. Esta situación va a suponer un elevado coste para

la financiación de los sistemas públicos de seguridad social. La protección por desempleo es esencial para asegurar que las personas lleguen a final de mes con ingresos suficientes para subsistir, lo cual será especialmente importante para los trabajadores más vulnerables.

Novena. - La necesidad de reforzar y ampliar el ámbito de acción de los sistemas públicos de Seguridad Social. La situación de pandemia ligada al coronavirus demanda una respuesta especial de la Seguridad Social. Ciertamente, los estados nacionales deben asegurar la acción de la Seguridad Social, en el marco de un régimen público para todos los ciudadanos, que garantice prestaciones sociales en casos de necesidad. Ello es así especialmente cuando sus propias Constituciones realizan proclamaciones que formalizan a efectos jurídicos auténticos estados sociales. Con todo, las medidas de protección social adoptadas se van a ver especialmente superadas por la intensidad de la pandemia. Los efectos ahora van a ser mucho más intensos, sin que se pueda atender suficientemente las consecuencias derivadas de una crisis económica y social mucho más profunda y con un impacto social aún desconocido. Además, todo ello se produce en una situación en la que aún no se ha recuperado la situación de aumento de la pobreza derivada de la última crisis económica y de sus efectos sociales derivados de las situaciones de desigualdad y de aumento del riesgo de exclusión social generado. Ciertamente, esta crisis epidémica ha venido a suponer un nuevo paso atrás en lo social y, sin duda, va a generar gravísimas consecuencias en el plano socioeconómico. Evidentemente, con posterioridad a la crisis del Covid-19 será preciso revisar el sistema de protección social y buscar nuevas fórmulas para reforzar los mecanismos de atención y tutela de las situaciones de necesidad social. Ciertamente, ello es así debido a que las medidas que se están adoptando se presentan como ajustes coyunturales, orientados a compensar una situación sobrevenida generada por la crisis del coronavirus.

XVII. Referencias bibliográficas

- ALARCÓN, S. (2020). “Teletrabajo: ¿De Derecho a obligación?”, en el *Pais.com*, 28 de marzo de 2020.
- ARASTHEY SAHÚN, (2020). “Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por el Coronavirus”, en el *Diario La Ley*, núm. 9603, 27 de marzo de 2020.

- BENENCIA, R. – QUARANTA, G. (2006). “Mercado de trabajo y relaciones sociales: la conformación de trabajadores agrícolas vulnerables”, en *Sociología del Trabajo*, núm. 58.
- CARMONA BAYONA, E – RESTREPO PIMIENTA, J. (2020). *Alternativas laborales en Colombia ante el Covid-19*, Juri-Dileyc – Universidad del Atlántico, Madrid.
- CARRILLO ROA, A. (2012). “Situación del adulto mayor en la fuerza de trabajo: Venezuela”, en *Revista Latinoamericana de Población*, Vol. 6, núm. 11.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2020). “Una vuelta de tuerca”, *El País, Economía*, 28 de marzo de 2020.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993). *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid.
- GOMÉZ, M^a.R. – ISORNI, M^a.E. – SABER, G. (2000). “Vulnerables: trabajo y condiciones de vida”, en *Trabajo y sociedad: Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas*, núm. 2.
- GONZÁLEZ TAPIA, M^a.L. (2020). “Derecho a la desconexión digital y teletrabajo”, en *Diario La Ley*, núm. 9604, 30 de marzo de 2020.
- HOWARTH, D. – VERDUN, A. (2020), “Economic and Monetary Union at twenty: a stocktaking of a tumultuous second decade – introduction”, en *Revue d'integration europeenne. Journal of european integration*, Vol.42, núm. 3.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANITATION, ILO (2020). Monitor 1st Edition “COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses 18 March 2020”, 18 de marzo de 2020. [bit.ly/3a5ckqG]
- LANTARÓN, D. – SERRANI, L. – FERNÁNDEZ, S. (2020). “Panorámica mundial de la lucha contra los efectos del COVID-19 en las relaciones de trabajo: fotografía de una dinámica cambiante”, en www.cielolaboral.com
- LÓPEZ AHUMADA, J.E. (2020). “Medidas de protección laboral y de seguridad social aplicadas en España durante el estado de alarma provocado por la epidemia del Covid-19”, en *Revista Actualidad Laboral* (Lima, Perú) 4 de abril de 2020. <https://bit.ly/34elDDy>
- LÓPEZ AHUMADA, J.E. (2020). “Crisis del empleo y protección social en España con motivo del estado de alarma del Covid-19”, en *La Justicia Urugua-*

ya: revista jurídica, Thomson-Reuters, 9 de abril de 2020. <https://bit.ly/2w-znzdq>

MARX, I. – NOLAN, B. (2013). “Trabajadores pobres”, en *Papeles de economía española*, núm. 135, 2013.

MENDOZA LEGOAS, L. (2020). “Una mirada comparativa a las medidas laborales adoptadas por siete países contra el Covid-19 en instituciones centrales de las relaciones de trabajo”, en *Actualidad Laboral* (Perú), 7 de abril de 2020.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL (2020). *Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo Coronavirus*, 2020. [bit.ly/3a4WwUO]

MORENO SOLANA, A. (2020). “Prevención de Riesgos Laborales y Covid-19 (coronavirus): dificultades para el cumplimiento de las obligaciones preventivas”, en *Foro de Labos*, 29 de marzo de 2020.

ORTIZ LALLANA, M^a.C. (1983). *La fuerza mayor como causa de extinción del contrato de trabajo*, Universidad de Zaragoza, 1983.

PINHEIRO, V. (2020). “América Latina y el empleo en tiempos del COVID-19”, en OIT, 27 de marzo de 2020. <https://bit.ly/2Vhi7E6>

RODGERS, L. (2013). “Trabajadores vulnerables, trabajo precario y las justificaciones para el derecho del trabajo: un estudio comparado”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, núm. 1.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2009). “Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo”, en *Diario La Ley*, núm. 7245.

RYDER, G. (2020). Declaración institucional de la OIT, de 27 de marzo de 2020.

SÁNCHEZ CASTRO, I. (2020). “Medidas legales adoptadas en el ámbito laboral peruano debido al COVID-19”, en Cielo Laboral, www.cielolaboral.com <https://bit.ly/2UWrWZi>

SÁNCHEZ CASTRO, I. (2017). “Teletrabajo en Perú: una herramienta de acercamiento a poblaciones vulnerables”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*.

- SERVAIS, J.M. (2020). “El Covid-19 ¿Qué nos dice la OIT?”, en www.cielolaboral.com, abril 2020.
- VALLESPÍN, F. (2020). “El futuro ya está aquí”, en *El País*, 5 de abril de 2020.
- VAN HO, T. (2020). “International Economic Law and COVID-19”, apartado 9. [<https://bit.ly/2Xu8hlo>].
- VAN PARIJS, P. - VANDERBORGHT, Y. (, 2018). Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata, ed. Grano de Sal, 2018, México.

NAVEGANDO LA PANDEMIA: NOTAS SOBRE SU IMPACTO LABORAL Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA SU CONTENCIÓN

MARIO GARMENDIA ARIGÓN*

Resumen: Se presenta un panorama general y sinóptico de las medidas laborales y de seguridad social que han sido adoptadas en Uruguay desde la declaración del estado de emergencia nacional provocado por el COVID-19. Se realiza un repaso del impacto que la situación ha provocado en la actividad económica, sus repercusiones sociolaborales y las respuestas que se han venido ensayando con el objetivo de contener o paliar sus aristas más severas. En tal sentido, se exponen las principales características de los instrumentos empleados con miras a preservar el empleo y los ingresos de los trabajadores, amparar a quienes contraen la enfermedad o deben guardar cuarentena y la situación particular de los trabajadores de la salud. También se realizan apreciaciones en relación al espacio que en estas circunstancias tiene el diálogo social y la negociación colectiva.

Palabras claves: pandemia - enfermedad - empleo - salarios - cobertura social – seguro de paro - diálogo social

Sumario: I) Introducción. II) Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en el trabajo, la actividad económica y el funcionamiento de las empresas. III) Continuidad de la actividad y prevención de los contagios. 1) Trabajo desde el domicilio de los trabajadores. 2) Telemedicina: ley n° 19.869, del 2 de abril de 2020. 3) Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT). IV) Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores. 1) Flexibilización del seguro de paro. 2) Otras medidas. 3) Pago de los salarios. 4) Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho. Profesor Agregado de DTSS (Univ. de la República). Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Univ. CLAEH)

nº 19.874, del 8 de abril de 2020). V) Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena. IV) Situación de los trabajadores de la salud. V) ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura? VI) Conclusiones.

I. Introducción

Las líneas que siguen tienen por finalidad presentar un panorama resumido acerca de los efectos económicos, laborales y sociales que la pandemia desatada por el COVID-19 viene teniendo en Uruguay, así como de las medidas de diversa índole que se han venido poniendo en práctica con el objetivo de contenerlos o atemperar sus derivaciones más negativas.

No pretendo ser un análisis profundo, minucioso o de detalle, sino una exposición somera y general, que pueda resultar de utilidad para quien esté interesado en contar con un enfoque eminentemente descriptivo del estado de situación.

El título elegido para encabezar este análisis no es caprichoso. La situación de emergencia sanitaria está en pleno desarrollo y en constante movimiento. Todos los días presenta un nuevo desafío y, con la misma cadencia y celeridad, se hace necesario hacerles frente mediante la adopción de decisiones y la puesta en práctica de acciones.

En las últimas semanas se han adoptado decenas de circulares, resoluciones, decretos, acordadas y leyes. Las entidades públicas y privadas han tomado decisiones de la más variada índole. Se ha generalizado, de manera abrupta y masiva, el teletrabajo desde los domicilios. Decenas de miles de trabajadores se han amparado al seguro por enfermedad y otros tantos han sido enviados al seguro de paro. Muchos han sido despedidos y otros han tenido que pactar (o aceptar) la reducción de sus salarios o de sus jornadas o la modificación de sus condiciones de trabajo. Las organizaciones sindicales han planteado reivindicaciones, formulado propuestas y también han realizado manifestaciones de protesta. El Consejo Superior Tripartito se ha reunido y ha conseguido alcanzar consensos sobre algunos temas importantes; varias organizaciones sindicales han negociado y acordado mecanismos que permitieron pausar el desarrollo de las labores en determinados sectores de actividad y, a nivel de las empresas ha habido una intensa y muy importante labor de intercambio bipartito, que ha permitido encauzar situaciones

de diversa índole, así como redactar y poner en práctica protocolos de seguridad e higiene para prevenir contagios o preservar a las personas que presentan mayores riesgos.

Todo esto en el marco de una sucesión vertiginosa de noticias y acontecimientos, que se desarrollan a cada momento, con inusitada velocidad.

En esta situación, casi nada presenta características permanentes. Casi todo está sujeto a revisión e impera una generalizada y profunda sensación de incertidumbre.

Por esta razón, cualquier análisis que en estas circunstancias se realice, debe reconocer de antemano su condición efímera y su autor debe conformarse con saber que su función será similar a la del marino que navega en aguas turbulentas y desconocidas, dejando registro, en el diario de bitácora, de las novedades que se presentan en cada jornada.

II. Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en la actividad económica y el funcionamiento de las empresas

El 13 de marzo de 2020 se confirmaron en Uruguay los primeros casos positivos de COVID-19. Ese mismo día, el Poder Ejecutivo declaró, mediante decreto el *estado emergencia nacional sanitaria* (decreto n° 93/2020, del 13 de marzo de 2020).¹

Esa resolución no impuso una cuarentena general obligatoria (decisión que tampoco ha sido adoptada hasta el día en que se están escribiendo estas líneas²), pero, en cambio, sí estableció una serie de medidas que trajeron aparejadas importantes restricciones o condicionamientos en relación a los niveles normales de la actividad en todo el país.

Así, por ejemplo, fueron suspendidos, hasta nuevo aviso, todos los espectáculos públicos y, además, se previó la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pudiera ordenar el cierre de lugares de acceso público, así como otro tipo de medidas de higiene sanitaria, dirigidas a evitar aglomeraciones, con la posibilidad de, incluso, suspender eventos que puedan provocar aglomeración de personas. También se

1 Puede consultarse el texto completo de la norma en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/93-2020>

2 12 de abril de 2020.

realizó una exhortación a la población para que no organice o participe en actividades de ese tipo.

En ese mismo decreto se impuso el deber³ de guardar aislamiento,⁴ por un término no inferior a 14 días, a aquellas personas que se encontraran en alguna de las siguientes situaciones: a) ya estuvieran contagiadas; b) presentaran síntomas y en los últimos 15 días hubieran ingresado al país provenientes de “zonas de alto riesgo”⁵; c) hubieran estado en “contacto directo”⁶ con casos confirmados de covid-19 o, d) hubieran regresado al país luego de haber permanecido o transitado por “zonas de alto riesgo”.

El mismo día (13 de marzo de 2020) otro decreto del Poder Ejecutivo (nº 94/2020⁷) adoptó medidas de restricción del ingreso al país de pasajeros y tripulantes de cruceros y buques comerciales provenientes de “zonas de alto riesgo”, así como de los que presentaran síntomas de la enfermedad. También prohibió el ingreso al país de personas provenientes desde Argentina (exceptuando a los ciudadanos uruguayos y a los residentes en el país, a quienes a su ingreso les impuso la condición de quedar en situación de aislamiento) y la suspensión (a partir del 20 de marzo de 2020 y por el término de treinta días) de los vuelos privados provenientes de Europa, así como la prohibición de ingreso al país de los pasajeros provenientes de “zonas de alto riesgo”. A su vez, exhortó a la población a no viajar al extranjero.

Mediante este mismo decreto también se exhortó a todos los empleadores a que sus trabajadores realicen tareas desde sus domicilios toda vez que esto sea

3 Con expresa indicación de que el incumplimiento hace pasible al infractor de, incluso, ser denunciado penalmente. El artículo 11 del decreto dispone que “En caso de verificarse el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 10 del presente Decreto, el personal de salud o quien tome conocimiento de lo sucedido deberá comunicarlo de inmediato a la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública, que de entenderlo pertinente dará noticia a su División Servicios Jurídicos a efectos de realizar la denuncia penal correspondiente”.

4 El artículo 9 del decreto define a la permanencia en aislamiento como la “condición por la cual la persona debe permanecer en el domicilio, en lo posible en una habitación individual, evitando conductas que pudieran aumentar la transmisión, en las condiciones que indique el médico tratante. De no resultar posible, agrupar pacientes infectados con la misma enfermedad”.

5 Aquellas que determine la Organización Mundial de la Salud en sus actualizaciones diarias, que a la fecha en que fue dictado el decreto, eran: España, Italia, Francia, Alemania, China, Corea del Sur, Japón, Singapur e Irán.

6 El “contacto directo” queda definido así en el artículo 9 del decreto: “haber estado a menos de un metro del enfermo o compartido artículos de uso frecuente, tales como útiles de limpieza, teléfonos y celulares, computadoras, mate, utensilios y productos alimenticios”.

7 Puede consultarse el texto completo de la norma en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/94-2020>

posible. Y, a su vez, en relación a los trabajadores, dispuso que -en concordancia con lo previsto en el artículo 19 del Convenio N° 155 de la Organización Internacional del Trabajo⁸-, recaerá sobre aquellos el deber de informar de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que, a su juicio, represente un riesgo que promueva la propagación del virus COVID-19.

Pocos días después, el 16 de marzo de 2020, otro decreto del Poder Ejecutivo (n° 101/2020) exhortó⁹ “a los Entes de Enseñanza Pública, a que, en forma preventiva y provisoria, dispusieran la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos públicos, en todos los niveles de enseñanza” y, en el caso de los centros privados, en todos los niveles de la enseñanza, dispuso la “suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos”. Esta decisión, si bien no está referida a actividades de carácter económico-productivas, tuvo, como es notorio, una gran repercusión en cuanto a la reducción de la movilidad y actividad social en general y, asimismo, un importante impacto en relación al empleo de las muchas personas que cumplen tareas en o para las instituciones de enseñanza¹⁰.

-
- 8 El convenio 155 versa sobre salud y seguridad en el trabajo. Fue ratificado por Uruguay mediante la ley n° 15.965, del 28 de junio de 1988. Su artículo 19 dispone que “Deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: (a) los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador; (b) los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; (c) los representantes de los trabajadores en la empresa reciban información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud y puedan consultar a sus organizaciones representativas acerca de esta información, a condición de no divulgar secretos comerciales; (d) los trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; (e) los trabajadores o sus representantes y, llegado el caso, sus organizaciones representativas en la empresa estén habilitados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y sean consultados a este respecto por el empleador; con tal objeto, y de común acuerdo, podrá recurrirse a consejeros técnicos ajenos a la empresa; (f) el trabajador informará de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro inminente y grave para su vida o su salud; mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuere necesario, no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o su salud”.
- 9 El empleo de este verbo (“exhortar”) para referirse a los Entes de la Enseñanza Pública responde a la autonomía que éstos tienen constitucionalmente reconocida (art. 202 de la Constitución de la República).
- 10 Por otra parte, la enorme mayoría de las instituciones, de todos los niveles de la enseñanza, pusieron rápidamente en práctica modalidades de educación a distancia, lo que, desde luego, también supuso un cambio importante en relación a la forma en que los docentes venían cumpliendo habitualmente con sus tareas en condiciones normales.

A su vez, al día siguiente (17 de marzo de 2020), otra resolución del Poder Ejecutivo (n° 337/2020)¹¹ exhortó a las empresas propietarias o administradoras de locales comerciales de gran porte (*shopping centers*) a que procedieran al cierre preventivo y provisorio de dichas instalaciones, exceptuando a los locales de venta de alimentos, productos sanitarios (supermercados y farmacias), de servicios financieros y a los que presten servicios de salud.

En suma: la actividad económica ha resultado sumamente afectada en términos generales, aunque con especial énfasis en determinados sectores (comercio y servicios) que se han visto fuertemente golpeados por la situación de emergencia.

A este respecto, son bien significativas las cifras que reflejan el impacto que la situación ha tenido en materia de empleo y ocupación. Durante el mes de marzo fueron enviados al *seguro de paro* más de 86.000 trabajadores¹², en tanto que aproximadamente 100.000 se ampararon al *seguro de enfermedad*. Es decir, la sumatoria de trabajadores enviados al seguro de paro y amparados al seguro por enfermedad en el mes de marzo llegó a ser de prácticamente el 15% del total de los trabajadores dependientes (públicos y privados) cotizantes al Banco de Previsión Social¹³. Y, complementariamente, también resulta muy revelador el dato que indica que, desde mayo de 2003, la cantidad mensual de trabajadores enviados al seguro de paro nunca había superado el número de 16.000¹⁴.

III. Continuidad de la actividad y prevención de los contagios

Junto con los muchos sectores que vieron suspendidas sus actividades, otros tantos han continuado funcionando sin solución de continuidad, aunque seguramente es difícil identificar alguno que haya conseguido hacerlo sin haber quedado afectado en alguna medida por los efectos de la generalizada crisis.

11 Puede consultarse el texto completo de esta resolución en: <https://www.impo.com.uy/bases/resoluciones/337-2020>

12 Además, días pasados la prensa informaba que, solo en la primera semana de abril fueron enviados al seguro de paro otros 37.000 trabajadores. De éstos, 31.342 fueron en calidad de suspendidos, 1.433 como despedidos y 4.308 por reducción de trabajo [<https://www.montevideo.com.uy/Noticias/BPS-recibio-mas-de-37-mil-solicitudes-de-seguro-de-paro-en-la-primera-semana-de-abril-uc749593>]. Sobre la descripción de algunas de las principales características del seguro de paro, ver infra, cap. IV).

13 <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16314/1/evolucion-de-los-cotizantes-2019.pdf>.

14 <https://negocios.elpais.com.uy/noticias/bps-recibio-solicitudes-seguro-paro-enfermedad-marzo.html>

1. Trabajo desde el domicilio de los trabajadores

Como ya se dijo, muchas tareas pasaron cumplirse mediante la modalidad del trabajo a distancia, desde el domicilio de los trabajadores. Sin lugar a dudas, entre las diversas consecuencias que ha tenido el advenimiento de la pandemia, el teletrabajo desde los domicilios ha sido una de las que ha tenido mayor destaque, debido a su abrupta y generalizada difusión.

En tal sentido, inmediatamente de conocidos los primeros casos positivos de COVID-19, el Poder Ejecutivo dirigió mediante decreto (n° 94/2020, del 13 de marzo de 2020) una exhortación a todos los empleadores para que pusieran en práctica sistemas de trabajo desde los domicilios de sus dependientes en todos los casos en que tal cosa fuera posible¹⁵.

Para esos casos, el decreto aclaró que es el empleador quien debe asumir a su cargo el suministro de todos los implementos necesarios para que se pueda realizar la tarea encomendada y planteó la exigencia formal de que el teletrabajo sea comunicado a la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, vía correo electrónico.

Luego de esa exhortación, un importante contingente de empresas (incluidos organismos públicos de todo nivel) organizaron rápidamente su actividad a través de esta modalidad¹⁶.

Es importante puntualizar que en Uruguay no existía ni existe aún una regulación general sobre el trabajo a distancia y que, salvo esos específicos puntos a que hizo referencia el decreto más arriba citado (es decir: el deber del empleador de suministrar los insumos y cumplir con el requisito formal de la comunicación a la Inspección General de Trabajo y la Seguridad Social), ninguna otra disposición, exigencia o particularidad ha sido establecida para esta modalidad de realización de las tareas a distancia. Esto significa que, entre otros aspectos, resultan aplicables a esta modalidad de trabajo las normas relativas a la limitación del tiempo de trabajo (en materia de, por ejemplo, extensión de las jornadas, pausas y descansos).

15 Similar exhortación fue realizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el CONASSAT (ver infra, numeral 3 de este mismo capítulo).

16 Ver: <https://www.busqueda.com.uy/nota/el-estado-usa-una-app-para-monitorear-el-teletrabajo-de-funcionarios>

2. Telemedicina: Ley n° 19.869, del 2 de abril de 2020

Por otra parte, el 2 de abril de 2020 quedó promulgada la ley n° 19.869¹⁷, que tiene por objeto establecer una serie de lineamientos generales para la implementación y desarrollo de la *telemedicina*, como prestación de los servicios de salud, a fin de mejorar su eficiencia, calidad e incrementar su cobertura mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación. La norma está fundamentalmente centrada en los aspectos de carácter asistencial y en los derechos de los usuarios de los servicios de salud, pero no contiene una regulación de las condiciones de trabajo que regirán en esta materia.

3) Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT)

Ley 19196, del 25/03/2014

Artículo 1

El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

Por resolución n° 52/2020, del 13 de marzo de 2020¹⁸, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó al Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CONASSAT)¹⁹ a los efectos de “abordar la situación que actualmente conlleva el eventual riesgo biológico que dentro del ámbito laboral produce la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus denominado COVID-19”.

17 El texto se puede consultar en: https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/cons_min_91.pdf

18 El texto de la resolución se puede consultar en www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-52020-conassat-coronavirus-covid-19

19 El CONASSAT es un organismo de integración tripartita, que fue creado por decreto del Poder Ejecutivo, n° 83/996, del 7 de marzo de 1996 -www.impo.com.uy/bases/decretos/83-1996. Se compone por ocho miembros, que representan al MTSS, MSP, BPS, BSE (un representante por cada uno de esos organismos) y las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores (dos representantes por cada una). Sus cometidos están vinculados con la materia de la seguridad y salud en el trabajo, siendo el encargado de estimular, promover, coordinar y orientar las acciones de todas las entidades, públicas y privadas que tienen relación con dicha temática, así como promover el desarrollo normativo a todo nivel en materia de prevención de riesgos laborales y mejora de las condiciones de trabajo.

Esa misma resolución estableció una serie de medidas, que pocos días después fueron ratificadas, ampliadas y detalladas por consenso en el seno del referido CONASSAT y que, a su vez, fueron recogidas por una nueva resolución del MTSS (nº 54/2020, del 19 de marzo de 2020)²⁰.

En dichas resoluciones fueron establecidas una serie de medidas y recomendaciones dirigidas a prevenir el riesgo biológico en el ámbito laboral a raíz de la enfermedad infecciosa generada por el COVID-19. En tal sentido, se atribuye al empleador, a la Comisión Bipartita de Seguridad²¹ y a los Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo²² la tarea de coordinar los mecanismos necesarios para la confección de protocolos de prevención, control y actuación según la naturaleza y características propias de cada empresa o institución, lo que deben contener una serie de *medidas de difusión, prevención, control y actuación*²³.

20 El texto de la resolución se puede consultar en <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-54020-conassat-coronavirus-covid-19>

21 Se trata de las “instancias de cooperación entre empleadores y trabajadores” a que hace referencia el artículo 5º del decreto nº 291/007, del 13 de agosto de 2007. Este decreto tiene por objeto reglamentar el convenio internacional de trabajo nº 155, sobre salud y seguridad en el trabajo. Su texto ha sido parcialmente modificado por el decreto nº 244/016, del 10 de agosto de 2016.

22 Cuya implementación dispuso el decreto nº 127/2014, del 19 de mayo de 2014 (reglamentario del convenio internacional de trabajo nº 161, sobre servicios de prevención y salud en el trabajo, ratificado por ley nº 15.965, del 28 de junio de 1988) con el objeto de promover la seguridad y salud de los trabajadores. El citado decreto fue modificado por decreto nº 126/2019, del 13 de mayo de 2019, que varió el cronograma originalmente previsto para la exigibilidad y puesta en práctica en las empresas de dichos servicios.

23 Implementación de mecanismos de comunicación o difusión de material informativo sobre las medidas de prevención, control, y actuación que emita la autoridad sanitaria; provisión en cantidades suficientes de materiales de higiene en los lugares de trabajo (alcohol y otros medios de protección personal, tales como guantes, mascarillas, etc., cuando por la índole de la actividad estén indicados); extremar medidas de higiene mediante el mantenimiento y desinfección de lugares y equipos de trabajo, con especial referencia a los equipos que proyecten aire (secadores de mano, aires acondicionados y ventilación), higiene y desinfección diaria de la ropa de trabajo, equipos de protección personal y superficies a la que están expuestos los trabajadores en aquellas actividades que lo requieran; lavado de manos, no compartir artículos personales; medidas de higiene respiratoria -estornudos, tos, codo, pañuelos descartables-; mantenimiento de distancia no inferior a 1,5 metros; evitar concentración de personas; adopción de medidas de organización del trabajo que mitiguen el riesgo de propagación del virus (trabajo a distancia y la evaluación de evitar viajes al exterior por parte del personal). También deben preverse las acciones a adoptar ante la aparición de un trabajador con síntomas de la enfermedad. Dichas acciones deben contemplar la participación de los Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo (cuando la empresa disponga de los mismos), o del prestador de salud que corresponda al trabajador; la rápida y eficaz adopción de medidas de control al resto de los trabajadores que estuvieron en contacto con el eventual infectado dentro de un período no inferior a los 14 días previos a la aparición de los síntomas de la enfermedad; las circunstancias de hecho que se generen por la imposibilidad de que el trabajador infectado o presunto infectado pueda asistir al centro de trabajo.

IV. Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores

1. Flexibilización del seguro de paro

El sistema del *seguro de paro*, que ampara la contingencia del desempleo forzoso, existe en Uruguay desde hace más de sesenta años²⁴ y se ha constituido, en las actuales circunstancias, en una herramienta fundamental de contención social.

El sistema se encuentra regulado por el decreto-ley n° 15.180, del 7 de setiembre de 1981²⁵ con modificaciones introducidas por la ley n° 18.399, del 24 de octubre de 2008²⁶ y los decretos reglamentarios, n° 14/982, del 19 de enero de 1982²⁷ y n° 162/2009, del 30 de marzo de 2009²⁸.

Como se sabe, se contemplan tres causales de desempleo forzoso: el despido, la suspensión total de trabajo y la reducción o suspensión parcial de trabajo.

A los efectos del presente análisis, se hace foco en las dos últimas, es decir, la de la *suspensión total* y la de la *reducción parcial* del trabajo y no con pretensión de exponer al detalle sus características, sino sólo con el objeto de señalar, muy someramente, las principales adaptaciones que se han introducido en el marco de la emergencia nacional sanitaria.

La causal de *suspensión total*, permite que aquel empleador que momentáneamente se vea afectado por una situación de falta de trabajo, pueda disponer la suspensión de la relación de trabajo y enviar a sus trabajadores al seguro de paro por un plazo máximo de hasta cuatro meses.

En esos casos -como se acaba de indicar- la relación de trabajo queda suspendida, quedando el trabajador relevado de cumplir con la obligación principal a su cargo -la prestación del trabajo- y, a su vez, el empleador queda temporalmente exonerado de hacer efectivo el pago del salario.

24 Al respecto, véase el profundo y minucioso estudio de Bonino Gayoso, Nicolás, “Orígenes y evolución de la asistencia al desempleo en Uruguay”, en: www.audhe.org.uy/Boletin_Audhe/Boletin_8/Boletin_AUDHE_2009_Bonino_pp_24-37.pdf ..

25 www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15180-1981

26 www.impo.com.uy/bases/leyes/18399-2008/7

27 www.impo.com.uy/bases/decretos/14-1982

28 www.impo.com.uy/bases/decretos/162-2009

En ese periodo el trabajador pasa a percibir una prestación económica, consistente en un subsidio mensual en dinero, que es servido por el Banco de Previsión Social. El monto de dicho subsidio es, en el caso de los trabajadores mensuales, del 50% del promedio mensual de las remuneraciones nominales computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal, en tanto que para los trabajadores que son remunerados por día o por hora, es equivalente a doce jornales mensuales (el monto de cada jornal se obtiene dividiendo entre 150 al total de las remuneraciones nominales computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal)²⁹. Es decir, *grosso modo*, se apunta a asegurar que durante el periodo en que la relación de trabajo se encuentra suspendida, el trabajador perciba una prestación económica por un importe que, aproximadamente, alcanza a la mitad del promedio mensual de las remuneraciones que recibió en los seis meses anteriores (más un incremento del 20% cuando el trabajador tiene familiares a cargo). El subsidio tiene, además, un tope mínimo -que en la actualidad es de \$ 5.574,33- y un tope máximo -de \$ 44.606,60.

Por su parte, la modalidad de la *suspensión parcial*, en circunstancias normales sólo está prevista para los trabajadores jornaleros. Sin embargo, la situación de emergencia determinó al Poder Ejecutivo a hacer uso de las facultades que le confiere la ley³⁰, a los efectos de extender temporalmente esta causal para abarcar también a los trabajadores mensuales³¹.

Procede en alguna de las siguientes hipótesis:

- a) disminución de por lo menos 6 jornadas de trabajo y un máximo de 19 jornadas en el mes;
- b) disminución de por lo menos 50% en cantidad de horas diarias de trabajo.

El importe de la prestación que en estos casos sirve el Banco de Previsión Social por los días u horas que el trabajador deja de trabajar, es *grosso modo*-equivalente al 25% del promedio mensual de las remuneraciones percibidas por

29 Artículo 7 del decreto-ley n° 15.180.

30 Artículo 10 del decreto-ley n° 15.180, en la redacción dada por el artículo 1° de la ley n° 18.399.

31 Resoluciones del MTSS, del 18 y 20 de marzo [respectivamente: www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/documentos/noticias/Resolucion%20143%20-%202018-3-2020.pdf y www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-163020-regimen-especial-del-subsidio-desempleo-parcial] y 3 de abril de 2020. Este régimen flexibilizado rige hasta el 31 de mayo de 2020, sin perjuicio de la posibilidad de que sea nuevamente extendido.

el trabajador en los seis meses inmediatos anteriores. Además, se asegura que la sumatoria de esta prestación y el salario que el trabajador continúa percibiendo de su empleador por las horas o jornadas en que sí continúa trabajando, no puede ser en ningún caso inferior al 75% del promedio referido³².

No se han introducido modificaciones al régimen que normalmente rige en materia de despidos (prohibiéndolos o limitándolos en ningún sentido). El seguro de paro ha significado una importante contención para los despidos, aunque, incluso así, se han producido unos cuantos³³, y ya se prevé que la pandemia termine provocando un importante incremento de los niveles de desempleo (que rondaban el 8.5% antes de declarada la emergencia³⁴).

2. Otras medidas

También se han habilitado otras medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, tales como el adelantamiento del goce de la licencia (res. MTSS n° 55/2020)³⁵, el otorgamiento licencia extraordinaria sin goce de sueldo con pago de una partida extraordinaria (ej. acuerdo celebrado en la industria de la construcción el 20 de marzo de 2020, recogido por el decreto del Poder Ejecutivo n° 108/2020, del 24 de marzo de 2020³⁶).

Por otra parte, con la finalidad de aliviar las cargas para las empresas e inyectar cierta liquidez en la economía, se han dispuesto medidas tales como facilidades de pago y exoneración de aportes a la seguridad social para empresas con hasta diez empleados; abatimiento y financiación de aportes patronales y personales a la seguridad social; líneas de crédito blandas a cargo del Banco de la República Oriental del Uruguay, etc.

32 Dicho criterio rige desde el 1° de abril de 2020.

33 De un total de 86.044 solicitudes de subsidio por desempleo que se tramitaron durante el mes de marzo, 6.889 fueron por despido (7,77%).

34 www.ine.gub.uy/documents/10181/30865/ECH+Empleo+Enero+2020/43ad8dd9-baff-4af8-8589-881e998c1ff7

35 Puede consultarse el texto de la resolución en: www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-55020-autorizando-adelanto-licencia-covid-19

36 Puede consultarse la resolución en www.impo.com.uy/bases/decretos/108-2020

3. Pago de los salarios

En general parece predominar, por el momento, la idea de que las empresas deben continuar haciéndose cargo de los salarios de los trabajadores, lo que implica decir que no han prosperado tesis dirigidas a plantear que los empleadores podrían eximirse de hacer frente al pago de los salarios con fundamento en razones de fuerza mayor o similares.

Sin embargo, también hay que decir que en la actividad privada se están acordando (en general, mediante pactos individuales) reducciones salariales transitorias (que afectan, sobre todo, a personal de nivel gerencial). Esto, sin perjuicio de los envíos al seguro de paro, que ya fueron referidos.

4. Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley n° 19.874, del 8 de abril de 2020)

En relación a la actividad pública, corresponde destacar la reciente aprobación de una ley (n° 19.874, del 8 de abril de 2020³⁷) que crea el Fondo Solidario COVID-19.

Dicho Fondo se nutre, entre otros aportes, con la recaudación del “Impuesto Emergencia Sanitaria COVID-19”, que también es creado por la misma ley y que, en principio, regirá solamente por los meses de abril y mayo.

Dicho tributo grava a todos los funcionarios públicos, a los empleados dependientes de las personas de Derecho público no estatal y, asimismo, a los empleados de las sociedades anónimas en que el Estado es accionista mayoritario.

El impuesto grava a los salarios nominales iguales o superiores a \$ 120.000, aplicándose una escala que va del 5% al 20%, que se incrementa a medida que lo hace el salario del funcionario. La ley dispone, además, que ningún funcionario alcanzado por el impuesto podrá percibir menos de \$ 80.000 líquidos.

También grava los ingresos no originados en relación de dependencia de las personas que se vinculan con esas mismas entidades estatales y paraestatales. Queda expresamente exceptuado de este impuesto el personal de la salud que participa directa o indirectamente en el proceso asistencial (trabajadores médicos y no

37 El texto completo de la ley puede consultarse en https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/mef_41.pdf

médicos) que a raíz de las tareas que desempeña, está expuesto al contagio del Covid-19.

En la citada ley también se crea, con el mismo fin, un impuesto que grava adicionalmente a las jubilaciones (adicional al IASS), con similares franjas y escalas a las que se acaban de indicar respecto de los salarios.

V. Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena

Quienes contraigan la enfermedad quedarán amparados por el sistema general que rige para los casos de enfermedad común (enfermedad no profesional).

Como se sabe, el sistema universal de cobertura de la salud, incluye atención médica a través del denominado Sistema Nacional Integrado de Salud (conformado por prestadores de salud públicos y privados) y contempla una *licencia por enfermedad* para el trabajador dependiente de la actividad privada, que le otorga el derecho a percibir una prestación económica (a partir del cuarto día de ausencia, salvo hospitalización, en cuyo caso se sirve a partir de ese momento) y por el término máximo de un año, prorrogable por otro año más. Si el afectado recibe el subsidio en varias oportunidades dentro del periodo de cuatro años, por unidad de dolencia, se suman esos períodos de prestación a los efectos del máximo antes referido³⁸.

El importe de la prestación económica es, *grosso modo*, del 70% de los ingresos del trabajador, con un tope que en la actualidad asciende a \$ 44.606,60, más una doceava parte por concepto de aguinaldo.

Por otra parte, a raíz de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo, dispuso³⁹ que las personas obligadas a guardar aislamiento y estén comprendidas dentro de la cobertura del sistema de la enfermedad común, tienen derecho a percibir la prestación por el período que corresponda.

En forma similar, el decreto n° 109/2020⁴⁰, del 25 de marzo de 2020, autorizó a los trabajadores de 65 años o más a permanecer en régimen de aislamiento

38 V.: Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Relación de trabajo y enfermedad del trabajador", en Revista Derecho del Trabajo, n° 20, julio-setiembre 2018, p. 48 y ss.

39 Decreto n° 94/020, del 13 de marzo de 2020.

40 Puede consultarse la norma en: www.impo.com.uy/bases/decretos/109-2020

por hasta 30 días, percibiendo el subsidio por enfermedad común, salvo en aquellos casos en que realicen tareas desde sus domicilios.

VI. Situación de los trabajadores de la salud

En la actual situación sanitaria, los trabajadores de la salud son, sin lugar a dudas, los que están llamados a asumir las actividades más arduas y delicadas. Se encuentran ubicados en la primera línea, donde deben cumplir, con redoblada intensidad, sus deberes laborales, profesionales y éticos. Realizan esta faena con compromiso, solidaridad y dedicación.

La sociedad es consciente de la importancia de su labor y así lo reconoce diariamente mediante manifestaciones espontáneas de apoyo.

Pero, siendo muy importante que continúen recibiendo ese tipo de mensajes de aliento y reconocimiento, también lo es -y mucho más- que el respaldo se trasunte, también, en medidas de amparo concretas y tangibles.

En esa línea, el pasado 3 de abril quedó promulgada la ley n° 19.873, que definió a “la enfermedad coronavirus COVID 19” como *enfermedad profesional* cuando sea contraída por el “personal de la salud que participa directa o indirectamente en el proceso asistencial (trabajadores médicos y no médicos), que desempeñen tareas en las instituciones privadas de asistencia médica y estén expuestos al contagio.

En estos casos, el trabajador tiene derecho a percibir una *renta temporaria*, “durante el período de la enfermedad y con el límite máximo de cuarenta y cinco días”.

El importe de esa renta -que es servida por el Banco de Seguros del Estado- es del 100% del jornal o sueldo mensual que el trabajador venía percibiendo al momento en que le es diagnosticada la enfermedad, con un tope máximo de 10 *salarios mínimos nacionales* mensuales (\$ 163.000).

VII. ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura?

Diálogo y negociación pueden, *a priori*, visualizarse como mecanismos difíciles de ser puestos en práctica en contextos en que se impone la adopción de decisiones y acciones muy rápidas.

No obstante, resulta fundamental instalar y preservar ámbitos en los que sea posible desarrollar ese tipo de prácticas, tan importantes en momentos tan acuciantes como los que se están atravesando.

En este sentido, como ya se adelantó, se han venido generando espacios de diálogo, en los que ha sido posible alcanzar acuerdos con miras a resolver diversos temas a nivel nacional⁴¹, sectorial⁴² y de empresas.

VIII. Conclusiones

Resulta aventurado formular conclusiones en un momento en el que todavía continuamos transitando por una situación inédita y con características tan generalizadas y graves. La falta de certezas parece ser el factor que mejor identifica los días que se viven, en los que todavía no es posible pronosticar cuánto tiempo insumirá el retorno a la normalidad.

En los primeros treinta días que han transcurrido desde la declaración del estado de emergencia sanitaria nacional, el impacto se ha hecho sentido con bastante rigor y la actividad económica se ha visto afectada en una muy importante medida. Esto ha provocado graves repercusiones a nivel laboral y social, al punto que ya se cuentan por decenas de miles las familias damnificadas por la crisis. Por otra parte, la sensación de vulnerabilidad que con todo esto se genera, se hace aún más intensa si se tiene en cuenta que como telón de fondo de las adversidades económicas y sociales, se presenta un factor que amenaza bienes todavía más preciados, como la salud, la libertad e, incluso la vida.

Comoquiera que sea, en un panorama tan delicado como el actual, se hace imprescindible destacar el inapreciable valor que tiene el hecho de que nuestro país haya sido históricamente capaz de construir y preservar estructuras, sistemas y mecanismos que, aún con sus limitaciones, resultan razonablemente aptos para

41 Por ejemplo, en el Consejo Superior Tripartito (www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/comunicacion/noticias/consenso-postergar-convocatoria-consejos-salarios)

42 Por ejemplo, los acuerdos celebrados en la industria de la construcción para el adelantamiento de la licencia y el pago de una partida extraordinaria (<https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/politicas-y-gestion/normativa-acuerdos-protocolos-relacionados-emergencia-sanitaria-covid-19>) y, en el mismo sector, el acuerdo alcanzado el 11 de abril de 2020, en el que se establecieron las condiciones de retorno a la actividad y el protocolo de trabajo. También puede mencionarse el protocolo de higiene y prevención alcanzado para el sector del transporte -grupo 13- agencias de carga www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/tematica/g-agencias-carga.

ofrecer garantías de amparo y contención social cuando son puesto a prueba, incluso en circunstancias tan aciagas.

Montevideo, 12 de abril de 2020

LA *KENOSIS* PERUANA PUESTA EN EVIDENCIA POR EL COVID-19

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ*

La pandemia del coronavirus ha puesto en evidencia la profunda crisis económica y social del Perú, a este hecho le llamamos *kenosis*. En este artículo examinamos el fracaso de las políticas neoliberales en nuestro país; luego, a manera de comparación, tratamos las medidas tomadas por otros países frente al COVID-19 y, por último, comentamos críticamente las medidas que se están tomando (las preventivas) y otras que deberían tomarse, las estructurales.

Palabras clave: *kenosis*, coronavirus, neoliberalismo, impuestos, seguro social.

ABSTRACT: The coronavirus pandemic has exposed the profound economic and social crisis in Peru, a fact that we call *kenosis*. In this article we examine the failure of the neoliberal policies in our country; then, by way of comparison, we discuss the measures taken by other countries against COVID-19 and, finally, we critically comment on the measures being taken (the preventive ones) and others that should be taken, the structures.

Keywords: *kenosis*, coronavirus, neoliberalism, taxes, social security.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El fracaso de la política neoliberal. 1. El grado de la crisis que el coronavirus pone en evidencia. 2. ¿Cómo explicar esos datos en una economía de mercado? **III.** Las medidas tomadas por otros países frente al shock del covid-19. 1. La política fiscal, la gran protagonista. 2. La ayuda a las personas que sufren las consecuencias del COVID-19. 3. En cuanto a los trabajadores. **IV.** Las medidas que se están tomando (y otras que deben tomarse) en el Perú. 1. Medidas preventivas: “más temo al

* Profesor y coordinador de la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, miembro del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad Alcalá de Henares de España, autor de varios libros y artículos en temas relacionados con el trabajo y la seguridad social.

Contacto: leopoldo.gamarra@edu.uah.es

hambre que al coronavirus”. 2. Las medidas estructurales olvidadas reiteradamente. V. Conclusiones. VI. Referencia bibliográfica.

I. Introducción

En estos últimos meses todo ha cambiado en el mundo, nuestro país no es ajeno a la mayor pandemia que afecta a la humanidad: miles de personas no se atreven a salir de sus casas por el temor a ser contagiados por el coronavirus, otras lo hacen con miedo y otras por cumplir la ley de “cuarentena”. Esto nos obliga a cambiar nuestra forma de pensar, trabajar, relacionarnos, consumir, producir; en suma, esta pandemia nos obliga a repensar el funcionamiento de nuestras sociedades.

En este artículo, utilizamos el término *kenosis* que proviene del griego *kenos* y significa despojo, renuncia y pérdida de atributos por el tiempo. Eso es precisamente lo que nos demuestra y nos enrostra la pandemia actual: destapa nuestras miserias, nuestros atrasos como sociedad y nuestras desigualdades más profundas.

Por ello, en el presente artículo buscamos indagar y explicar las causas de nuestra experiencia lastimosa de fracasos en la política económica y social de las últimas décadas. Lo hacemos en tres apartados: el primero, tiene el propósito de examinar el fracaso de más de treinta años de aplicación de políticas neoliberales en nuestro país; en el segundo, a manera de comparación, tratamos las medidas fiscales y laborales tomadas por otros países frente al *shock* del COVID-19. Finalmente, analizamos las medidas preventivas que se están tomando en el Perú y aquellas olvidadas reiteradamente a lo largo de nuestra historia, las estructurales.

II. El fracaso de las políticas neoliberales

Con la pandemia los neoliberales¹ no deben sentirse amilanados frente a la magnitud de los problemas económicos y sociales que han salido a flote estos últimos meses y que probablemente se recrudezcan en los próximos años, tal como

1 El término neoliberal es un neologismo que permite dar a conocer una nueva etapa del liberalismo como el proceso de hegemonía ideológica y política en el pensamiento político contemporáneo; en términos económicos, se debe a que sus medidas se aproximan a los pre - keynesianos o liberales.

veremos más adelante. En este contexto, conviene recordar su propuesta (pensamiento) simple: *dejad que los mercados y la libre iniciativa solucionen los problemas.*

Recordemos también expresiones como las siguientes, que tuvieron tanta influencia desde fines de los ochenta: “(...), la intervención estatal en el Perú es excesiva y nociva. (...), en el mejor de los casos, complica la vida de todos” (De Soto, 1989, 310); “el mercado (...) empezó poco a poco a revelar a la conciencia ideológica sus virtudes potenciales: su capacidad para estimular la eficiencia productiva y la responsabilidad individual e, incluso, para inducir una mejor redistribución social de la riqueza” (De Althaus, 1992, 54). Esta posición, como núcleo argumental, según la cual el Estado debe limitar su acción o ser neutral de las políticas macroeconómicas, esto es, en la asignación de recursos que determinen el mercado; es lo que se viene aplicando hace más de treinta años en nuestro país, con diferentes gobiernos (Fujimori, García, Toledo, Humala y Kuczynski).²

Se dijo, en todos los tonos, que un sistema económico así, generaría riqueza y la satisfacción de las necesidades sociales, se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado, se argumentó también que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía. De ahí que, se afirmaba alegre e irresponsablemente que todos los individuos tienen las mismas oportunidades y su destino dependería de sus propios méritos.

Incluso, se llegó a prohibir al Estado de la facultad de planificar la economía y solo se le reconoció el papel de *orientador*, según el artículo 58 de la actual Constitución peruana de 1993: “(...) *el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura*”.

Inexplicable en otras realidades que han logrado desarrollo económico y social, como es el caso de España que en el artículo 131 de su Constitución reconoce expresamente que “el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general”, fijándose como objetivo la atención a “las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”. Con este artículo, se reconocen las demandas sociales destinadas a satisfacer las exigencias de infraestructura y equipamientos sociales.

2 Presidentes que se encuentran procesados por corrupción y otros delitos: el primero, preso; el segundo, se suicidó por temor a ser detenido; el tercero, con proceso de extradición de los EE. UU.; el cuarto, en juicio; y, el último, con detención domiciliaria.

1. El grado de la crisis que el coronavirus pone en evidencia

Como sabemos, la pandemia ha abierto el telón y podemos ver el grado de la crisis social. Basta con una breve mirada a las cifras de pobreza, educación, trabajo y salud para darnos cuenta de nuestro atraso como sociedad. En líneas generales:³

- El 20.5% de la población es pobre en términos monetarios, de la cual 42.1% es rural y 14.4% urbana.
- La tasa de empleo informal es de 72.4%, cabe señalar que la informalidad en el Perú es fundamentalmente rural (95.6%) y urbana (65.7%).
- El 24.4% de la población está afiliado al seguro social de salud (EsSalud) en su mayoría (29.7%) en las áreas urbanas y rural solo el 5.5%.
- El 47.1% de la población está afiliado al seguro integral de salud (SIS) y en su mayoría (79.4%) se encuentran en las áreas rurales urbanas y rural llegan al 38%.

Ahora bien, si los datos mencionados se desagregan por zonas geográficas el panorama cambia y se agudiza totalmente. La realidad económica y social pone de manifiesto tres relaciones (ver cuadro 1).⁴

- Relación entre informalidad y pobreza: los más pobres albergan las tasas de empleo informal más altas: Huancavelica, Cajamarca, Apurímac, Puno, Huánuco, Ayacucho y Amazonas.
- Relación entre la informalidad (y la pobreza) y la afiliación al SIS: en los departamentos con tasa de empleo informal más alta, la población en su mayoría está afiliada al SIS, consistente con el hecho de que son sobre todo los más pobres los que hacen uso del SIS.
- Relación entre la informalidad (y la pobreza) y la afiliación al SSS: en los departamentos con tasa de empleo informal más alta, un menor porcentaje de su población está afiliada al SSS-EsSalud; lo cual es consistente, ya que, solo los trabajadores formales se benefician de EsSalud.

3 Datos según el Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Nacional de Hogares para el año 2018, Perú.

4 Debemos agregar el dato de los mayores de 60 años, como los más vulnerables al coronavirus: de la población de 32 millones el 13% es adulto mayor con más de 60 años; para el 2050 se proyecta que la población de 60 años a más representaría el 24.9%, sobrepasando así a la población menor de 15 años (18.0%); esta cifra del adulto mayor ocasionará presión fiscal de no existir seguridad social.

Cuadro 1
Informalidad, pobreza y acceso a seguro de salud en Perú, 2018
 (% , según departamentos)

Departamentos	Tasa de empleo informal	Pobreza monetaria	Afiliados SIS	Afiliados SSS
Huancavelica	91.4	34.6	83.2	10.5
Cajamarca	89.3	41.9	73.8	9.8
Apurímac	88.0	34.6	79.8	12.4
Puno	87.6	34.6	57.3	12.5
Huánuco	87.3	34.6	70.2	11.3
Ayacucho	87.1	34.6	76.7	11.1
Amazonas	85.4	34.6	72.1	13.1
San Martín	84.6	23.1	66.7	13.9
Junín	83.5	23.1	55.2	16.9
Loreto	81.8	34.6	67.0	15.1
Cusco	81.6	23.1	59.1	16.0
Pasco	80.9	34.6	59.3	24.7
Áncash	80.3	23.1	58.1	21.1
Piura	78.3	23.1	53.7	20.9
Ucayali	77.6	12.6	54.4	18.1
Madre de Dios	76.2	3.1	49.7	18.2
Tumbes	76.0	12.6	57.8	23.9
Tacna	74.2	12.6	32.5	20.3
Lambayeque	74.2	12.6	45.9	28.6
La Libertad	72.5	23.1	44.1	27.9
Arequipa	65.3	12.6	28.4	32.2
Moquegua	64.4	12.6	38.7	36.0
Ica	61.1	3.1	24.6	40.9
Lima	58.6	12.6	30.4	32.5

Nota: SIS=Seguro Integral de Salud, SSS=Seguro Social de Salud-EsSalud. Hemos excluido el Callao, la provincia y región Lima.

Fuente: Elaboración propia con datos de Instituto Nacional de Estadística e Informática – ENAHO, 2007-2018.

Por otro lado, en materia de infraestructura en salud, tenemos cifras escalofriantes frente a una pandemia tan severa: *“El país solo cuenta con 685 camas en sus Unidades de Cuidados Intensivos de las cuales, en Lima, 90% están ocupadas y en provincia el 70%. (...), la respuesta sanitaria a cargo del gobierno y las organizaciones de salud, parte con un enorme déficit, producto de la deplorable situación de atención de la salud del país. En efecto, estamos frente a servicios públicos de salud condenados a cien años de abandono...”* (Lazo, 2020, 4).

En cuanto a la educación, estamos en un país en el que el acceso al internet puede ser un lujo (sólo el 29.8% de hogares a nivel nacional) al igual que tener una computadora (sólo el 33.3% de hogares a nivel nacional). Entonces, aprender en tiempos de pandemia en el Perú se está convirtiendo en tarea difícil. La edu-

cación a distancia agudiza la gran desigualdad en el país. Cuando desagregamos estas cifras por departamentos, menos del 10% de los hogares en Cajamarca, Huánuco, Puno, Ayacucho, Apurímac, Pasco y Huancavelica tienen acceso a internet. De manera similar, menos del 20% de los hogares tienen una computadora en Puno, Loreto, Huánuco, Ayacucho, Cajamarca, Huancavelica y Apurímac. Ver cuadro 2.

Cuadro 2:
Hogares con acceso a internet con al menos una computadora, 2018
(% total de hogares, según departamentos)

Departamento	Acceso a internet (% total hogares)	Al menos una computadora (% total hogares)
Amazonas	16.3	20.7
Áncash	17.1	27.6
Apurímac	6.7	11.6
Arequipa	35.0	41.9
Ayacucho	7.2	15.1
Cajamarca	9.3	13.4
Cusco	13.9	25.1
Huancavelica	2.8	12.0
Huánuco	9.2	17.3
Ica	33.6	40.7
Junín	21.3	23.2
La Libertad	24.7	32.4
Lambayeque	28.1	34.4
Lima	51.8	50.6
Loreto	19.3	18.1
Madre de Dios	21.0	27.8
Moquegua	30.7	37.9
Pasco	6.4	23.2
Piura	20.6	22.9
Puno	9.2	19.8
San Martín	14.3	21.4
Tacna	44.0	47.1
Tumbes	21.4	29.8
Ucayali	15.0	23.6

Nota: Hemos excluido el Callao, la provincia y región Lima.

Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática –ENAHO, 2007-2018.

En cuanto a las pensiones de los trabajadores, tanto en el sistema público como en el privado, la cobertura contributiva es baja con respecto a la PEA, como se puede observar en el siguiente cuadro 3.

Cuadro 3
Ratios de cobertura en los sistemas de pensiones (en %)

Sistema	Indicadores	2014	2015	2016	2017	2018
SNP	Afiliados/PEA	24.4	25.8	26.2	26.4	26.5
	Cotizantes/PEA	9.6	9.9	9.6	9.3	9.2
SPP	Afiliados/PEA	34.9	36.1	37.1	38.4	40.2
	Cotizantes/PEA	15.4	15.7	15.3	17.3	17.3

Fuente: MEF, con datos del INEI, ONP, SBS.

Finalmente, sobre el mercado laboral, lo más grave en este contexto es la inexistencia total de un seguro de desempleo o de cualquier forma de prestación por desempleo⁵ ha obligado a 167 mil peruanos que viven en Lima a regresar a sus regiones expulsados por el desempleo y el COVID-19.⁶

2. ¿Cómo explicar esos datos en una “economía social de mercado”?

Los datos mencionados, demuestran la dolorosa experiencia del fracaso estrepitoso de la política neoliberal, con un elevado costo económico y social. En los 90 se cuestionó el quehacer estatal, la injerencia en la solución de problemas sociales, las políticas redistributivas, etc. Esto se agravó con el fenómeno de la globalización⁷ económica que afectó el funcionamiento de los Estados nacionales, las empresas y los sindicatos; se buscó la reducción de la intervención del Estado en cuanto a lo social y la regulación de las materias económicas.

Así, a partir de 1992, al igual que los demás países latinoamericanos, se implementó el mercado como el medio idóneo para la solución de la crisis socioeconómica de entonces y el crecimiento a largo plazo, la restitución de los supuestos equilibrios básicos y el libre funcionamiento de la oferta-demanda. Se enarbó el principio del individualismo y la negación absoluta de lo social; es decir, se consideró al mercado como articulador de la vida social, de la estabilidad monetaria y de los precios.

5 Aunque existe la CTS, denominada por la OIT “seguro imperfecto de desempleo”; pero está totalmente desnaturalizada por la constante liberación de los fondos para el uso muy distinto a sus fines.

6 Fuente: Ojo público.

7 “La globalización es, sin lugar a duda, el gran tema de los tiempos que corren. Casi todos los ámbitos del quehacer humano parecieran no solo formar parte inamovible y constitutiva del proceso de globalización, sino, además, ser el resultado directo o indirecto del mismo” (Informe de la OIT, 1995, p. 5-29).

Esos inesperados y estrepitosos cambios han cerrado toda posibilidad de mejorar la situación de los pobres y de la sociedad, con lo cual se reorganizó por completo y radicalmente las relaciones socioeconómicas y se inauguró precisamente una nueva etapa en donde el paradigma es el mercado, la competencia sin límites y el individualismo; para ello, en términos ideológicos, se cuestionó de forma radical la teoría social moderna y a los autores que fijaron los principales marcos de referencia como Marx, Durkheim y Weber.⁸

En materia de trabajo, se instauró la temporalidad de la relación laboral; esto provocó la precariedad del empleo, el aumento de la incertidumbre en los trabajadores, con lo que se logró modificar el régimen de contratación.⁹ Esto favoreció el debilitamiento del modelo de contrato de tiempo completo y de duración indeterminada; es decir, la desintegración de la sociedad salarial.¹⁰ Y, lo más grave, afectó a la organización sindical por el uso de contratos temporales, las diversas formas de intermediación, uso de contratos “no laborales”, con disposiciones que no son compatibles con el Convenio 98 de la OIT, que dispone el fomento, por parte de los gobiernos, de derechos colectivos.

Asimismo, tenemos la privatización del seguro social. Esta reforma del seguro social se hizo de dos formas: en pensiones bajo el principio del aporte individual y privado para captar los recursos monetarios de los trabajadores, con la finalidad de invertirlos en la adquisición de títulos y valores, y el pago de prestaciones de jubilación y otros eventualmente de invalidez y sobrevivientes; en el segundo caso, en materia de salud, como resultado de la reforma tenemos a las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) como “empresas privadas”.

Las prestaciones de pensiones y salud han logrado regresar a manos privadas de grupos monopólicos que fueron las razones para que el Estado en los años 60 las controlara. Si bien hubo un momento de euforia en los que dirigieron la privatización, ahora podemos observar problemas en el sistema tanto en pensiones como en salud; en definitiva, no lograron insertarse eficazmente en el proceso real de solución de los problemas de la seguridad social.

8 Un análisis de las ideas sociológicas de los tres autores puede verse en la obra de Anthony Giddens, *Capitalismo y la moderna teoría social*, Ed. Idea universitaria, Barcelona, 1998.

9 Como puede constatarse en cuatro países de América Latina: Argentina, Colombia, Chile y Perú, en el libro de Víctor Tokman y Daniel Martínez (Editores), *La flexibilización en el margen: la reforma del contrato de trabajo*, OIT, Lima, 1999.

10 Al respecto, ver Robert Castel, *Les metamorphoses de la question sociale: une chronique du salaire*, Editions Fayard, París, 1995.

Ahora que la pandemia del coronavirus nos vuelve a la realidad, tenemos que considerar dentro de todo planteamiento de cambio el tema de la inclusión social, como muy necesario y urgente; en esta perspectiva, el reto de la inclusión social debe ser visto de manera integral, entonces el desafío será promover políticas redistributivas dirigidas a superar la pobreza y lograr el desarrollo de nuestro país, bases fundamentales de todo cambio. Por ello, resulta clave plantear la relación entre inclusión social y relaciones de igualdad; es decir, no en el sentido extremo de sólo considerar la inclusión social como la posibilidad jurídica de comprar y vender en el mercado, como lo sostienen los neoliberales¹¹ que significaría un vaciamiento ético de las relaciones sociales y desconocimiento de derechos.¹²

Por ello, para lograr una estructura económica y social que tenga como base la igualdad y la justicia, se necesitan no solo voluntad política sino valores morales, de reconocer que todos los ciudadanos son iguales en derechos y obligaciones, que todos tienen intereses propios, legítimos y naturales; como ejemplo, tenemos el caso de los trabajadores y empresarios, en la cita muy conocida de Smith: *“No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen de sus propios intereses. Apelamos no a su sentido humanitario sino a su amor por ellos mismos ...”* (Smith, 1776, 13).

Aunque erróneamente Smith es considerado por muchos el padre de la “mano invisible”, entendida solo como egoísmo y principio básico de la economía; por el contrario, este padre de la economía no concebía el funcionamiento de la economía y del mercado sin la presencia de valores morales. Otro economista destacado como Keynes, después de más de siglo y medio de Smith, expresaba que no tenía ningún motivo para apartarse de las instituciones fundamentales de los principios éticos.

11 Para ellos, “la única igualdad que deben defender los liberales es la igualdad ante la ley y como acabamos de definir, pero en ningún caso una igualdad en los resultados, que es de raíz incompatible con la libertad y que se basa en un concepto de justicia social espurio y falso” (Jesús Huerta de Soto, *Estudios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 261).

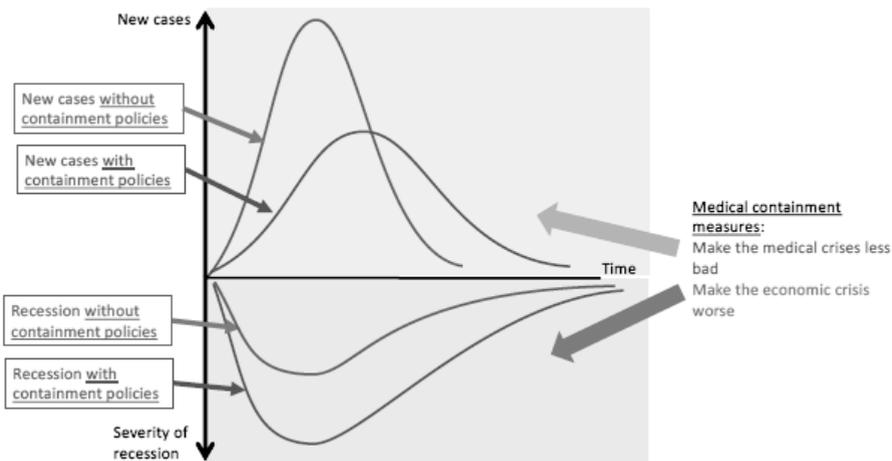
12 Que se expresan en el individualismo, insolidaridad y exclusión social, como actitudes o resultados no éticos o de connotación ética negativa; contrariamente “es moral todo lo que constituye fuente de solidaridad, todo lo que fuerza al hombre a contar con otro...” (Emile Durkheim, Tesis doctoral publicado en 1893).

III. Las medidas tomadas por otros países frente al *shock* del COVID-19

A diferencia de la Gran Recesión del 2008 y del 2011, en esta crisis el empleo y la producción están cayendo porque queremos que las personas se queden en casa. Las medidas de salud pública para aplanar la curva imponen grandes costos económicos, como podemos observar en el gráfico 1, que reducen inevitablemente la actividad económica y disminuyen el tamaño general de la economía.¹³

Muchos economistas consideran que el impacto económico de esta crisis será persistente; de ahí que, la prioridad de los gobiernos debe ser proteger a las personas de los costos económicos y garantizar que la economía esté en condiciones de recuperarse rápidamente cuando se contenga el virus. Hacer esto requerirá una respuesta política multifacética y ambiciosa: “Es el tiempo de sacar la artillería pesada; no es el momento de políticas tímidas, sino de hacer lo que sea necesario, rápido”.¹⁴

Gráfico 1
Curva de contagios COVID-19 y recesión económica



Fuente: Richard Baldwin y Beatrice Weder di Mauro (2020: 9).

13 Donald Marron (2020). Macroeconomic Policy in the time of COVID-19, marzo 17, 2020) <https://www.taxpolicycenter.org/taxvox/macroeconomic-policy-time-COVID-19>

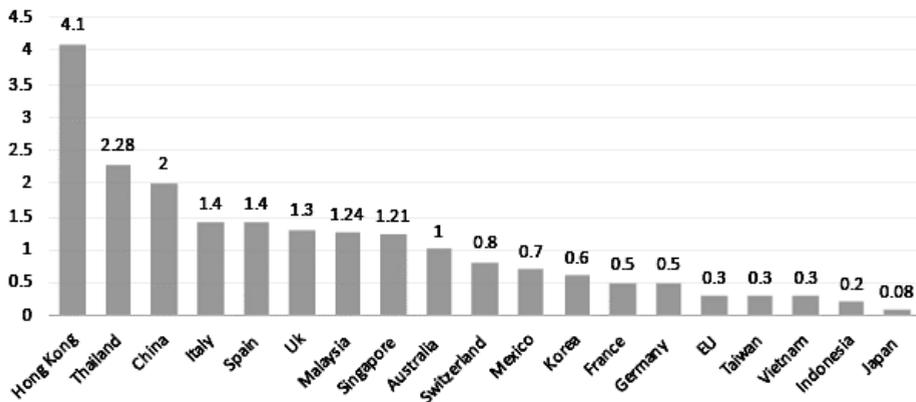
14 Richard Baldwin y Beatrice Weder di Mauro (2020), “Introduction”, en Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro (eds.), *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes*, Vox CEPR, p.2.

1. La política fiscal, la gran protagonista

En esta crisis la política fiscal debe ser la que debe salir al rescate de la economía porque gran parte del shock está ocurriendo en la economía real, mientras que la política monetaria debe desempeñar un papel de apoyo, garantizando la liquidez del sistema financiero.¹⁵

Muchos gobiernos reaccionaron en esta línea, como se puede ver en el gráfico 2. Hong Kong es el que más medidas fiscales ha implementado, un 4% de su PBI, seguido de Italia, España y el Reino Unido quienes han anunciado programas de ayuda económica (en su mayoría, condicionadas a determinados hogares y empresas) que equivalen el 1.5% de sus PBIs.

Gráfico 2
Medidas fiscales anunciadas (%PIB)



Fuente: Richard Baldwin y Beatrice Weder di Mauro (2020: 17).

2. La ayuda directa a los más afectados

Muchos hogares no tienen efectivo ni ahorros para sobrevivir los próximos meses sin una ayuda externa; ayudar es esencial para evitar el sufrimiento extremo y el daño permanente en la economía. Pero, se ha debatido mucho sobre la mejor manera de ayudar a las personas en estos momentos difíciles causados por la pan-

15 Recordemos que, en la crisis del 2008, los bancos centrales fueron los que salieron al rescate de la economía. Lo mismo ocurrió durante la crisis del euro en el 2011; en la crisis actual, la política monetaria es inefectiva.

demia. Algunos economistas (entre ellos Greg Mankiw, ex asesor del presidente Bush) han sugerido una acción simple y rápida: transferir una cantidad fija a cada individuo.¹⁶

Es una forma efectiva de poner dinero en las manos de la mayoría de las personas rápidamente.

Otros economistas, más preocupados por el costo y la focalización de las transferencias, abogan por que éstas sean dirigidas a las personas realmente afectadas (hogares de bajos ingresos). Los problemas que se han presentado con esta propuesta son: (i) la dificultad de identificar a los verdaderamente necesitados en tan corto tiempo, (ii) si se hace de manera imperfecta, puede no tomar en cuenta a algunas personas realmente necesitadas, (iii) el problema de las externalidades (distorsiones en el comportamiento del individuo).

3. En cuanto a los trabajadores

Podemos constatar en este momento (como en otros) de la historia de Europa y otros países desarrollados, en cuanto a los trabajadores se refiere, que la seguridad social es el instrumento más eficiente para evitar los efectos distorsionadores de las medidas de entrega de apoyos; por eso, en varios países, se ampliaron los programas de redes de seguridades existentes.¹⁷ Como Mankiw argumenta, los responsables de la política fiscal no deberían centrarse en la demanda agregada sino en la seguridad social.¹⁸ Por ejemplo, en Estados Unidos se ha ampliado la elegibilidad para el seguro de desempleo, se ha aumentado la cantidad de beneficios (\$50 por semana adicional) y se han ampliado programas para los más

16 La propuesta de Mankiw es enviar a cada persona un cheque por X dólares cada mes durante los próximos N meses y poner un impuesto adicional en 2020, con vencimiento en abril de 2021 o tal vez repartido en varios años, igual a $N * X * (Y_{2020} / Y_{2019})$, donde Y_{2020} es el ingreso de una persona en 2020 y Y_{2019} es el ingreso de una persona en 2019. El impuesto adicional se limitaría a $N * X$. Según este plan, una persona cuyas ganancias caen a cero este año mantiene todos los pagos del seguro social y no paga el impuesto adicional. Una persona cuyas ganancias caen a la mitad mantiene la mitad de los pagos y devuelve la mitad. Una persona cuyas ganancias se mantienen igual (o aumenta) devuelve todo. Ver: Greg Mankiw, *A proposal for Social Insurance During the Pandemic* (marzo 23, 2020): <http://gregmankiw.blogspot.com/>

17 Donald Marron (2020). Macroeconomic Policy in the time of COVID-19, (Marzo 17, 2020) <https://www.taxpolicycenter.org/taxvox/macro-economic-policy-time-COVID-19>

18 Greg Mankiw, *Thoughts on the Pandemic* (Marzo 13, 2020) en <http://gregmankiw.blogspot.com/>

vulnerables, como el Programa de Asistencia Nutricional Suplementaria (SNAP, por sus siglas en inglés).¹⁹

En algunos países europeos, incluidos Alemania, Austria, España y Suiza, permiten una forma de apoyo bien focalizada: aquellos a quienes el bloqueo les impide trabajar, reciben el 80% de su salario normal en forma de compensación por desempleo mientras permanecen bajo contrato con su empleador. Lo que implica que los fondos públicos se destinan a ayudar a la inactividad involuntaria de aquellos trabajadores que no perciben ningún salario, lo que les incentiva a ponerse en marcha nuevamente tan pronto como se levante el bloqueo.²⁰ Específicamente en España se le conoce como Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE)²¹ y se define como una prestación por desempleo que se percibe tras la pérdida involuntaria, definitiva o temporal de un empleo, o tras la reducción de la jornada diaria de trabajo.

Ampliar temporalmente el seguro de desempleo a los trabajadores despedidos y a los desempleados alienta a la actividad fuera del mercado aún más porque reduce el costo relativo (o precio) de participar en dichas actividades.²² Las empresas que experimentan falta de demanda podrían despedir o suspender parte de su fuerza laboral, sabiendo que los ingresos de muchos de estos trabajadores se compensarían con beneficios del seguro de desempleo (temporalmente).

Entonces, limitar la duración de los beneficios de desempleo es muy valioso para no crear ineficiencias al largo plazo.²³ Según el estudio esta política absorbería en promedio el 20% de las pérdidas de ingresos originadas por el aumento del desempleo; por lo tanto, proporcionaría un efecto de estabilización adicional equivalente a más del 50% del efecto de un esquema de seguro de desempleo típico en la zona del euro.

19 Jason Furman (2020), "Protecting people now, helping the economy rebound later" en Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro (eds.), *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes*, Vox CEPR, p.191-196.

20 Jean-Philippe Bonardi, Marius Brühlhart, Jean-Pierre Danthine, Eric Jondeau, Dominic Rohner (2020), The economics of wage compensation and corona loans: Why and how the state should bear most of the economic cost of the COVID lockdown, *VOX CEPR Policy Portal*. <https://voxeu.org/article/economics-wage-compensation-and-corona-loan>

21 Ver: <https://www.sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/quiero-cobrar-el-paro/afectadoERE.html>

22 Bill Dupor, Possible Fiscal Policies for Rare, Unanticipated, and Severe Vital Outbreaks, *Economic Synopses*, N°6 (2020). <https://research.stlouisfed.org/publications/economic-synopses/2020/03/17/possible-fiscal-policies-for-rare-unanticipated-and-severe-viral-outbreaks>

23 Ver: Mathias Dolls (2020), An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone? Stabilizing and Redistributive Effects, CESifo Working Papers 8219, April 2020.

En conclusión, combatir la crisis significa niveles de deuda, considerablemente más altos en todos los países; pero, según Krugman (2020), las economías avanzadas pueden emprender grandes inversiones públicas financiadas con déficit de forma continua porque al parecer la economía está en una “trampa” de liquidez. Por lo tanto, la inversión pública adicional tendrá un efecto multiplicador, elevando el PIB en relación con lo que de otro modo sería.

Pero ¿qué nos enseña la historia económica sobre formas justas y efectivas de lidiar con el sobreendeudamiento público? Podemos recordar cómo los gobiernos lidiaron con la deuda pública masiva acumulada en el transcurso de la primera mitad del siglo 20. En lugar de inflar la deuda, como lo hizo Francia inmediatamente (con tasas de inflación anuales del 50% entre 1945 y 1948) o como el Reino Unido hizo más gradualmente (solo borró su deuda masiva en la década de 1970 con tasas de inflación de dos dígitos durante toda una década), Alemania estableció impuestos progresivos a la riqueza.

Estos impuestos, que se aplicaban a la riqueza neta (todos los activos netos de deudas), fueron temporales y altamente progresivos y allanaron el camino para el milagro económico alemán de la posguerra.²⁴ De ahí que, En Europa (así como en otras partes del mundo) se está proponiendo la creación de un impuesto (temporal) progresivo sobre la riqueza.²⁵

IV. Las medidas que se están tomando (y otras que deben tomarse) en el Perú

Ante lo mencionado en el punto anterior, podemos decir que la situación es diferente en los países emergentes y en desarrollo porque muchos de ellos se han visto afectados no solo por el virus, sino también por la caída de los precios de las materias primas (si son exportadores) y por grandes salidas de capital. Algunas de estas economías no tienen el espacio fiscal para reaccionar ante estos shocks y necesitarán ayuda, en forma de subvenciones para combatir el virus y a otros shocks.²⁶

24 Hicks et al. 1941, Eichengreen 1990, Hughes 1999.

25 Ver: Camille Landais, Emmanuel Saez, Gabriel Zucman (2020), A progressive European wealth tax to fund the European COVID response, *VOX CEPR Policy Portal*.

26 O. Blanchard (2020), “Whatever it takes.” Getting into the specifics of fiscal policy to fight COVID-19, Realtime Economic Issues Watch. <https://www.pii.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/whatever-it-takes-getting-specifics-fiscal-policy-fight-covid>

En el caso de nuestro país, si tuviéramos un mínimo de institucionalidad y formalización en nuestra economía (recordar las cifras mostradas en el cuadro 1), las medidas de contingencia de transferencias monetarias a individuos y empresas serían a su vez la ampliación de los programas ya existentes (como la seguridad social, las compensaciones a los trabajadores y el seguro al desempleo). Sin embargo, al carecer de esos instrumentos básicos en toda sociedad, se tuvieron que tomar medidas inmediatas o preventivas. Pero, conviene recordar que necesitamos de medidas estructurales de largo aliento para contrarrestar toda la crisis social que la pandemia ha puesto en el tapete.

1. Medidas preventivas: “más temo al hambre que al coronavirus”

El gobierno, apenas aparecieron las primeras señales del COVID-19, tomó una serie de medidas como la declaración de emergencia sanitaria a nivel nacional, de prevención y control (Decreto Supremo 008-2020-SA del 11 de marzo), también se suspendieron los vuelos provenientes de Europa y Asia, y desde el territorio nacional hacia dichos destinos (Decreto Supremo 008-2020-MTC del 13 de marzo), se aprobó el aislamiento social obligatorio por períodos que se van evaluando y postergando; además, se formó un comando de operaciones para hacer frente a los casos de COVID-19 (Resolución Ministerial 155-2020-Minsa del 1 de abril) y diariamente se toman medidas específicas.

Sin embargo, no se avizó que cientos de familias están migrando desde Lima (y otras provincias) hacia sus ciudades natales a pie, expulsados por el desempleo y el COVID-19. Ahí en medio de la diáspora es que Elizabeth de 53 años expresó que “más temo al hambre que al coronavirus”,²⁷ frase que refleja la situación social de millones de peruanos que no están integrados al sistema formal de trabajo, de seguros, de salud y de justicia. Esto obligó al gobierno a tomar medidas concretas centralizadas en combatir el coronavirus y el hambre.

No obstante, el problema principal en nuestro país es cómo llevar rápidamente los fondos a las personas y a las pequeñas empresas que lo necesitan, al no existir una mínima formalidad e instituciones que sirvan como canales de

27 En: “La dura travesía de los más pobres: pandemia y desempleo expulsan a miles de migrantes”, Ojo Público.https://ojo-publico.com/1786/desplazados-por-la-pandemia-la-travesia-de-los-mas-pobres?fbclid=IwAR0T0-HmP7cRM8vSMcdlWHINUYdvbcZ26it0B-1QinJx5NNsmvEfpCZ1_to.

distribución. A ello se suma la falta de información sobre quién necesita el dinero; entonces, llegar a quienes más lo necesitan es difícil.

- Para aquellos que no tienen un trabajo formal, dependiente y regular se ha aprobado la entrega de bonos económicos.
- En el caso de los trabajadores formales, se tomaron cuatro medidas específicas: el trabajo remoto o teletrabajo,²⁸ la liberación de los fondos de la CTS,²⁹ la suspensión perfecta de labores,³⁰ la liberación de los fondos de las AFP.³¹

Cabe señalar, que el Poder Legislativo delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias. Así, en trabajo: “5) con la finalidad de garantizar y fiscalizar la protección de los derechos sociales laborales de los trabajadores en el marco de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19 (...)”³².

En ambos casos, existe mucha improvisación y problemas en el diseño de las propuestas. Sin embargo, no solo se incumplió la norma sino se afectó seriamente lo poco que se había logrado en estos años, en cuanto al depósito de los empleadores en las CTS (siendo intangibles cuatro remuneraciones) y los fondos en las AFP que tiene una finalidad previsional contra el riesgo de la vejez, totalmente diferente a una crisis por la pandemia del coronavirus.

28 El teletrabajo está regulado por la Ley 30036 del 4 de junio de 2013, que reconoce “como una modalidad especial de servicios caracterizada por la utilización de TIC, en las entidades públicas y privadas, y promover su desarrollo” (art.1). Pero, desde el 2013, ni las empresas privadas ni las instituciones públicas valoraron esa modalidad de trabajo; por el contrario, se desdeñó su uso por el simple hecho de no querer perder el poder de dirigir o controlar directamente, de manera presencial a los trabajadores. Ahora, nos lamentamos de no haber avanzado en la práctica de las tecnologías digitales para el uso correcto y eficaz del teletrabajo.

29 Por Decreto de Urgencia 033, del 27 de marzo último, se autorizó el retiro de 2,400 soles por una sola vez de la CTS, que está regulada por el Decreto Legislativo 650, cuyo Texto Único Ordenado es el Decreto Supremo 001-97-TR del 27 de febrero de 1997.

30 Aprobada por el Decreto de Urgencia 038, del 14 de abril último, que autoriza la suspensión de labores a solo pedido de los empleadores, sin mayores requisitos y de incumplirlos con multas mínimas (D.S. 011-2020-TR del 21 de abril último). Muchos laboristas y, sobre todo, los trabajadores tipifican a esta medida como abuso por la carencia de sustento técnico que afecta solo a los trabajadores y no a los empresarios ni al Estado frente a una pandemia.

31 Los Decretos de Urgencia 026-2020 del 15 de marzo, 029-2020 del 20 de marzo, 034-2020 del 1 de abril y el 038-2020 del 14 de abril último, establecen el retiro extraordinario del fondo de pensiones del Sistema Privado de Pensiones para mitigar los efectos económicos del aislamiento social obligatorio; además, se promulgó por insistencia del Congreso la Ley 31017 del 31 de abril que aprobó el retiro de 25 % de sus fondos; paralelamente el Ejecutivo aprobó por Decreto el retiro de 5,000 soles. Incluso quienes tienen menos de 4,300 soles pueden retirar la totalidad.

32 Ley 31011, aprobado por el Legislativo y promulgado por el Ejecutivo el 27 de marzo último.

Lo correcto es que el Estado debería asumir la mayor parte de los costos del coronavirus que sufren los trabajadores, no se recomienda una compensación del 100%,³³ pero sí lo suficiente para evitar la falta de ingresos económicos; además, esta medida preventiva debe ser temporal y focalizada en los grupos más vulnerables de la población como los trabajadores de las pequeñas y microempresas, los hogares monoparentales, el sector informal, los desempleados, la población en pobreza y pobreza extrema, los discapacitados, etc. Son políticas que deben ayudar a sobrellevar los daños colaterales de la pandemia como la pérdida de trabajo, el cierre de empresas, la enfermedad, etc.

Hay que asegurar que las personas tengan dinero disponible mientras estén temporalmente fuera del mercado laboral; en efecto, miles de trabajadores verán caer sus ingresos por la reducción de las horas de trabajo, los permisos, las vacaciones forzadas, la suspensión perfecta y los despidos; también, otros quedarán fuera de los programas específicos que ya existen, que se establecieron o que se establecerán.

Una pandemia como la actual afecta relativamente más a los asalariados con ingresos más bajos que aquellos que más ganan. Investigaciones recientes, para países desarrollados, que pueden aplicarse a nuestro caso, muestran que los trabajadores con educación universitaria tienen un 60% más de probabilidad de teletrabajar; es decir, los empleados que pueden trabajar desde casa pueden enfrentar un menor riesgo de pérdida de empleo; pero, los trabajadores de bajos ingresos, que tienden a ser menos educados, tienen menos probabilidad de teletrabajar.³⁴

Debemos proteger la capacidad productiva de nuestra economía para que pueda recuperarse una vez que el riesgo del virus disminuya. Los bancos deben desempeñar el papel de garantizar el buen funcionamiento de los mercados de crédito. Es decir, es esencial proporcionarles suficiente efectivo para sobrevivir a la crisis, porque debido a la baja demanda o al cierre forzado, muchas pequeñas y medianas empresas tienen insuficientes reservas en efectivo para sobrevivir unos pocos meses.

33 Ya que, podría provocar riesgo moral (*moral hazard*). El reemplazo total de salarios eliminaría el incentivo para buscar empleos y reduciría el incentivo de buscar o regresar al trabajo una vez que la cuarentena finalice.

34 Bill Dupor, Possible Fiscal Policies for Rate, Unanticipated, and Severe Vital Outbreaks, *Economic Synopses*, N°6 (2020). <https://research.stlouisfed.org/publications/economic-synopses/2020/03/17/possible-fiscal-policies-for-rare-unanticipated-and-severe-viral-outbreaks>

Esto requiere mayor creatividad, los programas de préstamos a gran escala serán una parte importante de la respuesta, incluidas las garantías gubernamentales parciales o totales de los préstamos otorgados por los bancos a las empresas para mantenerlos en condiciones de emplear a personas y salir de la bancarrota para estar en condiciones de reanudar la actividad después de que termine la pandemia (Furman, 2020, 191-196). El Reino Unido y Alemania, por ejemplo, ha introducido nuevos préstamos para aquellas empresas que han visto interrumpidas sus actividades.³⁵

Gastar tanto como sea necesario para tratar la infección ahora y dar incentivos a las empresas para que produzcan pruebas, medicamentos y vacunas, de modo que la pandemia pueda reducirse y mantenerse bajo control. No reparar en los gastos en salud, es lo recomendable; las pruebas, los sistemas hospitalarios, la investigación en las universidades sobre los antivirales y las vacunas o cualquier experimento científico que se necesiten deben ser financiados. Sea cual sea la combinación de transferencia monetaria elegida, ésta debe llevarse a cabo. El breve repaso de las cifras que hemos señalado anteriormente nos indica que es mejor equivocarse en cuanto a esta medida en lugar de no dar nada o dar muy poco.

336 2. Las medidas estructurales: las más necesarias y las más olvidadas

Estas medidas estructurales, olvidadas reiteradamente en nuestro país, son medidas más complejas por su aplicación, cobertura y plazo. Este tipo de políticas deben entrar en las líneas de ruta hacia la construcción de una sociedad desarrollada mínimamente. Debimos aprovechar (y todavía podemos) las circunstancias económicas como las que tuvimos desde hace más de quince años y que ahora el coronavirus nos recuerda.³⁶

Tomará un tiempo procesar la magnitud del impacto económico de la crisis, pero es innegable que aumentará la desigualdad social e inequidad. Por ello, necesitamos planificar para salir de la crisis. Volvamos al artículo 58 de la actual Constitución peruana de 1993, la palabra *orientar* puede utilizarse como *planificar* que es sinónimo de dirigir, guiar y encaminar (Cabanellas, 1981, 717). Sólo así, supe-

35 Como anécdota, el programa alemán titulado “A protective shield for employees and companies” incluye garantías de préstamo ilimitadas para respaldar la liquidez de las empresas fue calificado por el Ministro de Finanzas alemán como “big bazooka”.

36 Olvidamos lo que Christine Lagarde recomendaba con frecuencia cuando era directora gerente del FMI: “*fix the roof while the sun was shining*” (“arreglar el techo mientras brillaba el sol”).

rariamos las falacias y sofismas del verbo planificar respecto a la economía. De lo contrario, ¿cómo superar los graves problemas sociales que la pandemia ha hecho evidentes? Justamente las áreas que requieren inversión económica – el empleo, la salud, la educación, la seguridad social – son aquellas en donde la pandemia ha demostrado la incapacidad y orfandad del Estado.

Como sociedad debemos preguntarnos ¿por qué y en qué medida depende del Estado intervenir? ¿cómo responder a lo urgente sin olvidarnos lo sustancial, la implementación de una seguridad social para todos?³⁷ Tal vez, nos encaminamos hacia un tiempo de reconstrucción que a su vez puede ser un *kairos*, un tiempo propicio de cambio. Para ello, proponemos tres medidas estructurales:

- **Formalización**

Con niveles de informalidad como los señalados en el cuadro 1, es fundamental centrarnos en la formalización de empresas e individuos, y superar los regímenes laborales antitécnicos de los trabajadores. Debemos integrar a toda la población (si es posible) al sistema formal, a los canales y vías del Estado (esto no necesariamente quiere decir crear más instituciones o programas). De tal forma que, ante cualquier shock (transitorio o permanente) los individuos estén cubiertos y el Estado únicamente tenga que ampliar dichos programas para hacer más efectiva su llegada.

- **Reforma tributaria**

Los impuestos son parte de uno de los canales utilizados por los gobiernos para intervenir en la economía. Los gobiernos aumentan los impuestos para financiar los bienes públicos y redistribuir los ingresos. Los impuestos cumplen dos roles, de eficiencia (recaudación) y de equidad (progresividad). Sin embargo, en el sistema fiscal peruano no se puede hablar de equidad si sólo un porcentaje minúsculo de la población paga los impuestos (sobre todo, el impuesto a la renta).

En ese sentido, para aumentar la recaudación proponemos en primer lugar la *expansión de la base tributaria*. Para ello, (a) se debe luchar contra la evasión fiscal, cabe señalar, que los mayores evasores fiscales de todo sistema tributario son los individuos de las rentas más altas. (b) eliminar todas aquellas

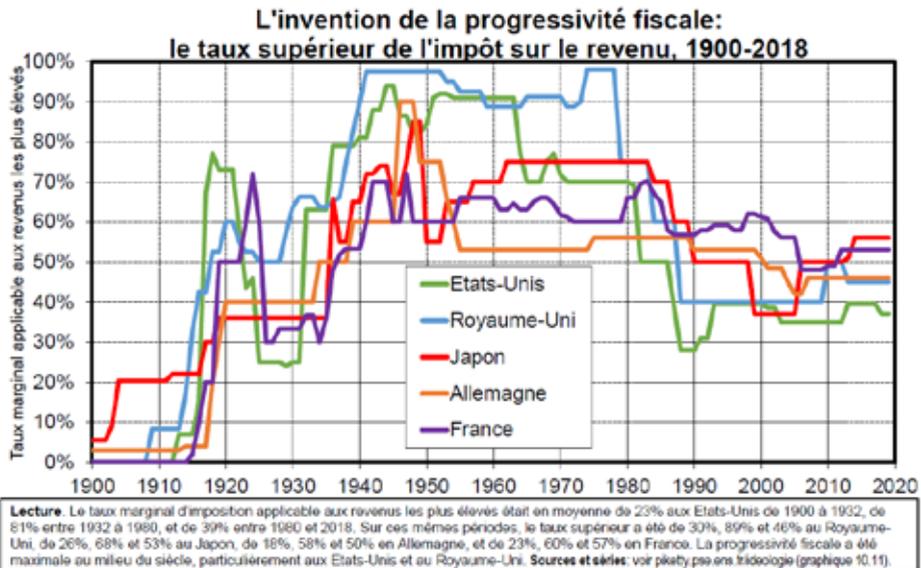
37 Como nos obliga el Convenio 102 de la OIT de 1952, sobre normas mínimas de seguridad social, firmado y ratificado por el Estado peruano; asimismo, la Recomendación 202 de la OIT del 2012

deducciones y exenciones innecesarias que en lugar de favorecer a los que menos tienen complejizan el sistema y crean vías para la elusión fiscal.

En segundo lugar, *luchar contra la elusión fiscal*, aquellos individuos y/o empresas que se aprovechan de los agujeros legales del sistema para pagar menos impuestos. En tercer lugar, crear un *impuesto progresivo sobre las rentas del capital*. Sobre su posible efecto en el crecimiento económico, la historia nos muestra que el PIB *per cápita* creció mucho más después de la Segunda Guerra Mundial sobre todo en países como Alemania y Francia donde los *shocks* fueron extremadamente devastadores y fueron los países que fijaron un impuesto sobre las rentas del capital. Esta fuerte progresividad fiscal contribuyó de manera notable a reducir las desigualdades en el siglo XX.

Por ello, Piketty (2019) sostiene que la tributación puede ser nuevamente el gran instrumento para hacer frente a la desigualdad social; pero no cualquier tipo de tributación sino una *tributación progresiva*. En especial, de un impuesto progresivo sobre las rentas del capital y sobre las rentas del trabajo pueden reducir la creciente desigualdad, sin desmerecer las políticas y los programas sociales.³⁸ En el siguiente cuadro podemos apreciar la evolución y el impacto de la tributación progresiva sobre la renta (Piketty 2019, 49): *“el tipo marginal máximo del impuesto sobre la renta (aplicable a las rentas más elevadas) en Estados Unidos entre 1900 y 1932 era el 23 por ciento, en promedio, frente al 81 por ciento entre 1932 y 1980 y el 39 por ciento entre 1980 y 2018. En los mismos periodos, el tipo máximo es 30, 89 y 46 por ciento en el Reino Unido, 18, 58 y 50 por ciento en Alemania, y 23, 60 y 57 por ciento en Francia. En efecto, la progresividad fiscal fue máxima a mediados del siglo XX, pero particularmente en Estados Unidos y el Reino Unido”*.

38 Las políticas y programas sociales mejoran, sin duda, la situación de pobreza y/o pobreza extrema en la que una gran proporción de la población se encuentra inmersa; efectivamente, son herramientas cruciales para aumentar las posibilidades de desarrollo de esta población. Sin embargo, este tipo de políticas no afectan a la concentración de la riqueza; en consecuencia, no logran una mejor redistribución de la renta y por ende, no reducen la desigualdad.



Una vez que se logre esto, podremos entonces hablar de equidad o progresividad en el sistema peruano. ¿Qué importancia tiene sobre la desigualdad que un sistema tributario sea progresivo?³⁹ Entonces, es determinante que un sistema tributario en su conjunto sea progresivo, porque significa que la distribución de la renta post impuestos es mayor que la distribución de la renta antes de impuestos para la población con menos renta, caso inverso para la población con más renta.

Quiere decir que hay un “efecto redistributivo” o, en otras palabras, que la desigualdad en la renta se reduce post el pago de impuestos si y sólo si el sistema tributario es progresivo. Luego, la progresividad de un sistema fiscal es elemental debido a su capacidad de redistribuir la renta.⁴⁰

39 Según Piketty y Sáenz la definición general de progresividad es: “un sistema tributario es progresivo si después del pago de impuestos, la renta está más equitativamente distribuida que antes del pago de impuestos”. Y la definición estándar: “un sistema tributario es progresivo si la participación de la renta pagada en impuestos aumenta con la renta” (“How Progressive is the U.S Federal Tax System? A Historical and International Perspective”, *Journal of Economic Perspectives* - Volume 21, N° 1, 2007, p. 3 - 24).

40 Este hecho se puede corroborar a través de varios índices como la curva de Lorenz, el índice de Gini y de Concentración.

- Implementación de la seguridad social

Esta propuesta es admitida por todos, aunque con diferentes matices y énfasis.⁴¹ En efecto, la seguridad social como instrumento de política social y redistribución, ha sido promovida desde el siglo XIX, habiendo alcanzado su consolidación a lo largo del siglo XX como paradigma del mundo moderno (Lettieri, 2004, 95). La creación de la OIT (1919) constituyó un hito importante en ese objetivo histórico; además, somos miembros de dicha institución mundial que nos obliga a respetar los acuerdos expresados en los convenios a nivel mundial.

Pero ¿cuál es el lugar que debe tener en la sociedad y en el Estado? Responder a esa pregunta en una sociedad en permanente confrontación de realidades y derechos, y en un contexto de necesidades económicas de la mayoría de la población, requiere de una nueva óptica: la consideración de nuevos enfoques en materia de política social puede ser altamente significativo y las reflexiones que van por nuevos caminos que vinculan el crecimiento con la gobernabilidad deben ser exploradas.

En ese sentido, el concepto de seguridad social no se debe limitar a las prestaciones sociales para atemperar o superar las fallas del mercado sino ser un instrumento necesario para cada Estado moderno, que resulte de decisiones valorativas fundamentales como son los derechos humanos.⁴² Este concepto es muy importante porque los derechos humanos pueden resultar ayuda e impulso para la implementación de la seguridad social, en tanto está reconocida y garantizada constitucionalmente

Además, puede ser el marco conceptual que permite construir una política social redistributiva⁴³, el reto entonces consiste en traducir los fundamentos éticos de los derechos humanos en instrumentos que otorguen factibilidad a nuestras posiciones en la difícil discusión sobre el futuro de la política social. Lo dicho

41 Pero, es innegable que las sociedades democráticas tienden a obtener, en general, ciertos niveles mínimos de bienestar que en el campo de la seguridad social se traducen en el respeto a principios que reflejan su concepción de los derechos humanos y de la dignidad humana.

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

43 Debemos reconocer que el Informe Beveridge (1941), en el que se proponía sacar a Gran Bretaña del empobrecimiento de su población que era consecuencia de la II Guerra Mundial, la seguridad social adquirió un concepto aún más amplio. Los programas de asignaciones familiares, de salud pública, de asistencia social, de empleo y otros, de carácter no contributivo y financiado a través del fisco, pasaron a integrar, junto al seguro social, el universo de políticas de seguridad social. Esto último revela en toda su dimensión la íntima relación entre la política de desarrollo y la de seguridad social.

implica establecer estrategias y construir viabilidades para resolver los graves problemas de cobertura e inequidades que enfrenta el tema previsional en el Perú y hacerlo con eficacia, eficiencia, sostenibilidad y equidad, que son los criterios típicos que hoy se plantea la política social.

Obviamente ninguno de estos temas es fácil y requiere de condiciones especiales de gobernabilidad, participación ciudadana y crecimiento económico. Esperemos que esta perspectiva de la seguridad social como derecho humano y política social se transforme en un *ethos* normativo que defina valores e ideales. Ciertamente, hay mucho camino que recorrer, pero también muchos mitos que desvelar si se quiere tener en general niveles mínimos de seguridad social y evitar, en el futuro, la crisis actual como sociedad cuya consecuencia no es posible prever.

V. Conclusiones

Tras el fracaso de las políticas neoliberales, con más de 30 años de aplicación, la realidad se ha vuelto a imponer.⁴⁴ Es indudable que superar ese fracaso requiere voluntad política y mucho esfuerzo de la ciudadanía. Se puede afirmar que es imprescindible el cambio a una sociedad justa donde la igualdad sea real y no solo legal. En esa dimensión, las políticas estructurales son fundamentales.

Debemos distinguir los derechos fundamentales sociales de otros derechos que exigen una actuación del Estado. El Estado no puede ser ajeno a ese reclamo de muchas décadas, es una cuestión de efectividad, no de jerarquía de los derechos sociales, ya que la calidad de los derechos en general no se está poniendo en duda. Se trata de examinar nuestra realidad, *dulce y cruel* como diría Jorge Basadre, para superar la crisis económica de la mayoría, el consumismo de pocos, la irresponsabilidad social y la quiebra ética como sociedad; en definitiva, para superar nuestra *kenosis* como país.

⁴⁴ Al respecto, es interesante el reciente trabajo de Van Veen que desarrolla una visión general del comportamiento de la teoría macroeconómica en los últimos 40 años, bajo el sugestivo título ¿Han perdido los modelos macroeconómicos su conexión con la realidad económica? El enfoque se centra en las principales líneas de pensamiento y la historia detrás de los modelos más que en los detalles matemáticos de estos modelos. Sostiene que las crisis han sido el principal motor de los cambios en la teoría macroeconómica y que los debates actuales después serán el comienzo de un enfoque más plural de la macroeconomía y, en particular, de la relación entre el desarrollo y la realidad económica (Tom Van Veen, “Have macroeconomic models lost their connection with economic reality?”, CESIFO Working papers N° 8256, abril 2020).

VI. Referencia bibliográfica

- CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Ed. He-
liastas, 1981, Argentina, Tomo VIII.
- CASTEL Robert, *Les metamorphoses de la question sociale: une chronique du salaire*,
Editions Fayard, París, 1995.
- DATOS según el Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta Na-
cional de Hogares para el año 2018, Perú.
- DE SOTO Hernando, *El otro sendero*, Instituto Libertad y Democracia, Lima,
octava edición, 1989.
- DE ALTHAUS Jaime, Perú: ¿por qué avanza el liberalismo?, en Revista Perfiles
Liberales, Año 6, N° 29, tercera edición, Bogotá, 1992.
- DOLLS Mathias, An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone?
Stabilizing and Redistributive Effects, CESifo Working Papers 8219, april
2020.
- FURMAN Jason, *Protecting people now, helping the economy rebound later*, in
“Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It
Takes”, Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR
Press, p.191-196.
- KRUGMAN Paul (2020), *The case for permanent stimulus*, in “Mitigating the
COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes”, Edited by
Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press, p.213-219.
- LAZO Oswaldo, Revista Alandar, Año XXXV, N° 367, Madrid, abril, 2020.
- LETTIERI Alberto, *La Civilización en debate: de las revoluciones burguesas al neo-
liberalismo*, Ed. Prometeo libros, Buenos Aires, 2004.
- SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol
1, Londres, 1776.
- TOKMAN Víctor y MARTÍNEZ Daniel (Editores), *La flexibilización en el mar-
gen: la reforma del contrato de trabajo*, OIT, Lima, 1999.
- Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes,
Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press (p.2)

NAVARRO Vincenç, “Capital-trabajo: el origen de la crisis actual”, en el periódico *Le Monde Diplomatique*, París, julio 2013.

PIKETTY Thomas, *Capital e ideología*, Ediciones Deusto, Barcelona, diciembre 2019.

VAN VEEN Tom, “Have macroeconomic models lost their connection with economic reality?”, CESIFO Working papers N° 8256, april 2020.

Lima, 15 de mayo de 2020

EL INSTITUTO DE LA SUSPENSIÓN PERFECTA DE LABORES EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

WILLMAN MELÉNDEZ TRIGOSO*

En este artículo, el autor expone un análisis profundo de la figura de la suspensión perfecta de labores dada en el marco del Covid-19, su racionalidad y fundamenta su aplicación restringida con un sentido crítico.**

El COVID-19 ha generado en el mundo infecciones, muertes y decaimientos económicos; en el particular mundo laboral lo mismo, aunque con distintos continentes y contenidos: han muerto empleos, han sido infectados mediante la figura del subempleo, cuando no con el total decaimiento económico a consecuencia de la “suspensión perfecta de labores”.

Sabido es que la figura de la “suspensión perfecta de labores” no fue gestada para afrontar la pandemia laboral, sino que la preexistía bajo una formulación genérica anclada a los supuestos de “caso fortuito o fuerza mayor”. Sin embargo, la crisis la hizo merecedora de una regulación, inicialmente vía decreto de urgencia y luego precisada a nivel reglamentario,¹ que buscó afinar sus alcances; intentando acompañar el entendimiento de las consecuencias del COVID-19 en la genérica

* Socio fundador de Melendezlab. Cuenta con estudios de Doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es Especialista en Derecho del Trabajo por la misma casa de estudios y por la Universidad Castilla La Mancha; asimismo, es docente en pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú; ha sido Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y asesor de la Dirección General del Trabajo.

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

1 Existen cuestionamientos hechos al reglamento, principalmente, en la axiología del derecho punitivo, ya que al regular la adecuación de la medida a sus precisiones las ha regulado con carácter retroactivo.

idea de “caso fortuito o fuerza mayor”; trazando una hoja de ruta de gusto y disgusto a la vez en la doctrina laboral.

El presente artículo no busca ser descriptivo de tal regulación, pues su contenido es ampliamente conocido, aun cuando lo repasaremos de modo genérico para hacer especial hincapié en aquellos aspectos que consideramos merecedores de comentario.

¿De lo genérico a lo específico?

Al concepto ya conocido como supuesto de ruptura temporal del sinalagma contractual [suspensión de la prestación de servicios acordada en el contrato de trabajo y la consecuente obligación contraprestativa], había que identificarlo, de modo genérico, con la superación de tres (03) características o filtros, como el lector prefiera llamarlos: “extraordinariedad”, “imprevisibilidad” e “irresistibilidad”.

Lo extraordinario es evidente, es una cuestión fáctica, es palpable en la actual situación; ello, entonces, no generaría mayores dudas. Lo imprevisible, debe ser analizado en función de una diligencia estándar adoptada por el empleador, a estos efectos tomarían importante consideración los mecanismos de diálogo social implementados para definir paliativos por sobre las imposiciones unilaterales; finalmente, la irresistibilidad es un elemento preponderantemente económico y por ello mismo debería merecer un análisis casuístico que considere las distintas realidades empresariales, bajo su consideración como fuentes de trabajo antes que como simples empresas y esta connotación nuevamente nos retornaría al diálogo social, pues la fuente de trabajo no es exclusiva del capital, sino que confluye con la fuerza de trabajo.

Palabras más, palabras menos, esta sería la lógica del instituto de “suspensión perfecta de labores” antes de la regulación de emergencia, en cuanto a la ruta que debería seguirse.

La regulación de emergencia, en un primer momento buscó complementar —cuando no regular de modo especial— la “suspensión perfecta de labores” antes expresada y engranada en las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, mediante el Decreto de Urgencia No. 38-2020 [publicado en el diario oficial el 14 de abril]; siendo lo más resaltante la introducción de una serie de paliativos previos vinculantes a la aplicación de la medida más gravosa —ya que rompe el sinalagma contractual, y por tanto toma

esas determinaciones– tales como: la implementación del trabajo remoto o la licencia con goce de haber² que hasta ese momento eran únicamente garantes de un determinado grupo de trabajadores, sujetando estas a la naturaleza de la actividad empresarial [debemos entender que esto está relacionado al carácter esencial o no de la misma] o a la afectación económica, lo que podría entenderse como un supuesto de irresistibilidad, según lo anotado en líneas previas.

Inicialmente, el procedimiento para esta suspensión perfecta de labores anexada al Decreto de Urgencia No. 38-2020 se trazó del siguiente modo: el empleador debía presentar una solicitud por vía remota a la autoridad administrativa de trabajo exponiendo con claridad suficiente los motivos que sustentaban la medida. Tal como sucedía antes de su vigencia, la referida solicitud se sujetaba a verificación posterior; sin embargo, los plazos fueron inicialmente variados, pasando de seis (06) días hábiles a treinta (30) como máximo,³ contabilizados desde el día en que se presentó la solicitud, lo que resultaba razonable por el número mayor de solicitudes que virtualmente se consideraban serían presentadas en contraposición con el número de inspectores que no se vería incrementado.

A consecuencia de dicha verificación, la autoridad administrativa de trabajo emitiría una resolución [acto administrativo] en un plazo de siete (07) días posteriores a la verificación efectuada, operando el silencio administrativo positivo.

En tiempos pasados [año 2012 y algunos posteriores] la Dirección General de Trabajo era de la consideración que la naturaleza del plazo establecido para dicha verificación debía entenderse como uno de celeridad y no de prescripción o generadora de silencio administrativo positivo.⁴ En este punto existe una nueva

- 2 El 15 de marzo de 2020, el Gobierno emitió el Decreto de Urgencia No. 026-2020, que establece que el empleador debe identificar y priorizar a los trabajadores considerados en el grupo de riesgo por edad y factores clínicos, a efectos de aplicar, de manera obligatoria el trabajo remoto en estos casos, mientras dure la emergencia sanitaria; ello siempre que la naturaleza de las labores lo permita. En caso las labores no sean compatibles con este esquema de trabajo, se debe otorgar una licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior. Cabe precisar que los ámbitos subjetivo y objetivo del denominado “grupo de riesgo” han ido variándose mediante distintas fuentes normativas.
- 3 La Resolución de Superintendencia 74-2020-SUNAFIL, suspendió los plazos de: a) las actuaciones inspectivas, b) los procedimientos administrativos sancionadores, c) los procedimientos sujetos a silencios positivo y negativo, d) los procedimientos tales como acceso a la información pública, fraccionamiento de multas y ejecución coactiva. Posteriormente, mediante RSI 80-2020-SUNAFIL se prorrogaron dichas medidas en el siguiente sentido: i) por 15 días hábiles (contados desde el 7 de mayo) los supuestos “a” y “b”, ii) por 15 días hábiles (contados desde el 29 de abril) los supuestos “c”, y por 15 días hábiles (contados desde el 7 de mayo) los supuestos “d”.
- 4 Por citar un ejemplo, la Resolución Directoral 11-2012-MTPE/2/14, de fecha 22 de octubre de 2012, en su parte considerativa estableció que el plazo de seis (06) días establecidos en el artículo 15

diferencia importante en la regulación de emergencia, pues expresamente regula que “de no expedirse dicha resolución, se aplica el silencio administrativo positivo”, es decir se entiende por aprobada la suspensión perfecta de labores. Este es un asunto de cuidado, ya que podría generar supuestos de abuso del derecho.

Es por ello que el DS 11-2020-TR, tras una introspección que implica reconocer sus limitaciones materiales, regula que sin perjuicio de las verificaciones antes detalladas, existirá un procedimiento de fiscalización posterior que debe abarcar como mínimo el 20% de las solicitudes presentadas; aun en dicho escenario, estadísticamente será improbable, cuando no imposible, verificar el total de solicitudes de “suspensión perfecta de labores”, quedando al arbitrio del silencio administrativo positivo y eventualmente, cuando se decida de este modo, a su impugnación en las vías judiciales mediante las vías de las “acciones contencioso administrativas”.⁵

La hoja de ruta especial

La nueva “suspensión perfecta de labores” creada en el contexto de emergencia se erige de modo principal en el Decreto de Urgencia No. 38-2020 y en el Decreto Supremo No. 011-2020-TR [existen normas de precisión, aunque no resultan relevantes para los fines de este artículo].

Cuál es la tramitología que entonces debe transitarse, pues la siguiente:

- Mecanismos paliativos privilegiados: se garantiza el tratamiento en calidad de regla general del trabajo remoto y licencia con goce sujeta a compensación posterior.

de la LPCL debe entenderse como una orden de celeridad para la autoridad administrativa encargada de la verificación.

5 Merece una mención especial el hecho que el Decreto de Urgencia, en su Tercera Disposición Complementaria Final regula que “la Autoridad Inspectiva de Trabajo, dispone y realiza acciones preliminares o actividades de fiscalización, respecto de las suspensiones perfectas de labores, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación o de manera presencial, a través del inspector del trabajo, sin distinción alguna de su nivel.” Cuestión posteriormente trasladada con mayor amplitud mediante el protocolo que para dichos fines aprobó y publicó SUNAFIL, brindando mayor protagonismo a las denominadas acciones preliminares, lo que sustenta cierta lógica si lo entendemos como un filtro previo a las investigaciones presenciales; evitando la exposición del personal inspectivo al COVID-19 y además maximizando la eficiencia del recurso humano, el que como he indicado resultado aminorado en relación al número de solicitudes presentadas.

La fórmula que permite tal fin consiste en regular negativamente tales figuras, es decir, evaluar como paso inicial la imposibilidad/irrazonabilidad de aplicar trabajo remoto y de otorgar licencia con goce sujeta a compensación posterior. Esta labor es acompañada de una lista enunciativa de algunos supuestos que se pueden entender insertados en esa lógica.

Así, sobre el trabajo remoto se dirá que es imposible/irrazonable si se requiere de la presencia física indispensable del trabajador para la realización del servicio contratado laboralmente, o si es menester la operación de maquinaria o herramientas que solo pueden ser utilizadas en el centro de labores para decantarse por el genérico formulismo de actividades que resulten inherentes a la característica del servicio contratado. He dejado para la parte final aquella sobre la imposibilidad basada en la naturaleza de las actividades, pues resulta una obviedad, sin que por ello escape de un análisis casuístico en conjunto con otras análogas.

Mientras que sobre la licencia con goce sujeta a compensación se dirá que es imposible/irrazonable cuando la actividad tiene una duración de veinticuatro (24) horas y se realiza mediante jornadas en distintos turnos [me parece aplicable a las actividades propias de los sectores minería y puertos, por ejemplo], claro, lo anterior además en la lógica de que es posible una “suspensión perfecta de labores” focalizada o hasta individualizada,⁶ de modo tal que resulta incoherente pensar en la imposibilidad de la licencia con goce sujeta a compensación en este contexto.

Tampoco considera irrazonable, antes que imposible en este caso, la realización de la licencia con goce sujeta a compensación cuando la extensión del horario ponga en riesgo la seguridad y la salud de los trabajadores; debiendo recordarse en este punto que en días previos se había regulado la posibilidad de recurrir al *ius variandi* radical de emergencia con respecto a la jornada; denotando una clara opción del legislador en favor de la protección a la salud del trabajador [sea por convencionalidad, sea por entendimiento axiológico de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo].

Del mismo modo, no considera imposible/irrazonable la realización de la licencia con goce sujeta a compensación cuando el horario del empleador se

6 La normativa de emergencia indica que la “suspensión perfecta de labores” puede aplicarse sin criterio de universalidad, permitiendo la individualidad inclusive.

sujete a restricciones [los servicios contratados laboralmente para los supermercados en el contexto de la pandemia, por ejemplo].

Finalmente, recurre a la fórmula genérica de la analogía añadiendo irresistibilidad de las partes.

En suma, los filtros garantes sean del trabajo remoto o de la licencia con goce sujeta a compensación, al menos en el análisis de laboratorio, eran ya de trahinante posibilidad, distanciándose notoriamente de una aplicación genérica junto con otras figuras o paliativos, que es como debe leerse a mi entender si lo contextualizamos como lo dice el propio reglamento en el artículo 3.1 del Decreto de Urgencia 38-2020.⁷

- Afectación económica determinada según fórmulas específicas: Se crean tres (03) reglas para llenar de contenido el concepto hasta entonces indeterminado; pero determinable, de “afectación económica”, así, ahora esta existe indubitablemente en los siguientes supuestos:
 - i) Actividades permitidas de realización por tratarse de proveedoras de bienes y/o servicios esenciales. Formulándose dos reglas de aplicación general, pero en razón del cuándo [abril o mayo] y del tamaño de la empresa [micro y pequeña, grande y mediana] con una estructura transversal basada en el cociente de la suma del total de remuneraciones sobre el nivel de ventas; variando el mes a considerar para el cómputo según el momento en que aplique la medida.
 - ii) Actividades impedidas de realización parcial o total. Al igual que en i), se formulan dos reglas de aplicación general, en razón del cuándo [abril o mayo] y del tamaño de la empresa [micro y pequeña, grande y mediana] con una estructura transversal basada en el cociente de la suma del total de remuneraciones sobre el nivel de ventas; variando el mes a considerar para el cómputo según el momento en que aplique la medida.
 - iii) Cuando “el empleador tuviera menos de un año de funcionamiento” [insisto, debe hablarse de empresa para estos efectos y de esta en la connotación de fuente de trabajo para poder aprehender en mejor medida

7 “3.1 Los empleadores que no puedan implementar la modalidad de trabajo remoto o aplicar la licencia con goce de haber, por la naturaleza de sus actividades o por el nivel de afectación económica que tienen a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto de Urgencia, pueden adoptar las medidas que resulten necesarias a fin de mantener la vigencia del vínculo laboral y la percepción de remuneraciones, privilegiando el acuerdo con los trabajadores.”

el campo axiológico en que debe soportarse esta regulación de emergencia, considero por ello la referencia al empleador como un error técnico antes que una precisión conceptual en este punto], la ratio detallada en i) y ii) se realiza en función de los últimos tres (03) últimos meses en confrontación con el mes previo a la adopción de la medida.

- Mecanismos paliativos de segunda generación: Sin la garantía de descarte filtrado que han merecido el trabajo remoto y la licencia con goce sujeta a compensación, se enumeran entre otros permitidos por ley a las vacaciones adquiridas y no gozadas, adelantadas; la reducción de la jornada proporcional al salario, y la reducción consensuada de este.

Si bien no cuentan con la protección garante directa del trabajo remoto o la licencia con goce sujeta a compensación, indirectamente el filtro aplicado a estos los impacta en positivo, pues para llegar a ellos debe haberse negado la posibilidad de los primeros y además haberse encuadrado en las fórmulas de “afectación económica”.

Como en el supuesto común, ajeno al contexto del COVID-19, los paliativos de segunda generación buscan evitar la medida más radical [la “suspensión perfecta de labores”], aunque naturalmente puedan también limitarse a aminorar su impacto en las remuneraciones y en el vínculo, pues recuérdese que la suspensión se permite para tal fin, por ello que no considero que se aplica sobre una empresa o empleador sino sobre una fuente de trabajo para estos efectos.

La introducción reglamentaria, a mi juicio más importante en una lógica de equidad, en este punto es la orden de privilegiar el diálogo con los trabajadores en su implementación, reforzando esta idea en numeral posterior al imperativamente decir “el empleador debe informar a la organización sindical o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores elegidos o a los trabajadores afectados, los motivos para la adopción de dichas medidas a fin de entablar negociaciones que busquen satisfacer los intereses de ambas partes.”

Negociación que, salvo en el caso de llevarse a cabo individualmente, en razón de sus sujetos pactantes, beneficiarios y sus contenidos será de naturaleza similar cuando no idéntica a la convención colectiva, mereciendo igual fuerza vinculante y características.

Siendo ello así, se debe añadir al menú un nuevo refuerzo axiológico, pues en tales negociaciones irradiarán sus efectos los principios de “negociación de buena fe” y de “negociación libre y voluntaria” [en una lectura convencional y constitucional, conforme lo hacen Aguinaga y Boza];⁸ así como las posibilidades de recurrir a mecanismos pacíficos de solución de conflictos laborales, tales como la conciliación, mediación o hasta el arbitraje potestativo por causalidad o no, según la postura que el lector adscriba, pues a estos fines es irrelevante porque la mala fe es subsumible a ambas.

- La ineludible “suspensión perfecta de labores”: Si se aplica en sentido estricto, basado en sus garantías, filtros y sobre su axiología, la “suspensión perfecta de labores” debería tener un carácter ineludible para su aplicación, no podría merecer una acción directa, inmediata, fuera de todo análisis serio y ajeno al daño de bienes jurídicos, cuando no patrimoniales, para ambas partes de la relación laboral a mediano plazo, además de los evidentes avatares económicos en el corto.

Lo anterior, sin embargo contrasta con la cantidad de solicitudes de “suspensión perfecta de labores presentadas a la fecha” [miles], lo que puede leerse al menos de dos (02) maneras: i) la crisis ha impacto de modo significativo en un corto plazo; ii) en un fino manejo de riesgos y beneficios económicos, se ha determinado que estadísticamente resulta poco probable ser investigado y/o fiscalizado por la inspección laboral en los plazos previstos y con las herramientas actuales, por lo que se achata la contingencia y se opta por el riesgo.

A modo de despedida, no se dejan conclusiones, puesto que considero que el artículo es lo suficientemente corto como para leerse en modo de conclusiones sobre un tema que en la abstracción tomaría centenas de páginas.

8 “(...) supone la obligación de reconocer al interlocutor sindical cuando este es auténtico y representativo, no pudiendo la contraparte negarse a negociar con una organización sindical que lo sea”. Citado de “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En Derecho PUCP No. 68, 2013, Lima, Perú. pp. 291-292

Publicado: Junio 2020
Lima-Perú