

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Título: “La reparación por la afectación al derecho a la libertad sindical en el caso de locadores de servicios con vínculo desnaturalizado”.

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR:

Christian Orlando Montero Rossel

ASESORA:

Maria Katia Garcia Landaburu

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20088125

2019

RESUMEN

El presente artículo parte de un análisis de las fórmulas de reparación civil que han sido empleadas para resarcir la afectación a los derechos laborales individuales, para luego analizar las distintas propuestas de resarcimiento a los derechos colectivos haciendo uso también de la responsabilidad civil. Se hace énfasis en el deber de indemnizar la afectación al derecho a la libertad sindical en el caso de los locadores de servicios con vínculo desnaturalizado. Para concluir lo anterior, se realiza un análisis crítico de lo propuesto por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema a partir de sus fallos y lo postulado en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, de reciente publicación. Acto seguido, se explica el porqué se considera que las propuestas de reparación de los operadores de justicia antes mencionados necesitan ser matizadas para generar una solución más razonable y proporcional que tutele el derecho a la libertad sindical del trabajador sin afectar los derechos del sindicato. Finalmente, realizamos propuestas de reparación al derecho a la libertad sindical desde los conceptos de daño moral, pérdida de oportunidad y lucro cesante y proponemos cuales serían los conceptos aplicables de acuerdo a cada supuesto, haciendo la salvedad de que resulta vital analizar cada caso concreto para que la reparación al derecho a la libertad sindical no sea ni insuficiente, ni desproporcionada.

ESQUEMA DE TRABAJO

Introducción.....	3
1. La reparación en los casos de afectación a derechos laborales:	5
1.1. Marco normativo vigente de la tutela resarcitoria frente a la afectación a derechos laborales.....	7
1.2. Desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la tutela resarcitoria en los casos de afectación a derechos laborales a partir de la protección contra el despido arbitrario.....	8
2. La desnaturalización del contrato civil y la afectación al derecho a la libertad sindical:.....	11
2.1. La afectación a los derechos fundamentales laborales en la desnaturalización del contrato civil.....	11
2.2. Afectación a derecho a la libertad sindical en el contexto de un contrato civil desnaturalizado.....	13
3. La reparación a la afectación al derecho a la libertad sindical a través de la indemnización por daños y perjuicios:.....	17
3.1. La indemnización bajo el concepto de daño moral.....	18
3.2. La indemnización bajo el concepto de pérdida de oportunidad ante la lesión a la expectativa de sindicalizarse.....	19
3.3. Lucro cesante y primacía de la realidad ante un trabajador que realizó actividad sindical a pesar de haber estado impedido de afiliarse por su vínculo civil.....	20
Conclusiones.....	21
Bibliografía.....	22

Introducción:

En el presente artículo académico, se pretende profundizar en propuestas de reparaciones indemnizatorias analizando distintas fórmulas tomadas desde la responsabilidad civil, en lo que a derechos colectivos se refiere, haciéndose énfasis en el derecho a la libertad sindical afectado en el caso de los locadores de servicios con vínculo desnaturalizado.

Este trabajo académico se escribe en el contexto de una búsqueda de solución a este problema de parte de distintos actores, como lo son el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En el caso de este último, se tiene la reciente publicación del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral que propone la extensión del convenio colectivo en todos los casos cuando hablamos del supuesto materia de análisis. Como podemos notar, el Pleno no toma en cuenta que, si el convenio colectivo se celebró con un sindicato minoritario, extender los efectos del mismo no solo supone una práctica antisindical sino que abre la posibilidad a que la empresa considere válido también extender de forma unilateral los efectos del convenio colectivo a trabajadores no sindicalizados.

Frente al riesgo de lo que la OIT llama intervencionismo judicial y la posibilidad de que por tutelar el derecho a la libertad sindical en su faceta individual se afecte el derecho a la libertad sindical de titularidad colectiva, a través de un acto antisindical que desincentive la afiliación, es que nace el interés por realizar una propuesta razonable y proporcional de reparación al derecho en mención tutelando al trabajador sin afectar los intereses del sindicato.

Tomando en cuenta lo detallado en los párrafos precedentes es que, partir de la metodología de investigación dogmático jurídica, el presente artículo académico, realizará, en primer lugar, la presentación del marco normativo en lo que corresponde a reparación de la afectación a derechos laborales, así como el desarrollo de este concepto a nivel jurisprudencial y doctrinal. En segundo lugar, sustentaremos como es que se afectan los derechos laborales en el contexto de un contrato de locación de servicios desnaturalizado,

haciendo énfasis en la afectación al derecho a la libertad sindical y detallando como, tanto el desarrollo normativo como el jurisprudencial, ha sido insuficiente para que se tutele adecuadamente este derecho.

Por último, se presentan las propuestas de reparación al derecho a la libertad sindical en el caso de los locadores de servicio con vínculo desnaturalizado. Se propone que el daño moral, como punto de partida, debería ser otorgado a todo trabajador que haya pasado por una locación de servicios desnaturalizada, que correspondería aplicar la figura de la pérdida de oportunidad cuando se demuestre la lesión a una expectativa real de sindicalizarse y el lucro cesante por aplicación del principio de primacía de la realidad, cuando se demuestre que el trabajador realizó actividad sindical en los hechos a pesar de encontrarse bajo un contrato de locación de servicios que evitaba que se beneficiara con los derechos que esta actividad sindical le otorgaba. Se señala finalmente que el monto deberá ser calculado acorde a las reglas de la responsabilidad civil.

1. La reparación en los casos de afectación a derechos laborales:

Frente a la afectación de derechos laborales, los ordenamientos jurídicos toman la opción de reparar el daño, en primer lugar, a través de la restitución del derecho (por ejemplo, a través de la reposición en el caso de un despido) y además, cuando la restitución del derecho deviene en imposible, por opción legislativa o por decisión del afectado, se suele reparar el daño a través de montos dinerarios. Para este último supuesto, cada legislación usa fórmulas que permiten que se pueda establecer montos ciertos que se consideran satisfactorios para indemnizar la afectación al derecho.

Sumado a lo dicho anteriormente, resulta vital señalar que distintos organismos internacionales, cuya función es proteger los derechos humanos y a los que Perú se encuentra adscrito, señalan que los Estados tienen el deber de reparar la afectación a los derechos humanos y, de forma específica, la afectación al derecho del trabajo. Podemos encontrar esta obligación en la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 23 inciso 1 señala que toda persona debe tener protección contra el desempleo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que en su artículo 6 exigen medidas adecuadas para garantizar el derecho del trabajo, así como en los instrumentos internacionales que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, como lo podemos ver en el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 7 inciso d señala que los Estados Partes deben garantizar en sus legislaciones nacionales “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”¹. Además de lo dicho hasta aquí, es pertinente mencionar que el Perú se encuentra sometido a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución hacen que las

¹El protocolo se encuentra disponible en el siguiente link y posee un apartado de protección a los derechos laborales en todo su artículo 7 http://derechoshumanos.pe/wp-content/uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf

obligaciones descritas sean vinculantes para nuestro Estado, además de la ya conocida pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo.

En concordancia con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Peruano podemos encontrar el mandato expreso de garantizar la protección del derecho al trabajo en el artículo 22° de nuestra Constitución cuando señala : *“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”*. Así como cuando se afirma: *“Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es **objeto de atención prioritaria del Estado**, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan(...). **Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”***.

Se puede encontrar además que el deber de reparar a un trabajador ante un despido arbitrario nace de un mandato constitucional específico que detalla: *“Artículo 27°.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

Es decir, la lógica de un sistema de protección de los derechos laborales tiene su base también en la Constitución que, a su vez, parte de la premisa de que el Perú un Estado Social de Derecho, donde los derechos laborales, considerados de segunda generación se entienden consagrados como derechos fundamentales. Como bien señala Toyama “El reconocimiento de los derechos laborales en sede constitucional importa que estamos [ante] bienes de la mayor importancia en el ordenamiento jurídico a tal punto que se pueden proyectar ante específicos casos” (Toyama 2009: 71).

Podemos concluir de lo enunciado que existe un estándar de protección de los derechos laborales individuales (como es el caso concreto de la estabilidad en el empleo) generado como consecuencia de la integración del Perú al Sistema Internacional y Regional de Protección de Derechos Humanos, así como por mandato expreso de la Constitución. Frente a lo dicho, correspondería que el desarrollo de la normativa nacional no sea restrictiva y que se tengan mecanismos de reparación adecuada ante la afectación de los derechos laborales analizados. El análisis del marco normativo nacional será desarrollado a continuación.

1.1. Marco normativo vigente de la reparación frente a la afectación a derechos laborales.

La opción de reparación frente al despido arbitrario la encontramos en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL) que en su artículo 34 señala:

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°.

Podemos observar de lo detallado en la norma que, cuando se afecta el derecho a la estabilidad en el empleo, dependiendo de la gravedad de la afectación, el legislador ha optado por indemnizar o por reponer al trabajador y, en este segundo supuesto, ha dejado también abierta la posibilidad al trabajador de poder elegir la indemnización si no desea volver a laborar con el empleador que ha lesionado sus derechos.

De lo analizado, se logra concluir que el sistema jurídico peruano considera adecuado o satisfactorio usar la indemnización para reparar un derecho laboral afectado y además, para que esto no quede al arbitrio del juez, se ha establecido fórmula legal para que se puedan tener parámetros de cálculo frente a la reparación por la afectación al derecho. Esto lo podemos ver en el artículo 38 que señala:

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

En suma, se ha diseñado un sistema de tutela tanto restitutoria como resarcitoria frente a la afectación a derechos laborales individuales en el caso del despido desde la normativa laboral. Este desarrollo es específico, a diferencia de lo que sucede en el caso de la reparación a la tutela de los derechos colectivos del trabajador donde no existe una remisión directa o fórmula diseñada para indemnizar la afectación a este derecho.

1.2. Desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la reparación civil en los casos de afectación a derechos laborales a partir de la protección contra el despido arbitrario.

En el contexto de un primer gobierno de Fujimori el cual tenía como objetivo fomentar la libertad de empresa, sin importar si el costo de hacer esto suponía la precarización de derechos laborales, entró en vigencia la Ley de Fomento del Empleo en el año 1991, que luego decantaría en el TUO de LPCL. A lo señalado por esta norma había que agregarle el hecho de que “la Constitución de 1993(...) recortó el catálogo de derechos laborales consagrados constitucionalmente [ya que] se eliminó la consagración expresa de la estabilidad laboral” (Vidal 2009: 85), [creándose] una fórmula acotada y restringida de protección frente al despido.

Frente a esto “el Tribunal Constitucional (...) ha llevado a cabo una importante labor de depuración, constitucional, anulando y reinterpretaando tanto la normativa laboral reseñada como la preconstitucional mantenida vigente” (Albiol 1995: 73).

Es así que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional se ha encargado de desarrollar que es lo que supone una adecuada protección contra el despido arbitrario. Así pues la Sentencia N° 1124-2001-AA/TC así como en la Sentencia N° 976-2001-AA/TC (Llanos Huasco contra Telefónica del Perú explican que, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una estabilidad absoluta sino una relativa. Sin embargo, esta debe ser adecuada y guiada por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Bajo esa lógica se tienen una protección preventiva y otra reparadora. Dentro de la protección reparadora son perfectamente válidas tanto la eficacia reparatoria como la restitutoria.

Aclarado cual debería ser el desarrollo y el entendimiento constitucional de la reparación frente a la afectación de derechos laborales. El Tribunal Constitucional también se ocupó de desarrollar las fórmulas de reparación frente a la principal forma de afectación al derecho del trabajo: el despido. Es así que nuestro máximo intérprete de la Constitución crea jurisprudencialmente los despidos nulo, incausado y fraudulento a los que les otorgó tutela reparatoria y, a preferencia del trabajador, también la posibilidad de optar por la indemnización.

En vista de esta nueva configuración del sistema de reparación frente al despido es que se genera incertidumbre con respecto a cómo se tendrían que resarcir los otros derechos de contenido económico que surgen a consecuencia de declarar un despido como incausado o fraudulento. Es así que surgen las interrogantes siguientes: ¿Cuál debería ser la fórmula y el concepto del pago de las remuneraciones dejadas de percibir? ¿Se debe presumir el daño moral con la sola declaración de despido incausado o fraudulento? ¿Cuál debería ser la base de cálculo para el pago del daño moral?

Para responder a las preguntas planteadas en el párrafo anterior, la jurisprudencia ha tenido diversas respuestas. El profesor Carlos Blancas señala que se pueden organizar las posiciones de la jurisprudencia organizadas de la siguiente manera: i. Una primera posición de la jurisprudencia Constitucional que señala que no corresponde el pago de remuneraciones devengadas producto de los despidos desarrollados por el Tribunal Constitucional ii. Una segunda posición de la Corte Suprema a favor de este pago y iii. Una tercera posición de la Corte Suprema que contradiciéndose a sí misma señala que no corresponde el pago de remuneraciones devengadas (Blancas 2013: 556-561).

Posteriormente, con el fin de uniformizar criterios se ha usado la figura de los plenos jurisdiccionales. En la actualidad, podemos resumir la posición de la Corte Suprema de la siguiente manera, a raíz del V pleno Jurisdiccional Laboral 2016:

Tal como se puede apreciar, en el marco de un despido incausado o fraudulento, la Corte Suprema, sostiene por un lado, que es procedente la solicitud del pago de una indemnización de daños y perjuicios (que comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral) de forma conjunta con la reposición en el centro de trabajo. Ello dado que las condiciones de la responsabilidad civil son la acreditación del daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación subjetivo.

Por otro lado, la Corte Suprema vinculó la indemnización por daños y (correspondiente al lucro cesante que le correspondería al trabajador) con las remuneraciones dejadas de percibir por el trabajador. Sobre la base de ello, afirma que es posible que los magistrados impongan a los empleadores la obligación de para una suma de dinero a título de “daños punitivos”, en función de lo dejado de aportar por el trabajador al Sistema de Pensiones. (Campos 2019: 204).

Como podemos ver, se están construyendo a través de lo planteado por los plenos jurisdiccionales mecanismos que, en tanto son creados y aceptados por los mismos

operadores de justicia, se vuelven vinculantes en la práctica. El problema con esto, es el poco rigor académico con la que se vienen adoptando estos acuerdos.

Tal como lo señala el profesor Hector Campos no son pocos los errores conceptuales que se cometen en lo planteado por estos plenos. El jurista describe por ejemplo que “Se ha descartado la tesis de los efectos retroactivos del acto ineficaz sin mayor justificación, con lo que no se ha podido reconocer naturaleza reintegrativa a la remuneración dejada de percibir, a pesar de que, tanto en el despido incausado como el fraudulento, se configuran supuesto de nulidad material, pues en ambos se lesiona derechos constitucionales” (2019:216) así como también que “La Corte Suprema ha incurrido en un equívoco al considerar que las remuneraciones dejadas de percibir en los despidos incausados o fraudulentos tienen naturaleza indemnizatoria a título de lucro cesante; ya que no ha tomado en consideración que lo que se indemniza bajo este concepto de daño es la utilidad esperada y no el ingreso dejado de percibir”(ídem).

Hasta aquí, se ha mostrado que existe un debate sobre cómo aplicar las instituciones de responsabilidad civil buscando resarcir la afectación a derechos laborales y que las fórmulas construidas por los jueces han sido ampliamente criticadas. No obstante, también existen críticas a la norma laboral por ser imprecisa y poco clara en cuanto lo que tutela resarcitoria se refiere.

Aquí queda demostrado lo que normalmente se ha venido haciendo en el medio laboral: demostrar el desconocimiento de la distinción de los remedios «indemnización» y al «resarcimiento».

Pese al desconocimiento de las instituciones del Derecho Civil -específicamente, la responsabilidad civil-, se ha intuido un problema, se ha notado que algo está mal en esta restricción, la cual obedece a que la restricción contenida en el artículo 34 de la Ley Laboral no sigue a ningún justificante válido, por el contrario, genera incoherencias y respuestas aventureras -con buenos ánimos- para dar una salida al problema, sin obtener resultados favorables para dar seguridad jurídica a las personas que se encuentren en este tipo de supuestos.

Los supuestos de «indemnizaciones», donde el quantum obedece a la legislación (artículo 38 de la Ley Laboral o el artículo 76, dependiendo del supuesto de «indemnización»), son considerados como único medio de reparación de daños según la prescripción establecida el artículo 34 de la Ley Laboral, lo cual implica, la imposibilidad de que el trabajador –aquel que se encuentre inmerso en las causales

de «indemnización» de la legislación laboral- pueda solicitar en la vía correspondiente un «resarcimiento». (Monroy 2015: 57).

Posteriormente daremos mayor desarrollo a las críticas expuestas. No obstante, lo descrito en este acápite sirve para evidenciar como se ha desarrollado la institución de la tutela resarcitoria, con un marcado énfasis en la tutela de los derechos laborales individuales.

2. La desnaturalización del contrato civil y la afectación al derecho a la libertad sindical:

Un punto de partida importante es entender como, la falta de regulación en materia laboral sobre los derechos laborales en lo referido al trabajador autónomo, propicia que el diseño normativo del Código Civil con respecto al contrato de locación de servicios suponga un riesgo para que se disfracen relaciones laborales de vínculos civiles y se vulneren derechos laborales, esto se evidencia de una lectura de los artículos 1764, 1765 y 1768 del Código Civil, tanto por lo amplia de la definición (que supone que pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales en un contexto donde dentro de la normativa laboral se tienen un concepto bastante rígido de lo que se debería entender por “subordinación”), así como por lo prolongado del plazo de duración del contrato, sumado al silencio de la normativa laboral también sobre este punto.

2.1. La afectación a los derechos fundamentales laborales en la desnaturalización del contrato civil como punto de partida.

Por lo expuesto en el punto anterior, la regulación del contrato de locación de servicios estipulada en el Código Civil ha significado, en los últimos años, una puerta abierta a la vulneración de derechos laborales. Tal como lo señala Brian Ávalos esta delgada línea divisoria entre una relación civil y una laboral, cuando la prestación de servicios supone contacto continuo con el comitente o se tenga que realizar “el servicio” dentro de la empresa contratista, sujetando al prestador a un horario y directivas ha generado supuestos en los que un prestador de servicios se convertía en los hechos en un trabajador con derechos disminuidos o absolutamente restringidos. (Ávalos 2017).

Así pues, la Corte Suprema señala, en la casación laboral 18876-2017:

En ese contexto de protección es que aparece el Derecho del Trabajo con el objeto de tutelar los derechos de los trabajadores, quienes como se sabe constituyen la parte débil de la relación laboral, pues, el empleador al tener el control de los medios de producción, posee una ventaja económica sobre el prestador de servicios que en muchas ocasiones deviene en un abuso por parte de este, al no reconocerle sus derechos o beneficios. **Este es el caso de los empleadores que suscriben contratos de naturaleza civil o mercantil con los prestadores de servicios, los cuales encubren en los hechos una relación de naturaleza laboral, todo ello con el fin de evadir el pago de sus obligaciones legales. (El énfasis es nuestro).**

Acorde a lo descrito, resulta pertinente señalar que el principio de primacía de la realidad es clave para poder otorgarle protección al trabajador en los hechos. Este principio es disruptivo con la lógica legalista o formalista de la que está revestido el derecho civil. El citado principio supone que, cuando existe discordancia entre lo que ocurre en la praxis y lo que se desprende de los documentos se debe dar preferencia a lo primero, esto quiere decir, a lo que sucede en el campo de los hechos (Pla Rodríguez 1998:313).

En consecuencia, a todo aquel prestador de servicios cuyo vínculo se declare desnaturalizado, le corresponderán todos los derechos de los que goza un trabajador que en los hechos realiza las mismas funciones que él. Estos beneficios no solo son reconocidos desde la declaración de existencia de vínculo laboral, sino también se a través de montos resarcitorios, por todo el tiempo en el que el trabajador no pudo gozar de estos derechos, tal cual lo podemos apreciar en el siguiente cuadro de Ávalos:

BENEFICIOS (*)	DESCRIPCIÓN
Gratificaciones legales	Reintegro de gratificaciones legales de Fiestas Patrias y Navidad, cada una equivalente a una remuneración mensual.
Compensación por Tiempo de Servicios	El reintegro de CTS equivalente a una remuneración mensual por cada año de servicios.
Vacaciones	El pago de una remuneración vacacional por cada año de servicios. Adicionalmente, el personal que no ha gozado del descanso vacacional físico en la oportunidad correspondiente, podría tener derecho a una indemnización vacacional (una remuneración).
Indemnización por despido arbitrario (IDA)	Si la empresa opta por no renovar el contrato o prescindir de los servicios, el personal podría reclamar el pago de una indemnización por despido arbitrario, equivalente a una remuneración y media por cada año de servicios.

Los derechos descritos en el cuadro precedente forman parte de lo que la constitución y los tratados internacionales reconocen como derechos laborales inherentes a la condición de trabajador. No obstante, junto a estos derechos también se encuentra reconocido el derecho a la libertad sindical. Pasaremos desarrollar la afectación al mismo en el contexto de un contrato de prestación de civil desnaturalizado, a continuación.

2.2. Afectación al derecho a la libertad sindical en el contexto de un contrato civil desnaturalizado.

El derecho a la libertad sindical posee reconocimiento en el artículo 28 de nuestra Constitución así como en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento.

Sumado a esto se constituye como uno de los derechos fundamentales laborales reconocidos por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) tal como se puede observar en la “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, junto a la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y eliminación efectiva del trabajo infantil. Además, nuestro país ha suscrito los dos principales convenios OIT sobre este derecho en mención: el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación así como el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

El derecho a la libertad sindical, a su vez, supone el reconocimiento de los derechos de afiliación, negociación colectiva y huelga y en relación al punto principal de análisis del presente informe, el derecho a la libertad sindical entendido como el derecho de afiliación supone que:

Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la **facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. (El énfasis es nuestro).** (Expediente 1124-01-PA de fecha 11 de julio de 2002)

Como consecuencia directa de lo anteriormente señalado, el Tribunal Constitucional señala que cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción (...), resulta vulneratorio del derecho de libertad sindical.” (Expediente 1469-2002-AA/TC, de fecha 23 de julio de 2004).

Podemos concluir entonces, que el derecho a la libertad sindical supone que se proteja la posibilidad del trabajador de afiliarse o no a un sindicato y que cualquier atentado contra este derecho deba ser reparado.

En el caso de un prestador de servicios que es en los hechos es un trabajador con un contrato de locación servicios desnaturalizado, es evidente que la vulneración al derecho a la libertad sindical es absoluta. Este trabajador no solo no puede afiliarse, sino que inclusive realizando actividad sindical en los hechos (como podría ser el caso de un locador que acompaña al sindicato de la empresa para la que presta servicios a las huelgas y a quien se le permite participar de las asambleas del sindicato) no podrá beneficiarse de lo que ha adquirido como derecho, producto de su trabajo sindical, como podrían ser un aumento remunerativo como consecuencia de un convenio colectivo celebrado por la empresa.

Frente al problema descrito, la jurisprudencia ha optado por incluir dentro del pago de los daños y perjuicios (lucro cesante) lo que supondría un aumento de remuneración cuando existan convenios colectivos celebrados entre la empresa y el sindicato cuando este es mayoritario.

Consideramos que en este primer supuesto, no existe inconveniente y la jurisprudencia acoge el otorgamiento de este pago como posición mayoritaria. No obstante, resulta relevante señalar que, en este caso, se está reconociendo el derecho que tiene todo trabajador a beneficiarse de los efectos de un convenio colectivo celebrado por un sindicato mayoritario. Esto proviene del modelo de negociación colectiva que ha adoptado el país bajo la lógica del sindicato más representativo. En consecuencia, este pago no supone la reparación específica a la afectación del derecho a la libertad sindical.

Una prueba de lo dicho en el párrafo precedente, es que, cuando se trata de la extensión los efectos los de convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios a trabajadores que

se encontraban bajo contrato civil desnaturalizado, se han usado criterios errados tanto para otorgar dicha extensión, así como para no otorgarla.

Cuando se ha extendido los efectos del convenio los motivos expuestos suponían la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el empleo. Esto lo podemos ver en el caso de las Casaciones 1381-2005-Cono Norte-Lima (precedente), 2864-2009 Lima y 602-2010 Lima; así como en la mención que hace la Casación 011477-2013 Callao que en su considerando Octavo señala:

Octavo.- Justamente, el movimiento sindical, cuya expresión máxima la encuentra en la negociación colectiva, punto de partida que da origen sea al laudo arbitral o bien al convenio colectivo, se basa precisamente en la necesidad de compensar la desigualdad real existente entre trabajadores y empleadores, y en función de ello, ha acuñado lo que se reconoce como principio de solidaridad, a través del cual las organizaciones sindicales procuran obtener del empleador beneficios tendientes a repartirse entre todos los trabajadores de la empresa, sin hacer distinciones de alguna clase, pues dicha conducta contravendría –en principio– la esencia misma de la existencia de las organizaciones sindicales, la cual es la repartición equitativa y justa de los beneficios obtenidos en función del trabajo realizado.

Como podemos notar, en este caso, la Corte Suprema hace énfasis en el hecho de que el movimiento sindical tiene como fin compensar la desigualdad entre trabajadores y empleadores valiéndose de la negociación colectiva como herramienta para el cumplimiento del objetivo descrito, pero luego concluye, sin nexo causal alguno, que los beneficios deben repartirse a los trabajadores de la empresa sin distinción.

Por otro lado, cuando la Corte Suprema se ha mostrado en contra de la extensión del convenio colectivo en el caso de aquel celebrado con un sindicato minoritario, se ha basado también en el principio de igualdad, pero desde una argumentación mejor fundamentada y razonable. Esto se puede observar en la Casación Laboral N° 4255-2017 Lima, (junto con la Casación Laboral 12901-2014-Callao, la misma que cita):

En cuanto a los alcances de un convenio colectivo celebrado por una organización sindical minoritaria, este Colegiado Supremo en la Casación Laboral N° 12901-2014-Callao, de fecha veintiséis de abril de dos mil diecisiete ha establecido en calidad de [Jurisprudencia], lo siguiente: “(…)cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de

representatividad de la mayoría de los trabajadores no puede extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados del mismo, pues, permitirlo desalentaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a la organización sindical, pues de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”.(el énfasis es nuestro).

Respaldando esta postura que señala que no se le deben extender los efectos de un convenio celebrado por un sindicato minoritario a un trabajador cuyo vínculo estuvo desnaturalizado también tenemos que:

La extensión de los beneficios a los no afiliados se constituye en un acto de injerencia antisindical porque el resultado que provoca es el desincentivo al ejercicio de la libertad sindical. ¿Para qué formar parte de un sindicato si lo mismo se consigue sin pertenecer a ninguno y sin riesgo de ninguna represalia? ¿Para qué participar en actividades sindicales, en luchas, en reclamos, en descuentos por aportes si, finalmente, el empleador premiará a los no sindicalizados?

Salta a la vista que el argumento de no discriminación que un empleador puede usar para extender un beneficio obtenido en negociación colectiva tiene como finalidades: a) restar importancia a la conquista sindical (minimizar el triunfo), b) desincentivar las afiliaciones sindicales y, c) premiar económicamente a los no sindicalizados. Cáigase en la cuenta que los únicos que se benefician con la repentina generosidad del empleador son los no afiliados. La liberalidad del empleador tiene como únicos destinatarios los no afiliados porque, los afiliados, reciben, en principio, la misma suma de dinero, pero por una causa distinta: el convenio colectivo obtenido con su lucha. Con ellos el empleador no es generoso. No le provoca serlo. Le incomoda que el sindicato pueda crecer y, sutilmente, los discrimina (Paredes 2015: 199).

A pesar de que lo expuesto parece ser lo más razonable, recientemente se ha celebrado el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, el mismo manifiesta que no cabe la extensión de los efectos de los convenios celebrados por sindicatos minoritarios salvo excepciones pactadas, desnaturalización del contrato o voluntad del empleador.

Consideramos que se debe adoptar una posición media, que suponga resarcir al trabajador por haber sido afectado en el derecho a la libertad sindical por el solo hecho de ser trabajador, pero sin que esta tutela sea desproporcionada, no solo porque se está beneficiando en exceso a un trabajador sin hacer un análisis pormenorizado de la situación del mismo, sino que, como ya se ha desarrollado en este acápite, se estaría realizando un acto que afecta los intereses del sindicato de forma injusta.

3. **La reparación a la afectación al derecho a la libertad sindical a través de la indemnización por daños y perjuicios:**

Para comenzar a desarrollar el método de reparación al derecho a la libertad sindical de los trabajadores materia de este artículo, debemos partir de las propuestas más recientes. Esto supone analizar lo planteado por el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral que ha trazado las siguientes reglas:

En caso el trabajador haya estado imposibilitado de afiliarse a un sindicato debido a que formalmente no existía un vínculo laboral con el empleador, una vez declarada la existencia de una relación laboral dentro del proceso judicial respectivo, corresponderá otorgarle al trabajador los beneficios pactados en los convenios colectivos y/o laudos arbitrales económicos, tomando en cuenta los siguientes parámetros:

- En caso el trabajador siga laborando para el empleador, deberá decidir a qué sindicato se afiliará, a fin de que se pueda determinar qué convenios y/o laudos arbitrales le puedan corresponder.
- En caso el trabajador ya no continúe laborando para el empleador, se le deberá reconocer todos los beneficios laborales pactados en convenios colectivos y/o laudos arbitrales suscritos por el sindicato que escoja.

Consideramos sumamente problemáticos los parámetros trazados por el pleno materia de análisis toda vez que, en primer lugar, resulta desproporcionado darle la potestad al trabajador de elegir un sindicato para efectos de que se le reconozcan los beneficios correspondientes al mismo. A diferencia del pago de las remuneraciones devengadas donde se asume que el trabajador hubiera continuado laborando si no hubiera estado frente a un contrato desnaturalizado, no podemos saber si el trabajador se hubiera sindicalizado o no. Esto atenta a todas luces contra el principio de primacía de la realidad que como bien señala, Pla Rodríguez, es un principio del derecho del trabajo que no necesariamente debe ser usado cuando beneficie al trabajador sino en virtud de la justicia que el derecho laboral debe otorgar. (1998)

Sumado a esto, de una interpretación *a contrario* de lo señalado podemos concluir que, en los casos en los que en una empresa no exista un sindicato, el trabajador no recibiría reparación alguna por la afectación a su derecho a la libertad sindical. Esto, supone una interpretación restrictiva del derecho a la libertad sindical, ya que no se toma en cuenta que este supone también el reconocimiento del derecho a formar un sindicato, el mismo que

también se ha visto afectado por este vínculo civil desnaturalizado y en consecuencia también debería ser indemnizado.

Esto lo podemos inferir desde lo planteado por la norma, cuando en el artículo 34 de la LPCL señala que se (...) **podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente**". Lo señalado en la norma supone que, junto con la indemnización por despido arbitrario, será posible también que se incluya un monto referido a la afectación al derecho a la libertad sindical o los beneficios derivados del convenio colectivo.

3.1. La indemnización bajo el concepto de daño moral como punto de partida.

En virtud de lo ya expuesto, debemos señalar que el derecho a la libertad sindical es inherente a la relación laboral, indistintamente de si el trabajador realiza actividad sindical. Sumado a esto, a pesar de que todos los trabajadores merecen que su derecho a la libertad sindical sea tutelado, cuando hablamos de montos resarcitorios, siempre debe haber una relación proporcional entre el monto consignado y la intensidad con la que se ha afectado el derecho. Podemos concluir entonces que existe un primer grado de intensidad en la afectación a la libertad sindical, cuando nos encontramos frente a un trabajador que encontrándose dentro a un contrato de prestación de servicios no realizó actividad sindical alguna y tampoco manifestó en los actos la voluntad de acercarse o colaborar con el sindicato.

En este primer supuesto, consideramos que la reparación al trabajador por este concepto debería traducirse en lo que se conoce desde el derecho civil como el daño moral.

Para señalar lo anterior debemos entender que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el daño moral incluye a lo que se conoce como daño punitivo en el derecho anglosajón, es decir funciona también como un mecanismo de sanción hacia la empresa y a su vez como una forma de reparar al trabajador afectado por la sola vulneración de un derecho constitucional.

Aunque en el V Pleno Jurisdiccional Laboral se use el concepto de daño punitivo como forma de sancionar al empleador, no parece adecuado extraer una figura de un sistema jurídico distinto al nuestro, que a su vez no se encuentra regulada en nuestra norma nacional. Será el

pago del daño moral, en consecuencia, el concepto que se debe otorgar a todo aquel trabajador que se haya encontrado en el supuesto de un contrato de locación de servicios declarado como desnaturalizado, independientemente de si en la empresa existía sindicato o no. El monto deberá ser calculado en virtud del tamaño de la empresa (pudiendo usar como criterios los ingresos de esta empresa y el número de trabajadores de la misma) acogiendo la postura de que el daño moral en nuestro ordenamiento jurídico, tiene naturaleza punitiva.

3.2. La indemnización bajo el concepto de pérdida de oportunidad ante la lesión a la expectativa de sindicalizarse.

Para que este concepto se otorgue se deberá probar lo que se conoce como el daño a una expectativa, toda vez que “La pérdida de oportunidad, o pérdida de la chance como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad –todavía no era una certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida” (Peirano 1981:364).

En ese sentido, este monto será otorgado a aquel trabajador que demuestre en proceso que tuvo la intención de afiliarse o colaborar con el sindicato. Para que esto se pueda determinar corresponderá que se ofrezcan medios probatorios en la demanda, los mismos que deberán ser actuados en la audiencia. Es decir siempre y cuando dentro del proceso se demuestre a través de comunicaciones o manifestaciones que el trabajador tuvo una expectativa seria y cierta de pertenecer al sindicato, la misma que fue imposibilitada por la relación civil desnaturalizada.

El cálculo del monto corresponderá a las reglas de la responsabilidad civil y no podrá ser igual que el otorgamiento de la extensión de los convenios colectivos cuando se trate de sindicatos minoritarios.

3.3. Lucro cesante y primacía de la realidad ante un trabajador que realizó actividad sindical a pesar de haber estado impedido de afiliarse por su vínculo civil.

En este caso en particular, consideramos que se debe aplicar el principio de primacía de la realidad, toda vez que el mismo supone que se privilegien los hechos por encima de los documentos, para esto el trabajador deberá probar que realizó actividad sindical. En este caso correspondería la extensión del convenio así se trate de un sindicato minoritario pues se entiende que el trabajador era fácticamente un trabajador subordinado.

Al igual que en el apartado anterior, lo probatorio juega un rol indispensable por lo que también será obligatorio la presentación de medios probatorios en la demanda, los mismos que deberán ser actuados en el proceso.

Conclusiones

Luego del análisis realizado en el presente artículo, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

-Resulta necesario que el derecho laboral se adapte a los nuevos retos que la modernidad y la globalización le presentan. El uso de los contratos de locación de servicios genera un alto riesgo de que se disfracen relaciones laborales de relaciones civiles y se afecte el derecho a la libertad sindical por lo que se hace necesario que el afectado acceda a una reparación integral que incluye la tutela por el derecho mencionado.

-La reparación a este derecho debe ser razonable. Esto supone analizar caso por caso el contexto de cada trabajador para que la tutela al derecho no sea desproporcionada y no exista riesgo de que se incurran en actos antisindicales, que no solo beneficien injustamente al trabajador sino que desincentiven la afiliación propiciando escenarios de intervencionismo estatal y accionar antisindical de parte de la empresa.

-Partiendo de las reglas de responsabilidad civil, se debe optar por indemnizar al trabajador por la afectación a su derecho a la libertad sindical. El daño moral será el punto de partida y dependiendo de las pruebas presentadas en la demanda y lo actuado en el proceso, se podrá otorgar el monto indemnizatorio de pérdida de oportunidad cuando se dañe una expectativa cierta y un monto adicional de lucro cesante cuanto se pruebe que en los hechos el trabajador realizó actividad sindical, por aplicación del principio de primacía de la realidad.

Bibliografía

ALBIOL, Ignacio

1995 *Derecho del Trabajo 9na Edición*. Valencia: Tirant lo banch.

ARCE, Elmer

2008 *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra.

ÁVALOS, Oxal

2018 *Límites razonables al uso desmedido del lucro cesante en materia laboral para los casos de despidos injustificados*. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Chiclayo.

BARDALES, Luis

2017 “Un intento fallido de trasplante legal: los punitive damages por despido arbitrario”. *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral y Notarial* 52. Lima: Gaceta Jurídica.

BLANCAS, Carlos

2009 *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

BOZA, Guillermo

2009 “El convenio colectivo de trabajo como fuente de derecho: naturaleza jurídica, contenido y efectos”. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Editorial Grijley.

CAMPOS, Héctor

2019 “La (ilegítima) admisión de la indemnización punitiva en el ordenamiento peruano”. *Anales de Legislación Argentina* 6. Buenos Aires: La Ley SAEel.

CAMPOS, Héctor

2019 “Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el Sistema Peruano: La retórica de los Punitive Damages y la desnaturalización del lucro cesante”. *Themis, Revista de Derecho* 75. Lima: Themis.

DE LAMA, Manuel

2014 “Corte Suprema insiste en sostener los efectos erga omnes de un convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario”. *Soluciones Laborales*. Lima, número 80, pp. 89-91.

ERMIDA, Óscar y Alfredo VILLAVICENCIO

1991 *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC.

ERMIDA, Óscar

1993 “Origen, características y perspectivas”. En ERMIDA, Oscar y Antonio OJEDA. *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 107-117.

FERRO, Victor

1998 “El concepto de remuneración”. *Asesoría Laboral*. Lima.

GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO

2000 “Los principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, volumen 119, número 1, pp. 37-59.

LA LEY

2017 “Obreros municipales están sujetos al Régimen de la actividad privada”. *La ley*. Tribunales.Lima, 20 de enero del 2017, pp 1.

Consultada el 3 de junio del 2019. <https://laley.pe/art/3762/obreros-municipales-estan-sujetos-al-regimen-laboral-de-la-actividad-privada>

MONTEBLANCO, Alejandro

2015 “La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 46, pp. 259-265.

NEVES, Javier

2006 “Los principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Lima: Palestra, pp. 337-342.

OIT

1994 *Libertad sindical y negociación colectiva*. Conferencia Internacional del Trabajo 81º reunión 1994. Ginebra: OIT.

OIT

1996 *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*.

OIT

2006 *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición.

PAREDES, Paúl

2015 “Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 37, pp. 196-199.

PLA RODRIGUEZ, Américo.

1998 *Los principios del Derecho del Trabajo*; 3ª. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina 1998.

PEIRANO, Jorge.

1981 “Responsabilidad Extracontractual” Tercera Edición. Bogotá: Temis, 1981.
Pág. 364

SAGARDOY ABOGADOS

2002 “La representatividad sindical”. Compendio Sagardoy de Derecho del Trabajo. Madrid.
Consultado el 2 de junio de 2019 <http://vlex.com/vid/representatividad-sindical-129018>

MONROY PINO, Renzo Salvatore

2015 *La resurrección de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. Resarcido daños a la institución de la responsabilidad civil a través de la diferenciación de remedios.* Tesis.
file:///C:/Users/Christian/Desktop/Extensión%20de%20convenio%20colectivo/TESIS.pdf

TOYAMA, Jorge y Carole NEYRA

2016 “Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo”. *Ius Et Veritas* 52. Lima: Ius Et Veritas.

TOYAMA, Jorge

2009 “La Constitución: fuente de Derecho Laboral” En SANGUINETI, Wilfredo *Estudios de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social : Libro Homenaje a Javier Neves Mujica.* Lima: Grijley, pp. 61-76.

TOYAMA, Jorge y Alfredo TORRES

2017 “Extensión de los convenios colectivos de trabajo y sindicatos minoritarios”. *En Revista Ius Et Veritas N°55.* Lima. pp 284-302.

VIDAL, Michael

2009 “La Constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional : el caso del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario”. En SANGUINETI, Wilfredo *Estudios de Derecho Del Trabajo y de La Seguridad Social : Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 77-100.

VILLAVICENCIO, Alfredo

2010 *La libertad sindical en el Perú*. Lima: PLADES.