

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

## Escuela de Posgrado



**La Responsabilidad civil por los daños causados por la lesión a la libertad sindical colectiva en el sistema jurídico peruano.**

**Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que presenta:**

*Paúl Bernardo Castellanos Córdova*

**Asesor:**

*David José Campana Zegarra*

**Lima, 2022**


## Informe de Similitud

Yo, David José Campana Zegarra, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado “La Responsabilidad Civil por los daños causados a la lesión de la libertad sindical colectiva en el sistema jurídico peruano”, del/de la autor(a) / de los(as) autores(as) Paúl Bernardo Castellanos Córdova, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 15/09/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 15 de setiembre de 2022

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Campana Zegarra, David José</u>	
DNI: 6178387	Firma 
ORCID: 0000-0003-1848-8799	

*Gracias mamá,  
ahora puedes brillar junto a las estrellas.*



## RESUMEN

Frente a la conducta antisindical que tiene como consecuencia la lesión al derecho a la libertad sindical, así como sus múltiples manifestaciones, corresponde al ordenamiento procurar al sujeto lesionado la restitución en el pleno goce y ejercicio de su derecho y libertad, para ello el operador jurídico deberá primero determinar el carácter antisindical de la conducta, efectuando un juicio de antisindicalidad, el cual tiene entre sus elementos caracterizadores, su naturaleza atípica, la irrelevancia del efecto dañoso, la ausencia de factores subjetivos para su atribución, así como su carácter pluriofensivo, los cuales tendrán sin duda una incidencia en la evaluación probatoria de la conducta infractora. Asimismo, el ordenamiento jurídico ha diseñado una serie de mecanismos de protección de la libertad sindical, entre los cuales está la tutela restitutoria prestada por la justicia constitucional y laboral, la tutela punitiva administrativa y penal, así como la justicia internacional, los cuales, no han previsto expresamente, imponer al agente infractor, la reparación de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales del ilícito antisindical. En tal sentido la tutela resarcitoria prestada por el derecho civil patrimonial puede mediante sus técnicas resultar idónea para tutelar dichas consecuencias por lo que corresponderá, a continuación, efectuar un juicio de responsabilidad civil, sobre la conducta reputada como antisindical, analizando sus elementos, el nexo causal, el factor de atribución y los daños causados, cabiendo la posibilidad de imponer de ser el caso un resarcimiento por daño moral atendiendo a la gravedad de la conducta infractora. Finalmente se analiza lo que ha sido procesalmente el tratamiento de los elementos antes descritos.

**Palabras clave:** libertad sindical, prácticas antisindicales, resarcimiento, daño moral, daños punitivos.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	pág. 6
<b>1. EL JUICIO DE ANTISINDICALIDAD Y SU TUTELA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.</b>	pág. 12
1.1 Los aspectos esenciales del juicio de antisindicalidad.	pág. 12
1.1.1 Carácter atípico de la conducta antisindical.	pág. 12
1.1.2 Irrelevancia del efecto dañoso.	pág. 18
1.1.3 Ausencia del elemento subjetivo (dolo o culpa).	pág. 27
1.1.4 Carácter pluriofensivo del ilícito antisindical. Libertad Sindical individual y colectiva: Interdependencia estructural.	pág. 29
1.1.5 La prueba del ilícito antisindical. Idoneidad de la conducta para lesionar el derecho.	pág. 32
1.2 Los mecanismos de tutela frente a la conducta antisindical.	pág. 39
1.2.1 La tutela judicial restitutoria y de inhibición.	pág. 39
1.2.2 La tutela penal. Regulación simbólica.	pág. 42
1.2.3 La Responsabilidad del empleador en la intervención administrativa de la inspección del trabajo.	pág. 45
1.2.4 La reparación integral según el estándar del Sistema Interamericano de Justicia.	pág. 53
1.3 La tutela resarcitoria o compensatoria. La función preventiva de la responsabilidad civil y la tutela de la libertad sindical colectiva.	pág. 57
<b>2. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA LESIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA.</b>	pág. 59
2.1 El ilícito antisindical y el elemento de antijuridicidad.	pág. 59
2.2 El factor de atribución (culpa o dolo).	pág. 71
2.3 El ejercicio abusivo de un derecho o facultad como criterio de imputación.	pág. 73
2.4 Los daños causados por la conducta antisindical.	pág. 81
2.4.1 El daño no patrimonial o moral.	pág. 81
2.4.2 El daño patrimonial	pág. 97

2.4.3 Daño indirecto: incremento patrimonial indebido del empresario a costa del desmedro patrimonial de los afiliados o el colectivo de sindicalizados. El enriquecimiento sin causa.	pág.101
2.5 La determinación del quantum indemnizatorio frente la lesión de la libertad sindical colectiva y los daños punitivos.	pág.104
<b>3. LAS VÍAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA TUTELA RESARCITORIA FRENTE A LA LESIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA.</b>	pág.115
3.1 La legitimidad procesal frente a las acciones de resarcimiento por la lesión de la libertad sindical colectiva.	pág.115
3.2 Análisis de un caso de conducta antisindical y su abordaje por parte de la Corte Suprema. La extensión de beneficios del Convenio Colectivo de efectos restringidos a los no afiliados.	pág.128
3.3 El resarcimiento de los daños causados por la lesión a la libertad sindical desde una perspectiva comparada.	pág.146
3.3.1 El caso de España.	pág.146
3.3.2 El caso de Argentina.	pág.152
3.3.3 El caso de Colombia.	pág.153
3.3.4 El caso de Chile.	pág.156
<b>Conclusiones</b>	pág.159
<b>Bibliografía</b>	pág.163

## INTRODUCCIÓN

La libertad sindical es un derecho fundamental, reconocido en nuestra Constitución y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, de los cuales el Perú es parte. Su importancia es reconocida, por las diversas funciones y el rol que cumple en la sociedad, junto con su principal expresión: la negociación colectiva. La función de intercambio para la redistribución del ingreso y la riqueza, así como de gobernanza para la democratización de las relaciones laborales son esenciales para la inclusión social y la coexistencia pacífica (Villavicencio, A., 2010d). Además, se ha reconocido la importancia de la libertad sindical en el marco de un Estado Social de Derecho, y, su desarrollo, ha acompañado el surgimiento del constitucionalismo moderno (Blancas, C., 2011). Desde su fundación la OIT ha considerado la garantía del ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva, como condición necesaria para lograr la justicia social y el crecimiento económico equitativo de los pueblos, principio que ha sido ratificado en todas sus grandes Declaraciones, constituyendo uno de los pilares para el logro del Trabajo Decente en todo el actual mundo globalizado, lo que ha sido ratificado en reciente Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (OIT, 2019, pp. 1-2).

Además, su reconocimiento como un derecho humano, impone al Estado Peruano, obligaciones internacionales, de respeto, garantía e inclusive acciones positivas, las mismas que han tenido expresa recepción en nuestro texto constitucional, el cual manda al Estado garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva. Sin embargo, pese a estos reconocimientos, a la importancia de la libertad sindical en una sociedad democrática, especialmente en nuestro país, existe un comprobado déficit en cuanto el ejercicio de los derechos colectivos con una tasa de sindicalización en promedio de 6,2% entre el 2002 y el 2017; y, una tasa de negociación colectiva que, en el 2019, llegó tan sólo al 4.81%, de la PEA ocupada, índices que en la actualidad podrían estar sufriendo graves descensos debido a la crisis sanitaria. Además, es conocido que el Perú es uno de los países de América Latina con la mayor cantidad de denuncias ante el



Comité de Libertad Sindical [CLS], así entre 1990 y el primer trimestre del 2013, se presentaron 111, quejas, el 12.27% a nivel regional, sólo superado por Argentina con 117, quejas en el mismo periodo, con el 12.93% (Marcos-Sánchez, J. y Rodríguez, E., 2013, p. 82)

En el marco de sus obligaciones constitucionales el Estado ha legislado mecanismos de tutela y promoción de la libertad sindical, ante instancias judiciales y administrativas, siendo las primeras principalmente de carácter restitutorio –del goce del derecho- y de inhibición –para el cese de las conductas infractoras-; así como una regulación penal simbólica, y las segundas si bien de carácter sancionador se implementan mediante multas, que dependiendo del poder económico del empresario, y, su posible evaluación de costo beneficio, no resultan plenamente disuasivas para impedir la implementación sistemática de prácticas antisindicales.

Frente a esta realidad consideramos necesario explorar otros mecanismos de tutela que ofrece el derecho para el pleno respecto de la libertad sindical, a fin que cumpla su rol democratizador en la sociedad, presentando las técnicas de la responsabilidad civil y del derecho civil patrimonial, un marco de figuras e instituciones que pueden resultar idóneas para dicho objetivo, pues la comisión de prácticas o conductas antisindicales, llevan de parte del empresario una impronta económica, es decir un análisis de costo beneficio, en relación al ahorro patrimonial que consigue o se apropia –en este caso en forma indebida- como consecuencia del ilícito antisindical, independientemente de los daños patrimoniales que puede sufrir, tanto el sindicato, como persona jurídica, el trabajador afiliado considerado en forma individual, como la propia colectividad de afiliados en su calidad de ente colectivo.

Nuestro sistema jurídico, salvo casos muy puntuales, no ha regulado vías o mecanismos específicos de reparación de los daños patrimoniales y no patrimoniales como consecuencia de la conducta antisindical del empresario, si bien nuestra doctrina laboral ha recibido unánimemente la clasificación de las



dimensiones individual y colectiva de la libertad sindical, en la práctica judicial se suele segmentar el ejercicio de ambos aspectos sin reconocer que su ejercicio es de “estrecha interdependencia estructural” (Sanguinetti, 2009 p. 80) siendo por tanto, que la afectación del ejercicio de la libertad sindical individual tiene necesarios efectos en el ejercicio colectivo y viceversa. Ello nos parece incluye los negativos efectos patrimoniales y no patrimoniales. Además, esta clasificación académica de los aspectos colectivos e individuales de la libertad sindical, puede hacer perder de vista la manifestación dinámica de ambas dimensiones como es el colectivo o la colectividad de integrantes y actuantes del sindicato, y a su vez, los daños que sufre dicho colectivo producto de las prácticas antisindicales.

Tampoco existe una regulación positiva del daño punitivo, sin embargo, nuestra Corte Suprema de la República (CS) ha determinado, mediante la figura de los Plenos Jurisdiccionales Nacionales, su procedencia en determinados supuestos: la reposición en caso de despido fraudulento e incausado y la determinación del resarcimiento como consecuencia de accidentes de trabajo. Ello ha abierto un debate sobre su viabilidad dado nuestra regulación civil patrimonial. Asimismo, el abordaje jurisprudencial laboral del daño moral es muy restrictivo y no desarrolla diversos aspectos de esta institución como es justamente su posible función punitiva, la cual puede resultar idónea especialmente en los casos donde del ilícito antisindical no produce directamente daños patrimoniales. Tampoco nuestra justicia laboral ordinaria es muy proclive a abordar los conflictos laborales desde una perspectiva colectiva, ello resulta una traba muy significativa al momento de abordar el resarcimiento de los daños sufridos tanto por el sindicato como persona jurídica o sujeto de derecho, los trabajadores individuales y la propia colectividad de afiliados, frente a las prácticas antisindicales.

La doctrina comparada española postula, la tesis que la figura del enriquecimiento indebido, es idónea para afrontar el aprovechamiento indebido o ahorro económico que el empleador aprovecha en virtud del ilícito antisindical, sin que ello signifique necesariamente un daño patrimonial directo para el sindicato, el afiliado o la colectividad de sindicalizados (Sepúlveda, M., 2004). En este caso se

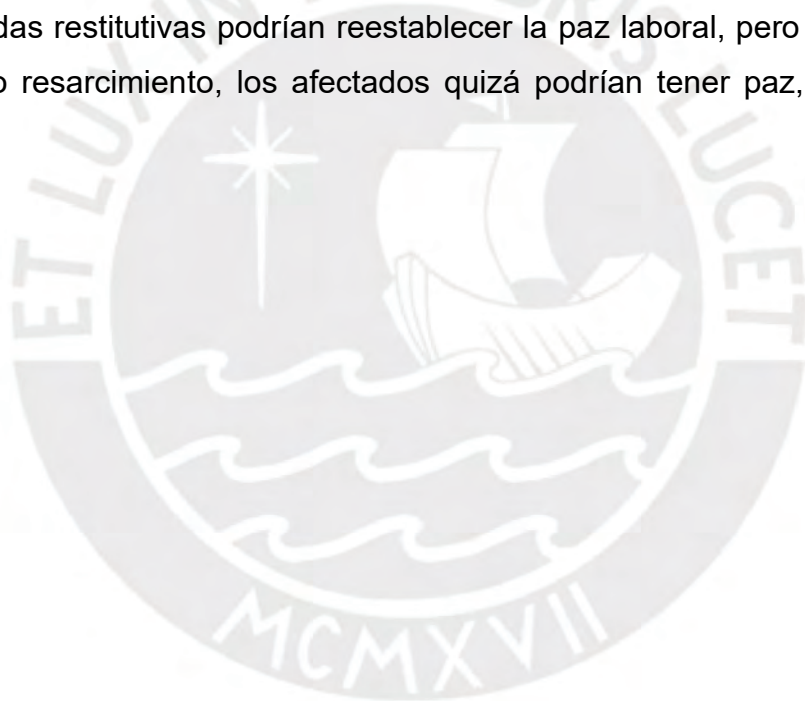
plantea un reequilibrio económico ante el incremento patrimonial indebido del empresario a costa del desmedro patrimonial de los afiliados o el colectivo de sindicalizados, sin que ello implique la demostración de los elementos de la responsabilidad civil. La doctrina ius laboralista, ha tratado con profundidad sobre la conducta antisindical, planteando sus principales rasgos y características, que serán de utilidad en el presente trabajo como son el carácter especialmente atípico de la conducta antisindical y su carácter pluriofensivo (Valdeolivas, Y., 1992 y Sanguinetti, W., 1993)

La conducta antisindical, tiene efectos negativos patrimoniales y no patrimoniales, en el sindicato, el trabajador individual y en el colectivo de afiliados, que deben ser resarcidos, independientemente de las medidas restitutorias clásicas, y que además existen consecuencias económicas indebidas a favor del empresario que podrían no reflejar un perjuicio patrimonial directo en la parte laboral, pero que no por ello, no deban ser objeto de un remedio que restablezca el equilibrio económico entre las partes. Además, en muchos casos la lesión de la libertad sindical tiene como vehículo o instrumento para la vulneración del derecho, el ejercicio de un derecho o facultad empresarial, que haya en la norma o la ley, un marco de cobertura (cese colectivo, aplicación del poder disciplinario, ius variandi, modificaciones societarias, suspensión perfecta, etc.), y que actúa o pretende actuar como factor eximente o justificante de los posibles daños causados, en estos casos cabe analizar la necesidad, justificación y proporcionalidad de dicho ejercicio, en el marco por ejemplo de la institución del abuso del derecho.

No es posible dejar de mencionar nuestra perspectiva de la conducta antisindical, desde nuestro acercamiento al mundo del trabajo, al constituir una organización sindical, allá por el año 2004, luego de lo cual fuera desarticulada aquella naciente organización; nuestra posterior experiencia, como parte del Programa Laboral de Desarrollo – PLADES, en el desarrollo de proyectos de fortalecimiento y promoción sindical a nivel nacional entre los años 2005 y 2009, la recomposición de nuestra propia organización sindical, en ese año, el paso por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la Dirección de Prevención y Solución de

Conflictos Laborales de la Dirección General de Trabajo, entre los años 2011 y 2013, y el ejercicio de la dirigencia sindical, desde aquel año hasta la actualidad. Durante todos estos años hemos observado en forma reiterada y persistente, la frontal resistencia al hecho sindical, lo cual, ha colocado a numerosos sindicatos desde su fundación en una permanente posición de tenacidad, frente a las practicas y conductas, que han pretendido impedir su conformación y posterior consolidación, despidos de dirigentes y afiliados fundadores, masivos y direccionados, constantes actos de hostilidad antisindical de diverso tipo, las mayores negativas y limitaciones posibles para el ejercicio de las actividades sindicales, trabas, obstrucción y dilación para la negociación colectiva. Cuando el sindicato naciente pudo sobrepasar, esta etapa de inicial agresión, ha debido enfrentarse a la consigna se ser mantenido en su mínima expresión, con la permanente amenaza de su desarticulación. El esfuerzo de la organización y sus miembros en estos casos siempre ha sido grande y constante, en aspectos mensurables tiempo, recursos, actividades, etc., pero también en cuanto a aspectos inmateriales anímicos, psicológicos, familiares, entre otros, que han afectado a los afiliados y debilitado el funcionamiento de la organización. Cuando los mecanismos de protección legal han cumplido el propósito de restituir el ejercicio de la libertad sindical, identificando el comportamiento lesivo, para el agente agresor, más allá se verse descubierto o expuesto, al identificársele como autor de tal ilícito antisindical, no ha habido consecuencia alguna, situación que no hace más que promover y alentar la reiteración de dichas prácticas, las cuales pese a ser identificadas no traerán mayores consecuencias para su autor, es decir que las conductas antisindicales finalmente no tendrán ningún costo. Frente a ello en el presente trabajo sostenemos que la conducta antisindical tiene consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales, en los sindicalizados y el sindicato, que no son adecuadamente resarcidas, lo que produce un desequilibrio económico que debe ser reestablecido, proponemos, mediante la tutela resarcitoria, de no ser así no se habrán de generar suficientes incentivos, para la no comisión de la conducta antisindical, la cual siempre quedará impune. En todos estos años no hemos conocido un solo sindicato o dirigente cuya vocación no haya sido, primero, la del dialogo y el acuerdo pacifico, en cambio hemos

observado, una insistente posición de soberbia y autoritarismo, desde la contraparte, inclusive de muchas autoridades y técnicos en materia laboral, frente a los trabajadores y su organización. Finalmente, no puedo dejar de mencionar las palabras de un dirigente, en una conversación que sostuvimos en el 2012, respecto a su militancia en el sindicato, el cual luego de la constante acción antisindical de su empleador -quizá la mayor empresa productora de alimentos del país- había sido reducida a una nómina cercana al mínimo legal: “continuamos en el sindicato por una razón de dignidad”. Nuestro trabajo espera contribuir a que trabajadores y organizaciones sindicales, como aquella, puedan obtener la adecuada reparación por los daños sufridos, por las conductas antisindicales, cuya impunidad no contribuye en nada a relaciones laborales pacíficas y justas, así las medidas restitutivas podrían reestablecer la paz laboral, pero creemos, sin un adecuado resarcimiento, los afectados quizá podrían tener paz, pero justicia no.



## **CAPÍTULO 1. EL JUICIO DE ANTISINDICALIDAD.**

### **1.1 Los aspectos esenciales del carácter ilícito de la conducta antisindical.**

#### **1.1.1 Carácter atípico de la conducta antisindical.**

El primer paso para determinar una responsabilidad patrimonial o no patrimonial del empresario, en el marco del presente estudio, es establecer el carácter antisindical de su conducta: su carácter lesivo de la Libertad Sindical. Para dicho propósito debemos establecer en primer lugar el objeto de la lesión o bien jurídico protegido, el cual tiene en nuestro sistema jurídico reconocimiento constitucional, así pues, la vulneración de la Libertad Sindical, significará la lesión de un derecho de dicho rango.

Esta consagración en el máximo nivel del sistema de fuentes ha sido considerada como la incorporación, de dicho derecho, al llamado “interés público” y un reconocimiento en nuestro sistema de relaciones laborales del modelo pluralista, el cual valora en forma positiva el conflicto industrial y reconoce al sindicato y la empresa un importante rol en “la composición y funcionalización” del mismo, en contraposición del modelo unitario que niega el valor del conflicto laboral y considera a la empresa como “una autoridad unificada, legitimada, indiscutida e indiscutible” en torno de la cual deben girar la lealtad, objetivos, valores y la aceptación de las prerrogativas del empleador, por parte de todos sus miembros, lo cual deslegitima y proscribire la participación del sindicato en la sociedad (Villavicencio, 2010a, pp. 45-46).

La inclusión de la Libertad Sindical en el tramado de valores e intereses que conforman el pacto social y por lo tanto su relación con el interés público entendido este como el conjunto de “principio y valores fundamentales que definen una determinada organización social y que, por lo mismo, pasan a tener una consideración jurídica especial traducida generalmente en normas de carácter imperativo que se imponen a la autonomía de la voluntad” (Villavicencio, 2010b, p.



206), ha sido destacada respecto de las funciones que la representación sindical cumple en favor del interés general de la sociedad, que deberán reclamar del Estado una actuación de promoción y garantía, que pasamos a sintetizar: i) *Función compensadora y de equilibrio* de las relaciones laborales por naturaleza asimétricas; ii) *Función Normativa* al establecer en forma concertada la regulación de las condiciones y aspectos en el centro de trabajo o ámbito determinado; iii) *Función compositiva o pacificadora* de la natural relación de conflicto económico entre las partes laborales mediante la negociación; iv) *Función de aplicación y vigencia del Derecho del Trabajo* al garantizar mejor el cumplimiento de las normas laborales; y, v) *Función democratizadora y de cohesión social* al permitir la participación y consideración de los intereses de los trabajadores en diversos ámbitos donde le corresponda actuar al sindicato (Villavicencio, 2010b, pp. 211-221). Entendemos entonces que los deberes positivos del Estado, de sus diversos organismos, respecto a la inclusión de la Libertad Sindical como uno de los valores constitucionales, deberán estar encaminados y dirigidos al logro y realización de los fines antes señalados.

Lo expuesto anteriormente destaca el doble carácter de los derechos fundamentales, como *derechos subjetivos* de las personas y como *normas objetivas de derecho*, lo que significa que la consagración de un derecho en la Constitución significa que “no sólo se atribuye a la persona una facultad subjetiva que puede ejercer libremente y el Estado está obligado a respetar y proteger, sino que, asimismo, el ordenamiento se adscribe e identifica con los valores que subyacen en cada uno de ellos, de forma tal que la realización de estos valores se constituye en un deber del Estado y no sólo en una facultad de las personas” (Blancas, 2011, p. 289). Entonces el carácter de derecho fundamental que tiene la Libertad Sindical significa, por un lado, el reconocimiento de un “derecho subjetivo de los trabajadores y sindicatos a organizarse y realizar actividad sindical” y, por otro lado, un “deber del Estado de contribuir a su realización”, donde encuentra su justificación la regulación y tratamiento promocional, respecto de este derecho, por parte del Estado (Blancas, 2011, p. 404).



En consecuencia, cualquier impedimento o restricción para el ejercicio de la Libertad Sindical, significará no sólo una afectación al ejercicio de dicha libertad en su faceta de derecho subjetivo, sino también un cuestionamiento a los deberes de promoción y tutela de este derecho, que tiene el Estado, y, que se desprenden del mandato normativo constitucional, para la máxima realización de los fines y valores, que dentro de la sociedad cumple la actividad sindical. Por lo tanto, frente a una lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, el Estado deberá actuar no sólo a fin de restituir o reparar los efectos negativos de tal conducta en el sujeto o sujetos afectados, sino también a fin de procurar que este tipo de conductas no se repitan o constituyan un obstáculo constante al pleno desarrollo de esta libertad, de modo que se consigan aquellos fines de interés general.

Respecto a la Libertad Sindical en su faceta de *derecho subjetivo*, la doctrina nacional ha desarrollado, con suficiencia, en base a dos elementos “la titularidad de los derechos que comprende y el contenido de estos” (Neves, 2016, p. 9), su “contenido complejo o polivalente” (Blancas, 2011, p. 405), el cual da cuenta de su naturaleza “Colectiva: libertad de constitución y funcionamiento del sindicato. Individual: libertad de adherirse o no al sindicato de su elección” (Blancas, 2011, p. 407). Sin perjuicio de ahondar más delante en las relaciones e interdependencia de esta faceta dual de la Libertad Sindical, creemos importante destacar que si bien las medidas de protección y promoción del Estado, tutelan tanto los aspectos de organización (estáticos), como, de actividad (dinámicos), de este derecho fundamental, aquellas están dirigidas principalmente a la tutela de las facultades de actividad sindical, ello debido a que “el elenco mayoritario de lesiones de la libertad sindical se produce cuando se exteriorizan los actos o conductas dirigidas a materializar el derecho” (Villavicencio, 2011c, pp. 244-245).

La noción de actividad sindical ha sido tratada por la doctrina desde una perspectiva amplia, considerándola como una tipología abierta que puede adoptar los más diversos y variados significados como el “conjunto de actuaciones que pueden desarrollar los trabajadores y sus organizaciones con el fin de lograr una adecuada defensa de sus intereses”, siendo por tanto, “un concepto jurídico

indeterminado cuyo contenido hay que ir determinando en cada momento en función de la dirección que asume la actividad de autotutela” (Sanguinetti, 1995, p. 198). Por lo tanto, si bien un juicio de antisincaalidad, puede tener como punto de partida el análisis de la lesión de los aspectos que han sido graficados por la doctrina en sus dimensiones individual y colectiva y su combinación con los aspectos estáticos y de actividad (Villavicencio, 2010, p. 93), deberá considerar que esta última, la actividad sindical, que puede ser objeto de lesión, puede tener novísimas manifestaciones las que habrán de actualizarse, en la medida que los titulares del derecho consideren que esas actuaciones son las más adecuadas para la tutela de sus intereses.

Sin perjuicio de considerar que el concepto de actividad sindical permite un catálogo abierto de manifestaciones y actuaciones por parte de los trabajadores y las organizaciones sindicales, para la defensa de sus intereses, y, por lo tanto, merecedoras de tutela frente a una conducta lesiva, es importante señalar que se ha considerado como las más importantes manifestaciones de la libertad sindical, en su aspecto colectivo de actividad o libertad de gestión, a la negociación colectiva y a la huelga. De esta forma se ha señalado:

(...) es absolutamente obvio que la libertad sindical incluye el derecho a la acción sindical, esto es, a ejercer efectivamente en los hechos, las funciones atribuidas a los sindicatos. Así en el marco de la llamada “libertad sindical colectiva” y dentro de ella, entre los derechos colectivos que posee el sindicato frente al Estado y a los empleadores, se incluyen, sin hesitaciones, la acción reivindicativa y participativa, así como el ejercicio de la negociación colectiva y de la huelga. (Ermida y Villavicencio, 1991, p. 48-49)

Nuestra doctrina nacional más autorizada, coincidiendo con ubicar a la negociación colectiva y a la huelga, dentro de las expresiones más dinámicas de la libertad sindical, y, por lo tanto más visibles en el ámbito social, como manifestación del derecho de las organizaciones sindicales a “organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción” (Neves, 2016,

p. 25), ha definido a la negociación colectiva como “(...) el cauce a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan sobre las materias que competen a las relaciones laborales con miras a la celebración de un convenio colectivo. (...)” (Neves, 2016, p. 33)

Asimismo, en la línea de lo que venimos exponiendo, resulta necesario destacar con un nivel de detalle, que la negociación colectiva, por su importancia como instrumento y manifestación dinámica de la libertad sindical, ha recibido también un reconocimiento constitucional, y por lo tanto, se ubica como parte integrante del pacto político, económico y social, implícito en la Carta Magna, al cumplir funciones de singular trascendencia en el seno de las relaciones laborales, y por ende en el ámbito de las relaciones sociales, económicas y políticas. En tal sentido debemos, siguiendo al profesor Villavicencio, señalar que la Negociación Colectiva tiene una función “unitaria” es decir:

(...) la de medio fundamental de tutela de los intereses de los trabajadores, o simplemente, la de ser un instrumento de control del mercado de trabajo, o un instrumento de composición de los conflictos de intereses entre capital y trabajo. (...) la función unitaria de la negociación colectiva es la de ser un instrumento para la composición tendencialmente equilibrada del conflicto entre trabajadores y empleadores. (Villavicencio, 2010d, pp. 376-377)

Asimismo, esta función unitaria, sirve como un marco para el desarrollo de funciones genéricas de la negociación colectiva, las cuales, a su vez, encierran funciones más específicas. El profesor Villavicencio, explica que este derecho tiene hasta tres funciones genéricas, a saber: a) Función de intercambio; b) Función gubernamental; y, c) Función organizacional. Sin restar importancia a las demás, pero siendo relevante para el presente estudio, queremos resaltar el caso de la Función de Intercambio, pues esta explica el contenido ordenador de este derecho colectivo, en el seno del conflicto económico que caracteriza a las relaciones laborales: “La negociación colectiva cumple así una función económica central, ya que es la protagonista principal de la conformación de las rentas del trabajo o los costos salariales, es decir, de la distribución del ingreso entre capital

y trabajo” (Villavicencio, 2010d, p. 377)

Dentro de esta función de intercambio de la negociación colectiva, Villavicencio identifica a su vez, cuatro funciones específicas, que por su importancia nos interesa destacar: i) Función de equilibrio pues aporta mayores cuotas de igualdad material, justicia y cohesión social; ii) Función compositiva o pacificadora pues permite concertar y conciliar en forma conjunta el conflicto económico; iii) Función normativa, permitiendo la estandarización de las condiciones de trabajo de distintos colectivos en una empresa o sector; y, iv) Función adaptativa pues permite a las partes concertar las condiciones más adecuadas a determinado ámbito o sector. (Villavicencio, 2010d, pp. 378-379)

En relación a ello, se ha relevado también, la importancia de la función normativa que tienen el sindicato, como ente privilegiado de la negociación colectiva, función que se expresa finalmente en su producto el convenio colectivo, “fuente por excelencia del Derecho del Trabajo” (Neves, 2003, p. 69), que viene a regular en forma autónoma y específica las relaciones laborales, en un determinado ámbito, como una expresión del Estado social y democrático de derecho:

Como se sabe, el sindicato también es sujeto exclusivo o preferente de la negociación colectiva, lo que lo convierte en un ente normativo. A través de la autonomía colectiva, el sindicato se convierte en colegislador o creador de Derecho. Ha sido él, al imponer la negociación colectiva como instrumento de establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, el que quebró el axioma decimonónico de que solo el Estado creaba Derecho. La irrupción de un Derecho no estatal, creado por un convenio colectivo cuyo único sujeto colectivo esencial o imprescindible es el sindicato, supuso una verdadera revolución jurídica protagonizada por el derecho laboral a través del sindicato y la autonomía colectiva. (Ermida, 2012, p. 37)

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional (TC), en las sentencias expedientes Nos 008-2005-PI y 6518-2012-PA/TC, destacó el carácter normativo del convenio colectivo, como instrumento idóneo para la regulación autónoma de las relaciones

laborales, haciendo posible la armonía y equilibrio, entre las exigencias de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.

Por su parte la huelga, al igual que la negociación colectiva, como instrumento indispensable para la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores, ha sido elevado también al elenco de los derechos fundamentales, y aunque su titularidad como derecho se haya atribuido no sólo al Sindicato, sino también al conjunto de trabajadores, hay consenso en considerar que “el sindicato, la negociación colectiva y la huelga sean los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los que se basa todo el derecho del trabajo al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impide el funcionamiento de este” (Ermida y Villavicencio, 1991, pp. 49-50). Teniendo entonces la libertad sindical y sus dos más trascendentes manifestaciones dinámicas, la negociación colectiva y la huelga, reconocimiento constitucional, como derechos colectivos de los trabajadores, el Estado deberá tutelar eficazmente su ejercicio en su faceta de derechos subjetivos, pero además deberá modelar su actuación a fin de lograr el cumplimiento de los fines de interés general que subyacen a su carácter de derechos fundamentales. Un juicio de antisindicalidad de la conducta empresarial deberá considerar que las lesiones podrán presentarse en los contornos individuales del derecho, pero sobre todo en sus facetas dinámicas o de actividad, las cuales, si bien, como hemos visto no pueden considerarse dentro de una tipología taxativa, encuentran en la negociación colectiva y la huelga sus más importantes expresiones, siendo, por tanto, terreno fértil para la expresión de la conducta antisindical.

### **1.1.2 Irrelevancia del efecto dañoso.**

La doctrina española se ha ocupado del desarrollo de este aspecto del juicio de antisindicalidad, a través del análisis de los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS), reconociendo en dichas disposiciones una técnica legislativa que reconoce a las conductas antisindicales de una forma indirecta trasladando su caracterización a la identificación del contenido complejo y dual de



la libertad sindical, de modo que, sin establecer una tipología específica, que pueda dejar de lado o abandonar, la represión de conductas, que expresen las diversas y complejas manifestaciones de este derecho, pueda ser suficientemente comprensiva, como para identificar toda conducta susceptible de lesionarlo, “sin perjuicio de un cierto riesgo de imprecisión o ambigüedad en la noción misma de antisindicalidad que ha de ser cubierta por el juzgador”. (Valdeolivas, 2018, p. 2). Se considera pues el carácter atípico y abierto de los posibles comportamientos antisindicales, atendiendo a las diversas y dinámicas manifestaciones que puede adoptar la actividad sindical como bien jurídico protegido, es decir que el carácter antisindical de la conducta vendrá definido por su aptitud de lesionar cualquiera de las manifestaciones de la libertad sindical, se trate de sus aspectos individuales y colectivos, estáticos y de actividad, y en el caso de estos últimos, inclusive aquellos que en determinado caso constituyan los instrumentos o mecanismos idóneos para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. Destacando el carácter idóneo de abordar la conducta antisindical, a partir del análisis del contenido complejo y abierto de la actividad sindical, y, por lo tanto, de la constatación, que las conductas susceptibles de lesionarlo han de tener semejante imprecisión y amplitud, se ha manifestado:

Se trata de una técnica protectora eficaz en el ejercicio de poderes dinámicos, al calificar los actos contrarios a ellos en atención a su destino funcional, sustitutivo de una exacta tipificación de comportamientos prohibidos, reprimiendo incluso los más esquivos o sutiles que, directa o indirectamente, inciden en negativo sobre los derechos sindicales. La solución es, entonces, una genérica prohibición en función del contenido otorgado a un derecho, así como de la tutela que dispensa, acercándose a la descripción típica del ilícito civil (no penal). (Valdeolivas, 2018, pp. 3-4)

Esta naturaleza amplia y dinámica del fenómeno sindical, cuyo contenido dual, y, siempre actualizable que venimos señalando, ha sido catalogado también como uno de los factores que inciden en el carácter multiforme de las conductas antisindicales, de modo que su carácter complejo, al tener en su contenido una diversidad de situaciones activas, contribuye a la vulnerabilidad de la libertad



sindical, que como explica Sanguineti, tiene:

la naturaleza de un amplio haz de facultades confluentes a la realización de un idéntico fin y a la consecución de un determinado interés, las cuales pueden venir atribuidas a los trabajadores como tales (libertad sindical individual) o a sus organizaciones (libertad sindical colectiva), y poseer un carácter estático (derechos sindicales de organización) o dinámico (derechos sindicales de actividad). (Sanguineti, 1993, p. 79)

Si bien los artículos 12 y 13 de la LOLS, hacen referencia a dos supuestos típicos de conducta antisindical, la discriminación antisindical y los actos de injerencia empresarial, su configuración normativa antes descrita “no impide calificar de antisindical un extenso catálogo de eventuales comportamientos con idéntica idoneidad lesiva” (Valdeolivas, 2018, p. 2), lo que vendrá determinado necesariamente por el análisis del contenido de la libertad sindical y la aptitud de la conducta empresarial de lesionar su contenido. Nuestro sistema jurídico no contiene una norma que haya pretendido definir la conducta antisindical, como ocurre en España, sin embargo, el Decreto Supremo N°010-2003-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO de la LRCT), en sus artículos 3 y 4, hace referencia al aspecto individual de la libertad sindical en el primer caso y algunos aspectos estáticos del mismo, en el segundo, estableciendo en forma negativa o a modo de prohibición, la configuración de dichas manifestaciones de aquel. Sin perjuicio de las limitaciones que dicha formulación legal presenta, en relación al carácter extenso y dinámico, de la actividad sindical que hemos descrito anteriormente, es importante señalar que el artículo 4, establece en forma amplia y general un mandato legal de abstención de toda conducta que pueda vulnerar la libertad sindical, de esta forma, la norma establece una prohibición frente a: *“toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores”*. Una lectura que atienda la lógica del carácter atípico de las lesiones a la libertad sindical, nos tendría que llevar a concluir que toda vulneración o trasgresión de dicha prohibición o mandato legal de no hacer, tendría que significar la calificación de dicha conducta como antisindical.

Por otro lado, la configuración normativa amplia respecto al tipo de conducta: “*toda clase de actos*”, es susceptible de contener conductas por comisión u omisión, ello permitiría considerar como posibles conductas lesivas de la libertad sindical, aquellas omisiones vulneradoras de preceptos normativos que otorgan facilidades, privilegios o ventajas para el ejercicio de la libertad sindical, el no reconocimiento, reconocimiento parcial, omisión o desvío, en la entrega o concesión de los mismos por parte del empleador, “que suponga privar al sujeto titular de la libertad sindical de un beneficio o facultad que integra su amplio contenido y a la que aquel sujeto tiene derecho” significaría entonces una lesión del derecho (Valdeolivas, 2018, p. 2).

Asimismo, de la definición “multiforme” de la conducta prohibida que propone dicho precepto: “en cualquier forma” y de la mención genérica al “derecho de sindicalización”, podemos hacer abstracción del contenido que propone la norma y considerar la naturaleza compleja, dual y dinámica de la libertad sindical que hemos venido exponiendo para llenar de contenido dicho mandato legal. Tal como dijimos al inicio, al tener la libertad sindical, así como sus dos expresiones dinámicas más importantes, la negociación colectiva y la huelga, reconocimiento constitucional, un primer paso, en nuestro ordenamiento, para la determinación de la conducta antisindical, en contraposición al contenido del bien jurídico tutelado, será explorar los contornos objetivos que respecto de aquel establece la Constitución. Al respecto, se ha cuestionado la indeterminación de la formula normativa constitucional, respecto de la sindicación y la huelga, en relación a su “ámbito objetivo”, señalando que dicha falencia deberá ser suplida por el operador del derecho, juez o legislador, acudiendo a la regulación que establecen los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la materia, suscritos por el Perú, así como a los pronunciamientos de los órganos de control de dicho organismo (Neves, 2003, p. 54-55). Sin perjuicio que esta formulación doctrinal ha tenido expresa acogida normativa en la Décima disposición complementaria de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), ha sido la jurisprudencia del TC, la que ha venido a completar la anotada

deficiencia de la regulación constitucional, estableciendo dichos contornos objetivos a través de delimitación del contenido esencial de la libertad sindical.

Sintetizando el proceso de delimitación jurisprudencial del contenido esencial de la libertad sindical, efectuado por el TC en las sentencias correspondientes a los expedientes Nos 1124-2001-PA/TC, 1469-2002-AA/TC, 008-2005-PI y 3311-2005-PA/TC, el profesor Villavicencio, nos señala que:

(...) el contenido esencial de la libertad sindical abarca las manifestaciones individuales y colectivas, las facetas de organización y de actividad, la negociación colectiva y la huelga, y la debida protección a los titulares del derecho cuando ejercen cualquiera de las facultades que lo componen; dejando en claro, además, que este contenido no es cerrado sino abierto, por lo que puede incorporar en el futuro a las potestades que se requieran para el cumplimiento de sus fines de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. (Villavicencio, 2010 a, pp. 92-93)

Es importante señalar también que los Convenio 98, 151 y 154 de la OIT, que tratan sobre los derechos de sindicación y de negociación colectiva, en el ámbito privado y público, pese a que el último de ellos no ha sido ratificado por el Perú, han sido considerados por el TC como parte del bloque de constitucionalidad del derecho a la negociación colectiva, según lo establecido en la sentencia Exp. N° 03561-2009-PA/TC, en cuyo fj.18, se señaló:

Teniendo presente que los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28° de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto. (TC, 2009a, p. 9)

Por lo tanto una lectura del artículo 4° del TUO de la LRCT, compatible con el contenido esencial de la libertad sindical, en relación a las conductas que por

acción u omisión, están prohibidas, por vulnerar en cualquier forma el derecho de sindicación, debe tomar en cuenta el carácter complejo de este derecho (individual y colectivo), sus principales expresiones dinámicas, la negociación colectiva (la configuración de su bloque de constitucionalidad) y la huelga, así como las múltiples y futuras manifestaciones, considerando la ordenación que se pueda implementar para la realización de sus fines, tal como ha sido delineado por el TC. En consecuencia, las conductas que en cualquier forma vulneren la prohibición de “coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma”, la configuración objetiva del derecho fundamental a la libertad sindical y sus múltiples manifestaciones, antes expuestas, será considerada como antisindical.

Es importante señalar también un importante aspecto de las manifestaciones de la libertad sindical, en su aspecto dinámico, en su ejercicio frente a los empleadores, el cual está constituido por el conjunto de derechos que tienen los trabajadores y los sindicatos frente a aquellos, entre los que se han considerado principalmente pero no en forma exclusiva: “el fuero sindical, la proscripción de las prácticas desleales, la promoción o proscripción de las cláusulas sindicales y el principio de pureza” (Villavicencio, 1989, p. 199). Sin embargo, se ha considerado, entendemos, con acierto, que este elenco de derechos y facultades, “tendientes a proteger a los sindicatos frente al empleador” no debe implicar negar la posible oposición y protección del fuero sindical, la pluralidad sindical, entre otras medidas, también frente al Estado (Ermida y Villavicencio, 1991, p. 62). En tal sentido la vulneración o trasgresión de las facilidades, derechos o prerrogativas establecidos normativamente por normas estatales o convencionales, para la facilitación, garantía o fomento del ejercicio de las libertades sindicales, significará o deberá ser calificada también como una práctica antisindical.

Así dado el carácter por el cual se configura la posible lesión a la libertad sindical, en sus manifestaciones típicas, o en sus posibles y atípicas manifestaciones e inclusive la trasgresión del marco normativo de tutela o promoción de este derecho fundamental, la doctrina comparada ha señalado con claridad que el juicio de antijuricidad o lesividad, de la conducta antisindical, habrá de centrarse

en el análisis en abstracto de la idoneidad lesiva del comportamiento agresor del derecho, bastando su capacidad objetiva de poner en peligro al bien jurídico protegido, en este caso, la libertad sindical, luego de cuya constatación, podrá en un segundo momento analizarse si la conducta se encuentra justificada por alguna razón suficiente, descartándose entonces en el este análisis, la identificación de la intencionalidad del agente, es decir la presencia de los elementos de culpabilidad, para la calificación de antisindicalidad de conducta, así se ha señalado:

(...) la antijuricidad supone, entonces un juicio de desaprobación o reproche, de carácter objetivo y no subjetivo, sobre un determinado comportamiento, manifestado por su oposición a una norma en la que se protege un específico interés o bien jurídico que se considera prevalente frente a la actuación de otros sujetos en lesión de aquellos. Desaprobación que, en el supuesto de conductas presuntamente antisindicales, sólo cabe enjuiciar a través de su resultado, entendido este, según se dijo, como idoneidad lesiva de los derechos sindicales, y no tanto en relación con la actuación concreta que lo origina, careciéndose como se carece, de una tipificación exhaustivamente descriptiva de los comportamientos sancionables. En suma, la antijuricidad que es consustancial a la conducta antisindical ha de valorarse desde la constatación de la objetiva lesión de los derechos sindicales, para conducir, en un segundo momento, a la comprobación de si, aun producida aquella lesión objetiva, existen causas justificativas enervadoras del juicio de antijuricidad y excluyentes de la noción técnica de lesión; (...) (Valdeolivas, 1992, p. 91)

En tal sentido el análisis de la antijuricidad de la conducta antisindical, se ha de centrar no en el sujeto agente o su conducta sino en el sujeto perjudicado con la lesión, careciendo de relevancia en este análisis la identificación de daños o perjuicios producidos por la conducta lesiva, dado que el comportamiento antisindical viene caracterizado por su idoneidad para vulnerar el derecho, independientemente del resultado negativo para aquel, lo cual viene confirmado por la consecuencia que la judicatura atribuye a la identificación de un comportamiento antisindical, como es, "(...) la cesación del comportamiento ilícito



o la eliminación del daño (...), independientemente de la atribución de responsabilidad civil y la orden del resarcimiento de los posibles daños producidos, de haberse probado estos, bastando entonces como se viene diciendo, la sola identificación de la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido, aun cuando no se hayan producido daños o estos planteen dificultades en su probanza, de esta forma entonces, serán susceptibles de tutela no solo bienes jurídicos actuales sino futuros (Valdeolivas, 1992, pp. 92-93). Por ejemplo, el caso de un acto de injerencia manifestado en la existencia en la empresa de un sindicato controlado por el empleador, cuyas consecuencias nocivas se habrán de materializar con el devenir del tiempo (celebración de convenios colectivos con menores beneficios económicos y remunerativos, otorgamiento de mejores facilidades en cuanto a permisos, licencias, difusión de información, local sindical, etc.), este hecho posee la idoneidad potencial de lesionar la libertad sindical, aun cuando las consecuencia nocivas para el ejercicio del derecho no sean actuales, por lo que debería ser considerado un acto antisindical, y ordenarse la cesación de tales comportamientos, en este caso de exigirse un resultado dañino efectivo y actual, quedarían sin protección este tipo de conductas (Valdeolivas, 1992, p. 94), pese a estar reconocida su carácter antisindical al más alto nivel normativo, en el artículo 2.2 del Convenio 98° de la OIT.

Asimismo, de exigirse un resultado efectivamente negativo y actual, para la calificación de antisindicalidad, quedarían sin protección conductas dirigidas no a afectar directamente una posición jurídica del sindicato o el trabajador, sino “actuaciones meramente intimidatorias” que tendrían un efecto más bien “psicológico”, al disuadir a los trabajadores al ejercicio del derecho, en este caso ha de bastar nuevamente la aptitud de la conducta de afectar negativamente la libertad sindical (Valdeolivas, 1992, pp. 94-95), por ejemplo, el caso de las comunicaciones cursadas a los afiliados, no sujetos a fiscalización inmediata, exhortándolos a no continuar realizando plantones, en el frontis de la sede principal de la empresa, alegando que se trataba de una paralización intempestiva, caso en el cual, Poder Judicial ordenó queden sin efecto las



mismas, en la sentencia recaída en el expediente N°11485-2018-0-1801-JR-CI-01.

Sin duda dicha aptitud o idoneidad de la conducta reputada como antisindical, para lesionar el derecho, deberá ser “susceptible de incidir, real y concretamente” sobre el bien jurídico protegido, lo cual deberá ser valorado de acuerdo a las circunstancias concretas de cada caso, sin embargo, evidentemente, habrán situaciones y comportamientos típicamente antisindicales que no requerirán de un análisis sobre su potencial idoneidad de lesionar las libertades sindicales, pues tienen “una carga de antisindicalidad *per se*”, siendo su sola constatación suficiente para generar los mecanismos de tutela inhibitoria o restitutoria, correspondientes (Valdeolivas, 1992, pp. 96-97), por ejemplo, la negativa al descuento de las cuotas sindicales, el esquirolaje en una huelga procedente, la negativa al otorgamiento de las licencias para la negociación colectiva, el desconocimiento del privilegio del sindicato para la elección de los representantes de los trabajadores ante el Comité de Salud y Seguridad de la empresa, etc. Sin embargo, será exigible para el juicio de antisindicalidad, que la conducta incida en alguno de los derechos o facultades que integran la libertad sindical, no en alguno en particular o específico, de forma tal que aun cuando no se afecte directamente a algún derecho específico de contenido sindical, la afectación pueda darse “de manera mediata”, por ejemplo, podrían ser reputados como antisindicales, los actos dirigidos no a afectar directamente los derechos y prerrogativas del sindicato, sino más bien a afectar la credibilidad del mismo en relación con sus afiliados y la comunidad de trabajadores en general, en este caso no se incide negativamente sobre algún derecho del sindicato, pero sin duda se afecta la libertad sindical (Valdeolivas, 1992, pp. 97-98). En conclusión, el juicio de antisindicalidad deberá consistir en un análisis de contraste objetivo, entre la compatibilidad del comportamiento reputado como lesivo y el pleno ejercicio de “(...) cuantas posibilidades de acción y organización les ofrece la libertad sindical (...)” a los sindicatos y trabajadores para lo cual deberá acudirse a la determinación de su contenido y amplitud (Valdeolivas, 1992, pp. 99), a lo cual se ha hecho referencia en líneas anteriores.

### **1.1.3 Ausencia del elemento subjetivo (dolo o culpa).**

Siendo como se está exponiendo que el juicio de antisindicalidad se realiza en base a consideraciones de tipo objetivo, respecto a la idoneidad concreta de la conducta, para lesionar el bien jurídico protegido sindical, dicho análisis ha de prescindir de toda consideración subjetiva o respecto a la intencionalidad del agente, para lesionar o afectar el haz de derechos y facultades, que corresponden a la libertad sindical, por lo que la exigencia de la existencia de los elementos de dolo o culpa en el sujeto imputable, carece de relevancia a efectos de determinar la cesación de los efectos nocivos, o la restitución de los derechos conculcados, ello se deriva de la inexistencia, en la normativa que garantiza la libertad sindical, de la demostración de factores subjetivos y de la sola exigencia de valoración objetiva del comportamiento reputado lesivo, en relación a la producción de la afectación negativa o potencial negativa, del bien jurídico protegido (Valdeolivas, 1992, pp. 102-103). En nuestro caso dicha norma, como lo hemos señalado se encuentra, a nuestro entender en el artículo 4º del TUO de la LRCT, que no requiere para la represión de las conductas antisindicales de la demostración de elementos subjetivos, sino que hace referencia a la sola determinación objetiva de la “coacción, restricción o menoscabo” del “derecho de sindicalización de los trabajadores”.

Si bien la culpa o el dolo puede resultar exigible, por razones de equidad, en ámbitos donde se ha de imponer una pena o la reparación de las consecuencias dañinas de un hecho ilícito, dicha exigencia no resulta atendible en situaciones, como en la que nos toca analizar, donde, no se trata de imponer una sanción u otorgar un resarcimiento, sino en determinar la cesación de la conducta antisindical o la restitución del ejercicio de un derecho fundamental como lo es la libertad sindical; en el caso del ámbito penal, la determinación de la responsabilidad, acude sí al criterio subjetivo o la intencionalidad del agente, atendiendo al principio constitucional de presunción de inocencia, y la necesidad de otorgar las mayores garantías, ante la posibilidad de imponer las mayores

sanciones (Valdeolivas, 1992, pp. 104-105). Es decir que el juicio de antisindicalidad, operaría en forma similar a un caso de responsabilidad extracontractual objetiva, donde la calificación de la conducta ilícita, correspondería a la mera determinación de la constatación de relación de causalidad, entre el comportamiento calificado como antijurídico y el resultado negativo, o dado el caso potencialmente negativo, sobre el bien jurídico protegido, con independencia del establecimiento de la intencional del autor de querer provocar dichos efectos, o de haber actuado en forma negligente, de forma tal que el ordenamiento prestaría adecuadas garantías al ejercicio de la libertad sindical, no sólo frente a conductas manifiestamente idóneas para lesionar el derecho, sino especialmente frente a conductas, que en principio podrían reputarse legítimas, pero que esconden una intencionalidad antisindical, y frente a las cuales, la exigencia de demostración de dicho elemento subjetivo, tornaría imposible la adecuada protección (Valdeolivas, 1992, pp. 108-109), es el caso de las conductas que mediante el ejercicio de las facultades y poderes de dirección del empleador, son utilizadas para lesionar la libertad sindical, las cuales estarían en principio revestidas de licitud al amparo de la libertad de empresa, pero que afectan en forma arbitraria el ejercicio del derecho, en estos casos la exigencia de demostración de la voluntad o negligencia del empleador respecto a la vulneración del derecho, tornaría prácticamente imposible la garantía de la libertad sindical que predica el artículo 28.1° de la CP.

En similar sentido Sanguinetti, afirma que el dolo y la culpa no son criterios que necesariamente se haya de exigir para la imputación de una conducta ilícita a un sujeto, sino que su asignación corresponde a una opción legislativa, que en el caso de la materia penal, se justifica por la asignación personal de la pena, así como los fines de prevención especial y general que se le atribuye, lo mismo ocurre en el ámbito civil, cuya exigencia al agente productor del daño encuentra su justificación en la necesidad de imponerle la obligación de asumir el resarcimiento económico de los daños producidos, mientras que en el caso del juicio de antisindicalidad no se persigue ninguno de dichos fines, sino la reposición del afectado a la situación anterior a la vulneración de la libertad sindical, en tal

sentido las “mismas razones de justicia”, que exigen la prueba de la culpabilidad en materia penal y en el ámbito del resarcimiento civil, imponen que se prescinda de tal consideración, a efectos de tutelar en forma objetiva las lesiones a los derechos constitucionales, más aún cuando el cese de la conducta lesiva y la restitución en el ejercicio del derecho dependen enteramente del agente agresor (Sanguinetti, 1993, pp. 166-167).

#### **1.1.4 Carácter pluriofensivo del ilícito antisindical. Libertad Sindical individual y colectiva: Interdependencia estructural.**

Un elemento importante a destacar a efectos del presente trabajo es lo que se ha denominado el carácter pluriofensivo del comportamiento antisindical, es decir que la lesión a los derechos de la organización sindical o de los dirigentes e incluso afiliados en forma individual, habrán de incidir en forma negativa en uno u otro ámbito en forma recíproca, es decir que dicha conducta habrá de incidir negativamente, en forma simultánea, tanto, en la libertad sindical colectiva, como en la individual, producto de la “íntima relación” y “conexión funcional” existente entre ambos planos del derecho, perspectiva que ha de superar la clasificación dual que suele hacerse de este derecho, dada su compleja configuración, pero que, no obstante no puede desconocer, el carácter simbiótico de ambas manifestaciones, que se expresa en el carácter colectivo de las libertades sindicales individuales, así como en la garantía y promoción que a dichos derechos prodiga la faceta colectiva del mismo (Valdeolivas, 1992, pp. 126-127). Así mismo, en sede nacional se ha venido también a reconocer el carácter pluriofensivo de la conducta antisindical, pues vulnera, los derechos individuales del trabajador y los colectivos del sindicato, situación que:

(...) se suele graficar con el despido de un dirigente sindical, acto en el cual no sólo se está violentando los derechos individuales del trabajador que ha perdido su empleo sino también los derechos colectivos del sindicato que ha perdido a uno de sus dirigentes. Lo mismo puede verse incluso cuando el despido por razones antisindicales no es un dirigente sino un trabajador cualquiera, en la medida de que no sólo se está causando una lesión al trabajador directamente involucrado, sino también se afecta a los

demás trabajadores frente a los cuales la medida tiene un valor ejemplarizante y al sindicato al cual se le priva de un componente. (Villavicencio, 2010c, p. 246)

Una nota importante que es necesario señalar es la vulnerabilidad que adquiere la libertad sindical dado su carácter complejo, en primer lugar su carácter dual como se ha señalado, es decir, al comprender derechos de titularidad individual, de los trabajadores, por un lado, como de titularidad colectiva, del sindicato, por otro, a lo que se suman aspectos clásicos de organización, así como las más diversas facultades y libertades de actuación, que confluyen en el logro de intereses comunes, lo que lo hace susceptible a que las trasgresiones pueden venir, en atención a dicha complejidad, desde muy diversas direcciones (Sanguinetti, 1993, pp. 79-80). Sin embargo a dicha complejidad se ha de sumar, para acentuar dicha vulnerabilidad, la “(...) existencia de una relación de “estrecha interdependencia estructural” entre los perfiles individual y colectivo de la libertad sindical.”, con lo que se quiere explicar que el ejercicio de los derechos sindicales concedidos en la esfera individual, tienen una necesaria “dimensión intersubjetiva”, adquiriendo una innegable trascendencia colectiva en dicho ejercicio, lo que hará patente que la limitación de dichos derechos individuales tendrá un efecto “pluriofensivo”, es decir al limitarse la realización de dichos derechos individuales se está al mismo tiempo afectando el interés de la organización sindical, a que sus miembros realicen sin interferencias sus libertades sobre las cuales se sustenta justamente el logro organizado de objetivos comunes, de modo que “(...) la libertad sindical colectiva no sólo podrá verse afectada directamente, mediante acciones dirigidas contra alguna de sus manifestaciones, sino también indirectamente, a través de actos ofensivos de los derechos sindicales de los trabajadores.” (Sanguinetti, 1993, pp. 80-81)

Es muy importante la perspectiva que nos plantea Vílchez, respecto al carácter pluriofensivo de la conducta antisindical, sosteniendo además de lo dicho, que toda conducta antisindical produce un daño moral al titular del derecho lesionado, -el cual tiene naturaleza extrapatrimonial al vulnerar el ejercicio de un derecho



fundamental-; daño que tendrá a su vez una faceta que afectará, por ejemplo las funciones dirigenciales, es decir el aspecto individual del derecho sindical (mediante el traslado arbitrario, la reducción remunerativa, de categoría, etc.), pero que trasgrede también los aspectos colectivos del mismo, afectando aspectos como la representación para la defensa de los intereses del sindicato y los afiliados, la propia protección que se otorga a los dirigentes sindicales, etc.; produciendo por tanto, daño moral, también al titular colectivo de dichos derechos o facultades: la organización sindical. Pero, además, sostiene la autora, las conductas antisindicales serán susceptibles de producir, daños patrimoniales al sindicato, como podrán ser los gastos incurridos para la preparación de la negociación colectiva que no se concreta, los gastos judiciales para la defensa judicial y administrativa del sindicato y los afiliados, el no pago de licencias con goce de haber, etc. (2021, pp. 315-316). Destaca también Vílchez, que las practicas antisindicales habrán de generar un daño a la colectividad de trabajadores, no sólo por la afectación directa de los derechos sindicales individuales y colectivos, sino también por la perdida de oportunidad de beneficiarse económicamente por la acción sindical, mediante la negociación colectiva, por ejemplo. Así la autora señala que la generalidad de trabajadores se afecta

(...) al perder la oportunidad de obtener mejoras económicas o de condiciones de trabajo derivadas de la acción colectiva de la organización sindical. Así, “cuando existe una violación a la libertad sindical, sea la víctima el sindicato o lo sean los agentes sindicales, se está causando daño no solo a los sujetos sindicales –que se ven impedidos de ejercer derechos fundamentales–, sino también y especialmente, a la generalidad de trabajadores que no podrán obtener los beneficios que hubieran obtenido de la acción sindical en caso de que no hubiese sido vulnerada. (2021, p. 316).

Finalmente, la autora sostiene que el carácter pluriofensivo de las conductas antisindicales se manifiesta, no sólo en la afectación simultanea de la libertad sindical individual y colectiva, sino también, en diversos niveles, como lo son los



derechos constitucionales individuales de los trabajadores afectados, así por ejemplo si se niega a una persona el acceso al empleo mediante la utilización de una lista negra (por su condición de sindicalista), no sólo se afecta su libertad sindical individual, sino también su derecho constitucional al trabajo, o cuando se despide a un dirigente sindical, no solo se afecta el ejercicio de la libertad sindical individual del trabajador y colectiva del sindicato sino que además “(...) se están vulnerando los derechos constitucionales al trabajo, a la estabilidad en el empleo y la adecuada protección contra el despido arbitrario (...)”; y, cuando se discrimina a un dirigente o afiliado, por su condición de sindicalizado, mediante la asignación de menores condiciones salariales, o la negativa a capacitación o formación se estaría afectando el principio de igualdad y no discriminación, siendo que en todos estos casos se generaría daños morales, al afectarse derechos fundamentales individuales y sindicales, pero además, daños de carácter patrimonial, como se expuso anteriormente (2021, pp. 317-318). Como veremos más adelante, consideramos, que la afectación producida por las prácticas antisindicales, habrán de generar no solamente daño moral por la afectación de los derechos individuales de los trabajadores afectados, como sostiene la autora, sino también, daño moral, por la trasgresión de otros derechos fundamentales de titularidad de la organización sindical, cuyo ejercicio resulta necesario para el cumplimiento de sus fines gremiales, y, al ser expresión de las múltiples y siempre actualizables manifestaciones de la acción sindical, serán merecedores de tutela resarcitoria.

#### **1.1.5 La prueba del ilícito antisindical. Idoneidad de la conducta para lesionar el derecho.**

Si como ha quedado dicho la conducta antisindical constituye un ilícito objetivo, pues no interesa en su calificación, la intencionalidad del agente infractor, pues lo que importa a dicho respecto es la restitución al estado anterior a la vulneración de la libertad sindical, dicha característica, habrá de tener importante incidencia en materia probatoria, por lo que el titular del derecho afectado tendrá entonces la carga de probar tan sólo la lesión al derecho, evitándosele la necesidad de demostrar, la intencionalidad antisindical del comportamiento reputado como antijurídico, lo cual resulta sumamente difícil en la mayoría de las veces, sino

imposible, esquema que sin duda resulta más efectivo como mecanismo de tutela de este derecho (Villavicencio, 2010c, p. 251). Evidentemente luego de dicha demostración, es decir de la aptitud de la conducta para lesionar en forma concreta la libertad sindical, corresponderá al agente demostrar el motivo razonable de su conducta o la causa de justificación adecuada de la misma, exigencia que además viene dada en forma general por el mandato contenido en el art. 9° del del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N°003-97-TR (MTPE, 1997, p. 4), en adelante del TUO del Dec. Leg 728°. Una posible causa de justificación podría ser el ejercicio legítimo de un derecho -tal como lo sería el ejercicio de los poderes directivos como manifestación de la libertad de empresa-, el cual tendría que tener necesariamente rango constitucional, tal como el que ostenta la libertad sindical, el cual, además, deberá ser ejercido conforme a derecho, es decir cumpliendo “(...) cuantos requisitos formales y de fondo sean fijados al efecto y sin traspasar lo límites que le fueren aplicables (...)” (Valdeolivas, 1992, pp. 146-417).

En sede nacional, encontramos una posición diferente, respecto a la prueba de las practicas antisindicales, así se ha sostenido al respecto, que corresponderá a “(...) el trabajador sindicalizado o la organización sindical demostrar que determinada conducta se ha implementado con el ánimo perverso de violar sus derechos protegidos. (...)”, así mismo en el caso de situaciones de flagrancia, como puede ser el despido o el traslado de un dirigente sindical en medio de una negociación colectiva, si bien será el empleador, quien deberá demostrar el motivo valido o el ejercicio razonable del *ius variandi*, respectivamente, en este último caso tendrá que demostrar que actuó “(...) sin ánimo de ocasionar perjuicio al dirigente, (...)”. (Vílchez, 2017, p. 86). Debemos señalar, en este último caso, que la exigencia de la prueba de una intencionalidad por parte del empleador, de causar perjuicio al trabajador, viene dada por un dato normativo, establecido en el artículo 30° inciso c) del TUO del Dec. Leg 728° (MTPE, 1997, p. 7), sin embargo, esta norma no señala, que dicha intencionalidad este referida específicamente a un ánimo antisindical, el cual resultaría de muy difícil demostración, como se ha venido

señalando. Por otro lado, respecto a los actos de injerencia, específicamente aquellos implementados mediante el sostenimiento o control de un sindicato por parte del empleador, Vílchez plantea sí un esquema probatorio por indicios, en vista, no de la dificultad de probar un ánimo antisindical, sino -entendemos- en la medida de demostrar objetivamente, sí el sindicato en cuestión recibe privilegios, ayudas o beneficios mayores, en relación a los demás entes sindicales que pudieran existir en el ámbito, lo cual, atentaría contra el principio de no discriminación. Así la autora pone como ejemplos de esta desigualdades indebidas, el otorgamiento de un mayor crédito de horas (permisos o licencias sindicales en nuestro medio), la representatividad de un sindicato, entendida como “la aptitud y capacidad para representar” adecuadamente los intereses de los trabajadores en determinado ámbito, lo que tiene que ver con su tradición reivindicativa, su historia y trayectoria sindical y capacidad de movilización; por otro lado, señala la existencia de un pliego negocial que no recoja las necesidades apremiantes del ámbito, en materia de salud y seguridad, por ejemplo, o la premura en la celebración del convenio colectivo (2017, p. 86). En todos estos casos se sostiene, el esquema probatorio debería plantearse en una inversión probatoria, de modo que baste a los titulares del derecho a la libertad sindical, la aportación de indicios para que sea el empleador quien deba demostrar la razonabilidad o justificación adecuada de dichos comportamientos

(...) la inversión de la carga de la prueba en casos de injerencia del empleador, sería una vía razonable de protección del derecho de libertad sindical de la organización de trabajadores, pues exigir a los sindicatos o trabajadores afectados un mayor despliegue probatorio, adicional a los indicios que deban aportar ante situaciones como las descritas, podría suponer indefectiblemente una vulneración irreparable al derecho a la libertad sindical, (...) (Vílchez, 2017, p. 87).

Se debe reconocer que habrá situaciones en las cuales el comportamiento del empleador, en ejercicio de potestades o facultades legales, más allá del objeto de regulación normativa específica, tendrá como intención afectar negativamente las libertades sindicales, lo cual, independientemente de la posible demostración del

incumplimiento de los requisitos o requerimientos exigidos para dicho ejercicio -lo que podría darle como resultado tan sólo una calificación de ilicitud, pero no necesariamente de antisindicalidad- requerirá sí de una aportación de indicios por parte de los afectados, el sindicato o los afiliados, para obtener además una declaración sobre dicho comportamiento como una práctica o conducta antisindical, calificación que, dada la gravedad de este comportamiento, sería de suma importancia pues, en su caso podría, aportar luego elementos necesarios para un mayor resarcimiento (dado el dolo que intrínsecamente conlleva estos comportamientos), ante la posibilidad de obtener garantías de no repetición, e incluso por el efecto disuasivo, que podría tener la sola declaración judicial o administrativa que la empresa implementa este tipo de conductas antisindicales. Es el caso por ejemplo de un trabajador con contrato temporal desnaturalizado que se afilia al sindicato, y al que no se le renueva el mismo, por “motivo” de dicha afiliación, el juez podría declarar un despido incausado y ordenar su reposición, pero podría rechazar la pretensión de declaración de nulidad del despido por razón de la actividad sindical del trabajador (su decisión de afiliarse), en estos casos, sostiene Toyama, el interesado tendría que aportar indicios suficientes, para que el despido tenga “(...) un clima o ambiente de nulidad (...)”, siendo que esta actividad probatoria no requerirá una prueba plena sino la

(...) aportación de elementos suficientes -indicios, principios de prueba- para que exista una sospecha o probabilidad de la lesión alegada. La casi imposibilidad de probar la intensión lesiva del demandado deja paso a la exigibilidad de presentar indicios, presunciones, principios de prueba, etc. que culminen en una convicción acerca de la intencionalidad lesiva del demandado. (2005, pp. 562-563)

Sin embargo, debemos notar que, en el ejemplo anterior, la exigencia de la prueba de la motivación antisindical, es también un requisito que plantea la norma sustantiva, específicamente el artículo 29° del TUO del Dec. Leg. N°728°, establece que “Es nulo el despido que tenga por motivo (...)”, (MTPE, 1997, p.6), por lo que la prueba de la declaración de nulidad, en razón de la actividad sindical, en estos casos deberá sí, estar encaminada a la demostración de la motivación

antinsindical, siendo en este caso apropiado el esquema de indicios que venimos señalando. Habrán otros casos, como aquel en el cual el empleador, inicia un procedimiento de cese colectivo, frente a la cual el sindicato alegue que el mismo tiene por objetivo la desarticulación del sindicato, donde, si bien el procedimiento podría ser rechazado por la autoridad administrativa, por el incumplimiento de requisitos formales propios de dicho trámite, como podría ser la falta del cumplimiento de los porcentajes mínimos requeridos, o la falta de demostración del motivo económico o estructural alegado por parte del empleador, en este caso más allá de la declaración administrativa de rechazo del despido colectivo, el sindicato habría de requerir, obtener una declaración del carácter antisindical de dicha medida, ante la jurisdicción o la autoridad administrativa, para evitar futuras repeticiones de dicha conducta, resarcimientos por los daños causados, o sanciones con fines preventivos, lo que demandaría la aportación de indicios suficientes que conduzcan a la conclusión que, el objetivo de la instauración de dicho procedimiento de cese colectivo, tenía por objetivo la afectación del sindicato. Entre dichos indicios podría estar la inclusión de todos los miembros de la Junta Directiva en el cese, la falta de entrega previa y oportuna de información al sindicato y los trabajadores afectados, la inexistencia de negociación obligatoria previa con el sindicato, o la falta de buena fe, en dichas tratativas previas, entendida como la intención seria de llegar a un acuerdo que aminore el impacto del cese, la presión mediante llamadas o comunicaciones, a los afiliados durante el procedimiento para que renuncien a la empresa o al sindicato, etc.

Se debe señalar que, la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT), en su artículo 23.3°, al establecer las cargas probatorias, exige en forma general, también a la parte trabajadora la prueba del “motivo de nulidad alegado” (Congreso de la República, 2010, p. 5), lo cual, vienen a agravar como venimos indicando en forma desmedida, la posibilidad de los afectados con la lesión de la libertad sindical, de demostrar la intencionalidad antisindical, del comportamiento del empleador. Pese a ello, el artículo 23.5° de la NLPT, viene a plantear la posibilidad, en los casos como los anteriores, de la aportación de indicios “(...) que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado (...)”,



de modo que permitan al juez considerar cierta, en este caso la alegación de antisindicalidad, con lo cual corresponderá al empleador la demostración de una “(...) justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.” (Congreso de la República, 2010, p. 5). Finalmente, esta norma, consideramos, no en forma taxativa, señala que los indicios podrían referirse a dos factores: i) las circunstancias en que ocurrieron los hechos y ii) los antecedentes de conducta de ambas partes. Sobre el primer factor, en relación al ejemplo del cese colectivo propuesto, hemos dado algunos ejemplos; sobre el segundo factor, podría aportarse elementos como sentencias judiciales previas donde se declare nulo el despido de dirigentes sindicales, o se rechace la pretensión de la cancelación del registro sindical, o pronunciamientos de la autoridad inspectiva requiriendo al empleador el otorgamiento de licencias sindicales, según lo establecido, como mínimo, en la norma legal o el descuento de las cuotas sindicales, entre otros aspectos.

Resulta importante también hacer referencia al estándar probatorio que el Comité de Libertad Sindical (en adelante el CLS), ha exigido el Estado Peruano, así en un caso de despidos antinsindicales, el sindicato afectado presentó una Queja, la cual fue objeto de análisis bajo el Caso N°3069, en el Informe núm. 382, de Junio 2017, donde dicho órgano de control se pronunció críticamente respecto de la deficiente actuación de las entidades del Estado encargadas de garantizar el ejercicio de la libertad sindical, así respecto a la actuación de la autoridad inspectiva, recordó las dificultades para el trabajador de probar que, el comportamiento del empleador constituye un hecho de discriminación antisindical, por lo que, señaló en estos casos, que por mandato del Convenio 98°, es obligación del Estado, crear organismos adecuados para dicha garantía. En el mismo caso, el CLS se pronunció sobre lo resuelto por el Poder Judicial, específicamente por la Sala de la Corte Superior del Cusco, que exigió a los dirigentes y afiliados afectados que “prueben” haber sido objeto de discriminación antisindical, señalando al contrario, que la obligación de protección eficaz que se impone al Estado, determina que, en dichos supuestos, deban adoptarse disposiciones a fin que deba ser de cargo del empleador probar un motivo legítimo



para su actuación.

Existen también pronunciamientos de los altos tribunales nacionales, que acogen el criterio del traslado de la carga probatoria al agente de la conducta considerada antisindical, mediante la aportación de indicios por parte de los afectados, así el TC, en la sentencia Exp. N°1144-2001-AA/TC, del 11/09/2002, ha señalado que materia en de procesos constitucionales donde se alegue la vulneración de derechos fundamentales, a diferencia de los procesos ordinarios donde la regla es “(...) que la carga de la prueba recaiga en quien afirma hechos o en quien los contradice mediante otros distintos (...)”, la carga de la prueba favorece a la parte que reclama la tutela de su derecho, por lo que será a quien se impute la conducta trasgresora quien “(...) proceda a negar o desvirtuar las afirmaciones efectuadas por la parte demandante; (...)” (TC, 2002b, p. 3). Precizando dicha regla, en un caso de despido antisindical, el TC, en la sentencia Exp. N°01417-2007-AA/TC, del 15/11/2007, fj. 7, señaló que para que opere la imposición de la carga probatoria a la parte a quien se impute la conducta antisindical, el interesado, “(...) ha de portar un indicio razonable que su despido ha sido consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.” (TC, 2007, p. 3). Finalmente, la CS, en la sentencia CAS N°10984-2014-LIMA NORTE, del 06/01/2016, ha acogido el criterio del traslado de la carga probatoria, mediante la aportación de indicios, por parte de quien alegue la lesión del derecho a la libertad sindical, señalando que

(...) incumbe al empleador la carga de la prueba que su decisión obedeció a causa reales y que no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer esa carga probatoria al empleador, el demandante debe aportar un indicio razonable que indique que su despido se originó a consecuencia o por su participación actividades sindicales. (CS, 2016a, p.6)

Consideramos que los mismos criterios deben aplicarse a otros casos en los que se alegue la lesión a la libertad sindical, distintos al despido por motivos sindicales, en cuyo caso, como ha sido dicho, el juez no debería buscar una prueba plena, sino indicios razonables, para presumir la intención antisindical, de

lo contrario en la mayoría de los casos, quedaría sin protección, conductas lesivas del derecho, encubiertas bajo la forma de facultades legales o el ejercicio de derechos empresariales.

## **1.2 Los mecanismos de tutela frente a la conducta antisindical.**

### **1.2.1 La tutela judicial restitutoria y de inhibición.**

Consideramos que la tutela de la libertad sindical dado su reconocimiento como un derecho constitucional, independientemente de la vía procedimental, a la que haya de acudir el sujeto lesionado, tendrá necesariamente una protección de connotación constitucional, por lo tanto, las vías ordinarias deberían otorgar igual protección, que la que prodiga la tutela procesal constitucional; en tal sentido como sabemos, la CP, establece en su artículo 200.2°, expresamente al proceso de amparo como un mecanismo procesal de tutela de los derechos constitucionales, distintos a los que tutelan el habeas corpus y el habeas data, estableciendo el artículo 44.13° del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N°31307 (en adelante NCPC), como derechos expresamente protegidos a los derechos: “De sindicación, negociación colectiva y huelga”.

Por su parte la doctrina ha definido la pretensión del amparo como una “declarativa de condena”, pues lo que se persigue con la sentencia es que el obligado otorgue una prestación a favor del recurrente de modo “(...) que haga, deshaga, no haga o entregue algo al afectado (...)”, debiendo dicha declaración estar acompañada de actos de ejecución posterior que “(...) hagan coincidir el ser con el deber ser.”, concibiéndose entonces el proceso de amparo “(...) como un proceso urgente de naturaleza constitucional cuya pretensión es obtener la protección jurisdiccional frente a los actos lesivos (amenazas, omisiones o actos *strictu sensu*) de los derechos constitucionales (...)” (Abad, 2004, p. 98). Dicha pretensión declarativa de condena, deberá estar en consonancia con el cumplimiento del objetivo de los procesos constitucionales tal como se define normativamente en el artículo 1°, del NCPC,

(...) proteger los derechos constitucionales, ya sean de naturaleza

individual o colectiva, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. (Congreso de la República, 2021, pp. 8-9)

Por lo tanto, el objeto de la tutela constitucional, será reponer al titular del derecho en el pleno ejercicio de los derechos conculcados, disponiendo que la situación se reponga hasta al momento anterior a la lesión o el inicio de la amenaza de los derechos en cuestión, ya sea mediante la orden, que el agente agresor interrumpa su conducta, haga el comportamiento requerido para el goce efectivo del derecho o cese la amenaza de vulneración del mismo, lo cual, en el caso de los derechos de libertad sindical, deberá reflejarse en la sentencia del juez constitucional, como el de la justicia laboral ordinaria, en caso esta asuma el rol de vía igualmente satisfactoria conforme al artículo 7.2° del NCPC. Para el cumplimiento de los fines del proceso de amparo y de la tutela de los derechos por ella protegidos, entre los que están los derechos colectivos laborales, no exige la norma, una consideración distinta, a la mera constatación objetiva de la lesión de los derechos, sin recurrir en este caso a otro criterio subjetivo de imputación como lo sería el dolo o la culpa.

Asimismo, debemos destacar, la crítica a la Ley N°29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, al no haber establecido un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, pues, pese a los avances normativos que presentó en relación a la regulación procesal anterior en materia de tutela cautelar, el uso de la misma para proteger derechos fundamentales habría sido mínimo, más allá del típico caso de reposición provisional en caso de despido, realidad que reflejaría la aun poca efectividad del proceso laboral para la protección de determinados derechos fundamentales, de tal forma que

Trabajadores y trabajadoras suelen depositar un mayor porcentaje de expectativas en una rápida inspección laboral o en una conciliación gratuita de derechos económicos (con pretendidas renunciaciones a porciones de sus derechos económicos) antes que en la protección de un derecho

fundamental en la vía judicial. En otros casos, pensar en el acceso a algún mecanismo de justicia laboral pareciera ser una quimera, como ocurre en el caso de las personas que pertenecen a grupos vulnerables, o casos donde la posibilidad de acceder a la justicia formal enfrenta impedimentos de hechos demasiado grandes como para ser obviados (Mendoza, 2016, p. 196)

Sin embargo, pese a los problemas que pudiera presentar el modelo procesal de tutela de derechos fundamentales, en sus ámbitos constitucional y laboral, en su relación subsidiaria -cuyos detalles no es menester ahondar- se debe destacar que la protección judicial, atendiendo al rango constitucional de los derechos sindicales, tendrá como finalidad la restitución al pleno ejercicio de los mismos, mediante la remoción de la conducta que por acción u omisión los limita, o amenaza su ejercicio, siendo el caso que de ser dicha vulneración irreparable, más allá de la sustracción de la materia que podría alegarse, corresponderá aun así, a la jurisdicción determinar los mecanismos más adecuados que permitan a las víctimas una adecuada reparación, entre las cuales estaría, el propio pronunciamiento de condena de la conducta infractora con el fin de evitar y prevenir, futuras conductas lesivas. En efecto el TC ha señalado que aun en los casos de irreparabilidad, debe emitirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en vista de la magnitud del agravio producido. En este caso, debe declararse fundada la demanda, de conformidad con la previsión del segundo párrafo del artículo 1° del NCPC. En efecto, de conformidad con lo señalado por el TC, los procesos constitucionales, no sólo tienen funciones reparatoras o restitutorias, sino por su propia naturaleza preventivas e incluso sancionadoras, con el fin de evitar que las conductas inconstitucionales vuelvan a reiterarse en el futuro, por lo que cuando se determine la vulneración de los derechos constitucionales y en vista de la conducta de la emplazada, corresponde un pronunciamiento sobre el fondo que la califique como inconstitucional, de modo que se le pueda oponer dicho pronunciamiento, para el futuro, ante eventuales nuevas conductas vulneradoras, evitando la trasgresión constante del orden constitucional. Así en la Sentencia EXP N°02034-2009-PA/TC, del 17 de

diciembre de 2019, el TC señaló:

4. Sin embargo, es preciso reiterar que el proceso de amparo no solo cumple una función *strictu sensu* restitutoria, sino que, excepcionalmente y de conformidad con los artículos 1º, segundo párrafo, y 8º del Código Procesal Constitucional, también cumple finalidades preventivas e incluso finalidades cuasi sancionatorias. En efecto, es preventiva la función del amparo (y en general, de cualquier otro proceso de tutela de derechos), cuando se busca evitar que conductas comprobadamente atentatorias contra los derechos fundamentales vuelvan a reiterarse en el futuro. Es cuasi sancionatoria la finalidad del proceso cuando, de modo paralelo a la determinación de la conducta inconstitucional, se presumen indicios de responsabilidad penal que legitiman que, después de concluida la participación del juez constitucional, los actuados sean remitidos a la vía penal a fin de determinar las responsabilidades que en dicho extremo, pudieran existir. (TC, 2009b, p. 2-3)

En todo independientemente de dichas medidas de reparación habrá daños, patrimoniales y no patrimoniales, producidos por la conducta inconstitucional que no serán objeto de la tutela restitutoria antes señalada, por lo que corresponderá dilucidar si dichas consecuencias habrán de ser objeto de la tutela resarcitoria.

### **1.2.2 La tutela penal. Regulación simbólica.**

Nuestra doctrina nacional, ha expuesto que, en materia penal, rige el principio de *ultima ratio*, es decir que la represión penal frente a la vulneración de determinados bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, se justifica solamente, ante el fracaso de otros mecanismos de control social y siempre y cuando la intervención penal resulte eficaz, asimismo, acerca de la conveniencia político-criminal, de la represión penal, en el caso de los bienes jurídicos laborales, se ha expuesto que han existido dos posiciones, aquella que considera que su uso contribuiría a reforzar la tutela brindada por otros ámbitos (laboral, constitucional, administrativo, etc.), y, otra que estima que la tutela penal, no es en sí misma



esencial, siendo suficientes los mecanismos de protección establecidos por el ordenamiento laboral, a lo que se suma, el carácter simbólico e ineficaz de las penas, que han sido establecidas legislativamente para el caso de los delitos contra bienes jurídicos laborales, los que pese a su importancia, en atención a “los principios de subsidiaridad y utilidad derivados del modelo político criminal de mínima intervención niegan la conveniencia de la intervención penal, (...)”, ello debido a la comprobada ineficacia de la actuación de los agentes estatales encargados de la represión penal, (Poder Judicial, Policía Nacional, Ministerio Público), así como el hecho que dado que dichos delitos son cometidos en su mayoría por sujetos de “(...) amplio poder económico (...)”, la represión penal resulta frente a ellos “(...) vacilante o tibia (...)”, más concretamente en el ámbito primario de la creación legislativa se aprecia una selección incompleta de las conductas reprimibles penalmente y de los bienes jurídicos laborales tutelados, así como una configuración mínima de las penas, mientras que en el ámbito secundario de aplicación normativa, se observa un haz mínimo de denuncias, así como resultados que por lo general concluyen en la absolución del inculpado o suspensión de la pena, pero nunca con la aplicación de una pena efectiva, lo que lleva a concluir que la intervención penal en materia laboral, es meramente simbólica y no hace más que mostrar “(...) una realidad de indefensión, reafirmando la falsa creencia de que el Estado protege eficazmente los intereses que subyacen a la relación laboral, cuando la realidad muestra lo contrario.” (Caro, 1995, pp. 232-233).

Pese a las múltiples modificaciones que el artículo 168° del Código Penal, ha sufrido a lo largo de los años, consideramos que las anteriores reflexiones, se mantienen vigentes, respecto al modelo de intervención penal en materia laboral, así en el caso de la libertad sindical, dicha norma tan sólo considera la tutela de la libertad sindical individual, negativa y positiva, omitiendo “(...) sin explicación alguna, la protección del aspecto colectivo de la libertad sindical que ejercen las organizaciones en cuanto tales frente al Estado, frente al empleador o frente a otras organizaciones sindicales.” (Caro, 1995, p. 236). En efecto, la última modificación sufrida por dicha norma, mediante Decreto Legislativo N°1323,

publicada el 06 enero 2017, ha mantenido el modelo de intervención limitada a sólo el aspecto individual de la libertad sindical, excluyendo de la tutela penal a la libertad sindical colectiva. Aunque cabe destacar que esta última modificación a aumentado la pena a imponer por la comisión de dicha conducta, de entre dos a cinco años.

Es interesante encontrar en la legislación penal comparada, específicamente la española, en su Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que en su artículo 315°, menciona como bien jurídico protegido a la libertad sindical y el derecho de huelga, sin las limitaciones que establece el tipo penal de nuestra legislación, aún cuando en aquel caso, las penas sean también mínimas, seis meses a dos años si la violación ocurriese “(...) mediante engaño o abuso de situación de necesidad (...)” y de un año y nueve meses hasta tres años si aquella se produjese con “(...) coacciones (...)” (BOE, 1995, p. 123). Además, dicha legislación penal considera en su artículo 314°, un tipo especial de conducta discriminatoria en el ámbito del empleo público o privado, que considera expresamente como motivo prohibido: “ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores”, aunque, dicha norma, no presente el tipo penal abierto que considera, el delito de discriminación contemplado en el artículo 323° de nuestro Código Penal, que si bien no contempla expresamente como uno de los motivos reprimibles la discriminación antisindical, bien podría contener dicha conducta al tenor de la formula: “cualquier otro motivo”, en consonancia con la disposición del artículo 2.2 de la CP. Sin embargo, este tipo penal también reproduce el modelo de intervención penal mínima reflejada en las penas leves que impone la comisión de dicho delito, “(...) no menor de dos ni mayor de tres años (...)”. (Congreso de la República, 1991, pp. 86-87)

Finalmente, consideramos importante resaltar dos aspectos respecto a la regulación de los tipos penales laborales, la primera en relación al bien jurídico protegido, respecto del cual se ha manifestado que en el caso de los tipos penales laborales tiene la naturaleza de “bien jurídico colectivo”, pues

(...) respecto del trabajo supone una protección en relación al

funcionamiento del sistema, en cuanto zona propia del quehacer cotidiano de un colectivo tan importante como el de los trabajadores. Por ende, los intereses del trabajador protegidos lo son en su calidad de integrante de una clase social o de un sector de la comunidad con una posición en el mercado de trabajo, no importando el número de trabajadores afectados, por lo que siempre se apreciará como un único delito. (Caro, 1995, p. 233)

El segundo es respecto al criterio de imputación para los delitos laborales, respecto de los cuales la doctrina coincide en que se exige el dolo (conciencia y voluntad) para la consumación del delito, no admitiendo la posibilidad de la comisión de dichas conductas mediante el actuar imprudente (Ugaz, 1993, p. 106)

### **1.2.3 La Responsabilidad del empleador en la intervención administrativa de la inspección del trabajo.**

Se ha sostenido que las diferentes funciones de naturaleza punitiva o de prevención general o especial, que se puede asignar a las sanciones penales o administrativas, respectivamente, no deben hacer perder de vista que en ambos casos nos encontramos ante, una misma manifestación del *ius puniendi* del Estado, en uno y otro, las conductas deben ser antijurídicas y poner en riesgo o lesionar bienes jurídicos merecedores de tutela, así en cualquier caso los objetivos de prevención se consiguen mediante el castigo, e independientemente de que este sea impuesto por la judicatura o la administración, tanto los delitos como las infracciones administrativas son objeto de la misma potestad punitiva estatal, siendo “(...) el fundamento de la unidad del *ius puniendi* estatal: la idéntica naturaleza de castigo que tienen las penas y las sanciones” (Baca, 2019, p. 315-316). Asimismo, se debe destacar, que pese a que nuestra CP, no reconoce expresamente el *ius puniendi* estatal, como sí lo hace por ejemplo la Constitución española, nuestra doctrina ha encontrado fundamento para justificar su actuación en la necesidad de dotar de eficacia a la actividad de la administración pública, reconociendo nuestro sistema la tesis unitaria, por cual la actuación sancionadora administrativa está sujeta también, con las particularidades que corresponde a

cada ámbito, a los límites o garantías “aplicables a la potestad sancionadora de la administración pública” (Danos, 1995, pp. 151-152).

Siendo entonces la sanción administrativa un castigo, para su imposición la conducta calificada como infractora debe cumplir también una serie de características para ser merecedora de aquella, así pues, “(...) solo una acción típica, antijurídica y culpable (que no es otra cosa que la definición de infracción o de delito) justifica la imposición de una sanción”, siendo además que el principio de culpabilidad “incluye los principios de personalidad de las penas, imputación por el hecho y reprochabilidad subjetiva o culpabilidad en sentido estricto” (Baca, 2019, p. 318). De acuerdo a este último principio, dado que la actuación de la administración pública impone un castigo, este sólo encontraría sustento en virtud de un juicio de reproche objetivo -dirigido a la conducta- de modo que la sanción sólo se justificaría, si el agente pudo haber actuado de otro modo, resultando suficiente, pero a su vez, indispensable en el ámbito administrativo, la conducta culposa o negligente del sujeto, lo cual se verificará cuando “(...) se produzca el resultado no querido por la norma o se realice la conducta generadora del riesgo, pese a que el sujeto pudo y debió evitarlo, observando y cumpliendo una norma que imponía un deber de cuidado.” (Baca, 2019, p. 326). Sin embargo, es necesario precisar que hay que diferenciar el principio de tipicidad subjetiva o juicio de reproche objetivo dirigido a la conducta del infractor, del que venimos hablando, de el principio de culpa en sentido estricto o de reprochabilidad subjetiva, que está relacionado con la existencia de alguna condición subjetiva de la persona que implique que no pueda imputarsele dicha conducta, como lo sería la incapacidad mental, la minoría de edad, etc. (Baca, 2019, pp. 330-331).

Aún quienes defienden la aplicación del principio de culpabilidad al derecho administrativo sancionador reconocen supuestos en los cuales resulta controvertida su aplicación como es el caso de las llamadas infracciones de mero desconocimiento o inobservancia, que consisten en supuestos en que la norma impone una obligación formal donde “(...) no se exige un resultado, sino que la mera conducta ya es suficiente para que se configure el supuesto infractor.”, se

sostiene que en estos casos la sólo comisión de la conducta impone un actuar negligente, pero además, la prueba del actuar diligente requeriría un alto estándar, que exigiría no sólo la inversión de la carga probatoria, sino la necesidad de acreditar una eximente de responsabilidad, sin embargo, la sola posibilidad de alegar error, sostendría aun en estos la aplicación del principio de culpabilidad, aunque sería un caso de aplicación “matizada del mismo que lo acercaría a la responsabilidad objetiva” (Baca, 2019, pp. 332-333). Por dicha razón, se sostiene que estos casos deberían estar “limitadas a ciertas infracciones formales, en las cuales se persiguen infracciones de peligro estadístico; es decir, que se protegen bienes jurídicos colectivos que podrían verse afectados si determinada conducta es repetida por todos.” (Baca, 2019, p. 333). Existen además las infracciones consideradas como de peligro abstracto puro donde “No se vulnera ningún bien jurídico y la conducta ni siquiera ha producido un riesgo concreto sobre un bien jurídico, que tenga que ser valorado por el órgano decisor, sino que la norma considera como «riesgo» la simple desobediencia”. (Baca, 2010, p. 14).

Por su parte el TC, en la sentencia Exp. 2050-2002-AA/TC del 16/04/2003 señaló a la culpabilidad como un principio básico “(...) del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (TC, 2003); mientras que la sentencia Exp. 01873-2009-PA/TC, del 03/09/2010, reconociendo que las infracciones administrativas como las sanciones penales pese a formar parte del mismo *ius puniendi* estatal, no pueden equipararse al presentar diferencias sustanciales, tiene puntos en común, resaltando la aplicación de los principios del derecho penal, al derecho administrativo sancionador, entre los que está el principio de culpabilidad, según el cual “(...) la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.” (TC, 2010). Además, en la sentencia Exp. 2868-2004-AAITC, del 24/11/2004, el TC manifestó respecto al principio de culpabilidad que

(...) la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien



jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.” (TC, 2004, p. 13).

Sin embargo, estas menciones jurisprudenciales, no vienen a resolver los parámetros de aplicación por parte de la administración del principio de culpabilidad, ni tampoco hacen mención a supuestos controvertidos señalados por la doctrina, como son las infracciones de peligro estadístico, de peligro abstracto puro, o inclusive la responsabilidad administrativa de la persona jurídica.

La entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°1272, publicado el 21/12/2016 (en adelante el Dec. Leg.), vino a introducir cambios importantes en la regulación de los procedimientos administrativos especiales, al pasar de proponer una aplicación supletoria de sus normas, a establecer parámetros mínimos respecto de los cuales los procedimientos especiales no podrán establecer menores garantías para los administrados. Así la actual redacción del art. II del Título Preliminar, del Decreto Supremo N°004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala lo siguiente: “Artículo II.- Contenido (...). 2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley”. (MINJUS, 2019, p. 3)

Una de las innovaciones del Dec. Leg., fue la regulación positiva del Principio de Culpabilidad en el ejercicio de *ius puniendi* del Estado en el ámbito administrativo, mediante la introducción de un apartado en su art. 248°, el cual señala al respecto:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. (MINJUS, 2019, p. 52)

Sin embargo, como puede apreciarse, si bien se establece como principio general la responsabilidad subjetiva, la norma considera la posibilidad que por norma legal en sentido estricto, es decir emitida por el Congreso o por el Ejecutivo mediante facultades legislativas delegadas, pueda establecerse una responsabilidad objetiva, en un procedimiento especial. Sobre la existencia de procedimientos especiales la doctrina nacional ha señalado que su regulación se justifica:

(...) en la peculiar característica de la materia administrativa en que van a ser aplicados (como sucede con los procedimientos industrial, minero, laboral) o bien en la singular finalidad perseguida a través suya (como acontece en los procedimientos licitatorio, subasta pública y de expropiación), que determinan la necesidad de diferenciarse de las pautas ordinarias del procedimiento administrativo. (Morón, 2002, p. 22)

Al respecto existen diversos procedimientos administrativos sancionadores especiales en los cuales puede identificarse que el legislador ha optado expresamente por establecer una responsabilidad administrativa objetiva, así tenemos, por ejemplo:

- La Ley N°27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), publicada el 16/04/2002, estableció en su art. 1°: “Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. (...) *La infracción será determinada en forma objetiva* y sancionada administrativamente, (...)” (las cursivas son nuestras)
- La Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 05/03/2009, estableció en su art. 18° lo siguiente: “Artículo 18.- Responsabilidad objetiva. Los administrados *son responsables objetivamente* por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA”. (las cursivas son nuestras)
- El Decreto Legislativo N°1341, publicado el 07/01/2017, que modificó la Ley N°

30225, Ley de Contrataciones Del Estado, modificó su art. 50.1, estableciendo en su último párrafo lo siguiente: “*La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.*” (las cursivas son nuestras)

- La Ley N°30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, publicada el 28/03/2018, modificó la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, señalando en su art. 46° lo siguiente: “Mediante reglamento aprobado por resolución del titular, se describen y especifican estas conductas, constitutivas de infracciones graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General. Estas infracciones pueden ser determinadas de forma objetiva, en los casos señalados en dicho reglamento”. (las cursivas son nuestras)

Como se puede apreciar, tanto en forma previa como posterior, a la publicación del Dec. Leg., el legislador optó en diversos supuestos de procedimientos administrativos sancionadores especiales, en los cuales el Estado ejerce el *ius puniendi*, como son el ambiental, contrataciones públicas, energético y de control del uso de los recursos públicos, en establecer una responsabilidad objetiva para la imposición de una sanción administrativa al agente infractor. En el caso del procedimiento inspectivo, la Ley General del Inspección del Trabajo Ley N°28806 (en adelante la LGIT), no tiene una disposición similar, a las antes citadas, no pudiendo extraerse o interpretarse que se haya establecido una responsabilidad objetiva en la comisión de las infracciones en materia sociolaboral, de los principios ordenadores del Sistema Inspectivo, establecidos en el art. 2° de la LGIT, a saber los principios de imparcialidad y objetividad, establecidos en sus numerales 3 y 16, respectivamente, al contrario el art. 31° que regula en forma general las infracciones administrativas, guarda silencio al respecto:

Artículo 31°.- Infracciones administrativas. Constituyen infracciones administrativas en materia de relaciones laborales, de seguridad y salud en el trabajo y de seguridad social, los incumplimientos de las obligaciones contenidas en las leyes de la materia y convenios colectivos, mediante

acción u omisión de los distintos sujetos responsables, previstas y sancionadas conforme a Ley. (Congreso de la República, 2006, p. 14)

Por eso se ha señalado, que el juicio o análisis de culpabilidad (existencia de dolo o culpa) sí debe realizarse al momento de efectuar las fiscalizaciones laborales, luego de efectuar el análisis de causalidad, es decir luego de determinar que el sujeto cometió o no la conducta calificada como infracción, sin perjuicio que pudieran haber disposiciones normativas que establecieran que determinadas conductas, para su configuración no requieren de juicio alguno, cómo aquella que define el accidente de trabajo. Así se ha señalado:

“Dolo” y “culpa”, dos categorías profusamente estudiadas por la doctrina penal, son entonces conceptos que se incorporan al análisis sobre la procedencia de las sanciones administrativas que impone la inspección del trabajo. No hay imputación objetiva que sea compatible con el principio de culpabilidad, por lo que es necesario que en el campo de la verificación de los hechos, los fiscalizadores tengan en cuenta si el infractor pudo actuar de modo distinto, si se obró de forma imprudente, o si la conducta del trabajador que sufrió el daño a la salud fue determinante en la producción del resultado negativo (lo que se ha venido a denominar como “conductas sub estándares”). (Mendoza y Zavala, 2019, p. 68)

Si bien se ha sostenido que la especialidad del procedimiento inspectivo laboral, puede encontrarse en la necesidad de la aplicación del Principio Protector del Derecho del Trabajo, al constituirse la inspección en una garantía del cumplimiento de los derechos laborales, así como, la posibilidad constitucional de establecer regulaciones diferenciadas en atención a la naturaleza de las cosas, amén de su art. 103° (MTPE, 2017, p. 3-4), encontrándose incluso fundamento para la existencia de un sistema inspectivo, en los artículos 23° y 43°, de la Constitución, (Gonzales, 2021, p. 30-31), argumentos sin duda suficientes para establecer una sistema de sanciones e infracciones y un aparato de fiscalización en materia sociolaboral; no puede perderse de vista el dato normativo, que establece el carácter subjetivo de la responsabilidad administrativa, salvo que el

legislador prevea expresamente una responsabilidad objetiva, esquema, que como hemos visto, impone el Dec. Leg, como garantía para los administrados, exigencia que sí se ha cumplido, en otros ámbitos de actuación del *ius puniendi* estatal, como acabamos de ver.

Sin perjuicio de ello, consideramos que pueden encontrarse en materia sociolaboral, suficientes argumentos, para que el legislador pueda establecer una responsabilidad objetiva administrativa, en este ámbito, sea en los casos de peligro abstracto puro, como lo serían por ejemplo la mayoría, sino todas las obligaciones formales tipificadas como leves en el art. 23° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, DS N° 019-2006-TR (en adelante el Reglamento), o aquellas otras que podrían considerarse como de mera inobservancia o peligro estadístico, respecto de las cuales por el interés a tutelar, deba prescindirse de un juicio de culpabilidad, como podría ser por ejemplo, aquel establecido en el art. 24.4, del Reglamento referido al no pago de remuneraciones al trabajador. Mención aparte ha de merecer la tipificación como infracciones administrativas la lesión a los derechos constitucionales o fundamentales, como serían el derecho a no ser discriminado, la prohibición del trabajo forzoso, el trabajo infantil o la Libertad Sindical, entre otros; para lo cual, en el caso de un juicio respecto a la lesión o no del derecho (tipificados todos por el Reglamento como infracciones muy graves en el art. 25), a fin de establecer la restitución en el pleno ejercicio del mismo, “volviendo las cosas al estado anterior de su vulneración”, no debería ser exigible la evaluación de elementos subjetivos, bastando, por lo tanto, la verificación objetiva de la lesión, para que el operador, vervegracia el juez constitucional, o en este caso la autoridad administrativa, determine al afectado en la restitución plena del ejercicio del derecho afectado, con prescindencia de la existencia de una daño resarcible. Para estos casos sin duda, estaría en cuestión también la exigencia, adicional, ante la posibilidad de imponer una sanción administrativa, de hacer una evaluación de culpabilidad del agente infractor. Sin embargo, mientras la regulación legal, en materia administrativa, como hemos visto, guarde silencio al respecto, podrá siempre el infractor alegar el desconocimiento de dicha garantía, establecida en la norma



genral, ante la pretensión de la autoridad inspectiva de interpretar, la no exigencia de hacer un juicio de culpabilidad, basándose en el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, la naturaleza de peligro abstracto o estadístico de algunas infracciones, o en el carácter fundamental del derecho lesionado, para cuya restitución *in natura*, en cambio, sólo resulta exigible -al juez constitucional- la constatación objetiva de su vulneración.

#### **1.2.4 La reparación integral según el estándar del Sistema Interamericano de Justicia.**

Según señala Faúndez, la competencia de la Corte Interamericana de Justicia (CIDH), para restituir en el pleno ejercicio de los derechos o libertades conculcados, a las víctimas, determinando las medidas de reparación necesarias a tal efecto, así como, el pago de una “justa indemnización”, cuando ello corresponda se encuentra establecida en el artículo 63.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José- (en adelante la Convención), según este autor, esta disposición, reproduce el texto de una norma de Derecho consuetudinario internacional, que impone a los Estados, la obligación de reparar un acto ilícito que compromete sus obligaciones internacionales, siendo que dicha responsabilidad se rige íntegramente por el Derecho Internacional, en cuanto a “(...) su alcance, sus modalidades, y la determinación de los beneficiarios (...)”, no pudiendo ninguno de dichos aspectos ser condicionado por las disposiciones del derecho interno del Estado responsable. Según el autor las reparaciones en el caso de los derechos humanos, no pueden poner fin al sufrimiento de las víctimas de dichas violaciones, sino tan sólo permiten aportar los medios para hacerlo “(...) menos insoportable (...)”, teniendo por objetivo, evitar “(...) la venganza o justicia privada, cuyo poder corrosivo destruye el tejido social (...)”, por lo que las mismas no tienen por objetivo desaparecer los hechos ocurridos, pues la afectación ya de cometió, sino aminorar sus consecuencias “(...) por la indiferencia del medio social, por la impunidad, o por el olvido, (...)”, teniendo entonces dos objetivos: i) proveer satisfacción a las víctimas o sus familiares; y ii) reestablecer el orden jurídico quebrantado. (2004, pp. 799-800).

Además, Faúndez hace una diferenciación entre lo que significa una reparación y una indemnización, teniendo ambas una relación de genero a especie, así mientras las indemnizaciones tienen por objeto compensar a las víctimas por el daño sufrido en “(...) una proporción equivalente (...)”, esta no puede excluir otras medidas de reparación, no patrimoniales, que tienen por objetivo, el cumplimiento del Estado de sus obligaciones internacionales, respecto a las garantías de la vigencia de los derechos y de no repetición de las conductas infractoras, así pues, si bien los afectados podrían renunciar a la indemnización económica o perdonar al actor directo de la violación, el Estado en ningún caso podría sustraerse a su obligación de investigar los hechos y sancionar a los culpables, pues el objetivo es que cada Estado garantice dentro de su ordenamiento jurídico, la vigencia efectiva de los derechos reconocidos en la Convención, por lo que el pago de las indemnizaciones económicas que pudiera ordenarse, en ninguna forma podrían sustituir, la obligación del Estado de reparar, mediante la acción de sus órganos competentes, la vulneración de los derechos, lo que podría ser, por ejemplo, mediante el dictado de nuevos pronunciamientos judiciales, o la emisión de normas por el ente legislativo. (2004, pp. 802-803). El autor explica que la obligación internacional del Estado de reparar implica “(...) la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, *más* el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra-patrimoniales” (2004, pp. 804-805). En tal sentido, el concepto de reparación tiene un amplio significado, y va más allá del sólo pago de una suma monetaria, sino que alcanza a todas las medidas que deben ser adoptadas por el Estado, para restituir la cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos humanos, por lo que comprenderá: i) de ser posible la restitución a la persona del pleno ejercicio de los derechos y libertades vulnerados; ii) la indemnización económica que corresponda; iii) las medidas de reparación no pecuniarias; iv) la investigación y sanción a los responsables, v) garantías de no repetición; y vi) la adecuación de las normas internas a los estándares de la Convención. (2004, p. 811).

Según Faúndez la reparación bajo la forma de indemnización pecuniaria, según los criterios adoptados por la CIDH, corresponde cuando no sea posible la *restitutio in integrum*, lo cual ha sido dispuesto de todos los casos en que se ha determinado la violación de derechos humanos, esta indemnización según lo dispuesto en el artículo 63.1° de la Convención debe tener el carácter de “justa indemnización”, y debe corresponder a “la parte lesionada”, sobre lo primero, dicha determinación resulta muy compleja, atendiendo a la difícil cuantificación de los diversos bienes jurídicos afectados: vida, libertad, intimidad, dignidad, etc., sin embargo señala el autor, pese, la evidente subjetividad que pudiera acompañar a la determinación de lo que es justo, en relación al pago de una suma indemnizatoria, los criterios que deben guiar dicha valorización, sí deberían ser objetivos, y, no discrecionales o arbitrarios, debiendo considerarse las circunstancias de cada caso, debiendo “(...) guardar relación con la violación de los derechos humanos en que haya incurrido el Estado (...)”, no pudiendo implicar “(...) ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.”, considerando que dicha indemnización para ser justa “(...) debe ser *pronta, adecuada y efectiva.*” (2004, pp. 823-824).

Asimismo, señala Faúndez, los elementos de una indemnización que sea adecuada debe cumplir con el principio de *restitutio in integrum*, es decir deben reparar plenamente las consecuencias de la violación de los derechos y libertades en la medida que no sean posibles o suficientes otras medidas de reparación, debiendo entonces comprender “(...) los daños materiales (es decir, el daño emergente y el lucro cesante), el daño moral y eventualmente “*daños punitivos*”, además, recientemente la Corte ha incorporado un nuevo concepto, que se refiere al daño causado al “*proyecto de vida*.” (2004, pp. 826-827). Faúndez, explica que la CIDH, abordó en una primera etapa los aspectos de los daños no patrimoniales desde la perspectiva del daño moral, el cual

(...) es el resultado de la humillación a que se somete a la víctima, del desconocimiento de su dignidad humana, del sufrimiento del dolor que se le causas como consecuencia de una violación de sus derechos humanos; en el efecto que dicha violación tiene en el grupo familiar, con toda la angustia

y sufrimiento que se transmite a los miembros de éste. Ese daño moral se refleja igualmente en las consecuencias psicológicas que la violación de los derechos humanos puede tener tanto para la víctima como para sus familiares. (...) (2004, pp. 833).

Según Faúndez, dicha afectación por su propia naturaleza no patrimonial, es de difícil cuantificación, y, para cuya determinación no puede considerarse la posición social o económica de la víctima, por tanto, su reparación, sólo podría lograrse mediante el pago de una suma pecuniaria, o mediante medidas tales como obras o actos de alcance público, que tengan por efecto "(...) la reparación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos, o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones (...)". (2004, pp. 833-834). Sin embargo, según el autor, en pronunciamientos más recientes la CIDH, ha optado por el concepto de "daño inmaterial", más amplio que el del daño moral, propio del derecho civil, el cual habría de reflejar mejor la naturaleza de

(...) las reparaciones en el marco del Derecho de los derechos humanos, tomando en cuenta al individuo como un todo, y apreciando el impacto que han tenido sobre éste las violaciones de sus derechos humanos, (...) los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, *así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.* (2004, pp. 834-835).

Respecto a los daños punitivos, señala Faúndez que en determinados casos iniciales seguidos contra Honduras, se solicitó a la CIDH, la imposición de daños punitivos, alegando que la violación de derechos humanos no podría repararse simplemente con una compensación civil, y que ello podría tener efectos disuasivos y su carácter ejemplar podría contribuir a "(...) restablecer la paz social y a restaurar la confianza en el Estado de Derecho.", sin embargo, dichas peticiones fueron rechazadas bajo la consideración que el pago de un indemnización tenía una función meramente compensatoria y no sancionadora,

siendo que el Derechos Internacional no admite sanciones de naturaleza disuasiva o ejemplarizante, siendo su objeto antes que imponer sanciones a los autores de las violaciones, tutelar a las víctimas y disponer las reparaciones por daños sufridos, además debe considerarse que el sistema de justicia interamericano de derechos humanos, está diseñado para, antes que castigar al autor directo de la violación, obtener una reparación más cuantiosa de parte del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. (2004, pp. 845-846).

### **1.3 La tutela resarcitoria o compensatoria. La función preventiva de la responsabilidad civil y la tutela de la libertad sindical colectiva.**

Corresponde delimitar el concepto de indemnización, estableciendo sus diferencias con el resarcimiento que se otorga producto de un juicio de responsabilidad civil, al respecto, León ha señalado que las obligaciones indemnizatorias son “(...) medidas que apuntan o a evitar una desventaja para el obligado, o bien a hacer ganar una ventaja al obligado”, siendo ejemplos de obligaciones indemnizatorias: i) La indemnización justipreciada en caso de expropiación regulada en el Decreto Legislativo N°1192, que recibe el obligado a ceder su propiedad por causa de interés público; ii) La indemnización por despido arbitrario establecida en el art. 34° del Decreto Supremo N°034-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728°, que recibe el trabajador obligado a soportar la pérdida de su empleo; iii) La indemnización que recibe el cónyuge perjudicado por la separación de hecho establecida en el art. 345-A del Código Civil, entre otras. En ninguno de estos casos se realiza para el otorgamiento de la indemnización un juicio de responsabilidad civil, es decir que no se analiza los criterios de imputación, el nexo de causalidad o las manifestaciones del daño: lucro cesante, daño emergente o daño moral, tampoco el obligado a indemnizar puede acreditar una eximente de responsabilidad alegando caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero (2016, pp. 36-38). Siendo ello así León -citado por Ramírez- señala que la indemnización “(...) tiene por fuente exclusiva a la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con un criterio de equidad” (2011, pp. 67-68). En sentido similar Campos -



citado por Pastrana- señala que desde un criterio funcional “La indemnización sirve para eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en menoscabo de otro, (...)” es decir pretende el reequilibrio de los patrimonios entre perjudicado y el agente, así mismo desde un criterio estructural la indemnización “Se otorga por la mera constatación del hecho detallado en el dispositivo legal que la dicta.”, mientras que el resarcimiento requiere de un juicio de responsabilidad civil, debiendo verificarse todos sus elementos para su otorgamiento y finalmente desde la perspectiva de sus consecuencias, para su determinación la indemnización “(...) prescinde de la injusticia, cuantía del daño y de los criterios para su cuantificación, siendo por lo general menor a éste.”, mientras que en el caso del resarcimiento, se pretende cumplir con la función de equivalencia, es decir que “(...) la cuantía debe responder a la dimensión real del daño irrogado (...)” (Pastrana, 2017). Atendiendo a esta distinción que asumiremos en el desarrollo del presente trabajo, podemos afirmar que en el caso de las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales de la conducta antisindical, que no puedan ser objeto de restitución mediante la tutela restitutoria o de inhibición, respecto de las cuales el legislador no ha previsto algún mecanismo de reparación, en la vía laboral o constitucional, debería acudir a la tutela resarcitoria establecida en las normas civiles, en aplicación supletoria, en virtud en este caso de lo establecido en el Artículo IX, del Título Preliminar del Código Civil, y siempre que no haya incompatibilidad en los dos ámbitos, la cual podría producirse, si es que ambos ámbitos de desarrollan “(...) en su situación ordinaria, es decir, el primero tratando a los contratantes como desiguales y el segundo como iguales.” (Neves, 2003, p. 124)

Resulta interesante que el reciente Anteproyecto de Código de Trabajo, aprobado por el MTPE, en el marco de lo dispuesto por la Resolución Ministerial N°232-2021, haya propuesto en el último párrafo de su art. 384°, como un mecanismo de tutela de la libertad sindical, adicional a las medidas restitutivas que pudiere dictar el juez luego de calificar la conducta del empleador, como lesiva, de este derecho, la reparación de los daños y perjuicios que dicha conducta pudiere haber ocasionado, lo que es un indicio, sobre la necesidad de regular expresamente la

tutela resarcitoria, en estos casos (MTPE, 2022, p. 156).

## **CAPÍTULO 2. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA LESIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA.**

### **2.1 El ilícito antisindical y el elemento de antijuridicidad.**

Identificada o calificada la conducta del empleador como antisindical, habrá de corresponder al juez u operador jurídico, efectuar el juicio de responsabilidad civil, es decir, determinar si aquel comportamiento produjo un daño resarcible. Como se dijo, en líneas anteriores, la lesión a la libertad sindical o conducta antisindical, tiene *per se*, una calificación contraria al ordenamiento jurídico, por lo que la determinación de este elemento, en el juicio de responsabilidad civil, vendría dado previamente, en el juicio de antisindicalidad, es decir que la conducta calificada como antisindical, es en sí misma antijurídica, sin embargo, dada así las cosas, cabe plantearse, dependiendo del sujeto lesionado: afiliados considerado individualmente, el sindicato como persona jurídica o la colectividad de trabajadores, qué tipo de responsabilidad civil, habrá de corresponder imputar al empleador, una de carácter contractual o extracontractual.

Como bien se ha señalado el contrato de trabajo tiene una doble eficacia: constitutiva de la relación laboral individual y reguladora de la misma al producir “derechos y obligaciones para los sujetos laborales individuales” (Neves, 2003, p. 83), sobre este último aspecto se ha señalado también su carácter residual pues la mayoría de dichos derechos y obligaciones, que emanan del vínculo laboral, están establecidos por fuentes de carácter normativo, que constituyen un mínimo indisponible para la autonomía individual (Boza, 2011, p. 137). Además, la Constitución como parte de ese elenco de normas habrá de tener un efecto “intenso” en las relaciones laborales entre privados, las que habrán de desarrollarse dentro de los límites de los derechos laborales fundamentales, reconocidos por aquella, siendo que inclusive las normas laborales de inferior jerarquía que también limitan la autonomía privada deberán encontrarse acorde al contenido de la Constitución (Blancas, 2007, p. 80-81). En tal sentido podemos

afirmar que el contrato de trabajo será fuente de derechos y deberes recíprocos (Alonso 1975, p. 480), no sólo en la medida de lo establecido por la autonomía de las partes, sino, sobre todo, por aquellas que vienen impuestas por las fuentes normativas del ordenamiento jurídico laboral entre las que están, como acabamos de ver, el respecto de los derechos laborales fundamentales, entre ellos evidentemente la libertad sindical, en sus dimensiones individual y colectiva.

Siendo ello así, una conducta por parte del empleador que lesione el derecho a la libertad sindical del trabajador, y que en virtud de dicha conducta le cause un daño resarcible, implicaría no sólo un incumplimiento de las obligaciones derivadas del vínculo contractual laboral -la obligación de respetar dicha libertad-, sino también -efectuado el juicio de responsabilidad correspondiente- la imposición para aquel de la obligación de resarcir el daño ocasionado. Podríamos afirmar que dicha responsabilidad tendría entonces carácter contractual por lo que deberá determinarse según lo establecido en el art. 1321° y las demás normas correspondientes al Título IX del Código Civil (CC), sobre la inejecución de obligaciones. Sin embargo, habiendo dejado sentado el carácter pluriofensivo de la conducta antisindical, habiéndose determinado un daño resarcible en la esfera individual del trabajador sindicalizado, habrá que determinar si aquella afectación, repercute en la esfera colectiva, de la cual aquel también es partícipe.

Resulta importante mencionar, las disímiles consecuencias normativas que tendría analizar una conducta que provoca un daño, -como resultado de la lesión a un derecho de la persona, como es la libertad sindical-, bajo el tamiz de la responsabilidad contractual o extracontractual. En efecto dependiendo de la calificación que se adopte, el legislador ha determinado distintas consecuencias, a saber: i) diferentes plazos de prescripción de dos y diez años respectivamente, según el art. 2001° del CC; ii) distinta extensión de los daños resarcibles, que en el caso de la responsabilidad contractual incluyen los que son “consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”; iii) la generación de intereses automáticamente desde el momento del “evento dañoso” en el caso de la responsabilidad extracontractual según lo dispone el art. 1985° del CC, mientras

que en el caso de la responsabilidad contractual, el resarcimiento generará intereses desde el momento que se exija su pago “judicial o extrajudicialmente”, salvo las excepciones del art. 1333° del CC, sin perjuicio que la CS haya señalado en la Sentencia CAS N°180-2012-LIMA, de fecha 03/04/2013, en un caso de despido, que el daño moral genera intereses “desde el día que se verifica el daño” (CS, 2013, p. 4); y iv) la aplicación de los criterios de imputación que en el caso de la responsabilidad contractual son subjetivos (dolo y culpa inexcusable o leve), mientras que en la responsabilidad extracontractual “se admiten criterios semiobjetivos, como el riesgo de empresa o la exposición al peligro ex artículo 1970° CC y objetivos, como la propiedad, ex art. 1979° [y] 1980° CC, y la garantía, ex art. 1976° [y] 1981° CC” (León, 2016, p. 44).

En el caso de la libertad sindical colectiva ejercida por la organización sindical, sin embargo, podríamos encontrar algún inconveniente, a fin de determinar el tipo de responsabilidad en la que habría de incurrir un empleador, en caso llegase a determinarse la lesión dicho aspecto del derecho fundamental ejercido por dicho ente colectivo, en vista que si bien, la Constitución y las normas infraconstitucionales, impondrán también al empleador el deber de respetar la libertad sindical colectiva del sindicato, no hay, en principio, entre este y aquel, propiamente un vínculo contractual, como sí ocurre en el caso de la relación laboral individual, sino obligaciones que se desprenden directamente de las normas legales en sentido lato. Así, por ejemplo, si el empleador despide arbitrariamente a todos los integrantes de la junta directiva y producto de ello, en vista de la imagen deteriorada del sindicato en formación, renuncian la mayoría de afiliados, produciéndose -probablemente- un daño resarcible a la organización sindical, cabría cuestionarse bajo el tamiz de cuales normas correspondería analizar el juicio de responsabilidad civil, ¿aquellas correspondientes a la responsabilidad contractual o extracontractual?

Una disyuntiva semejante se planteó respecto al tipo de responsabilidad en que incurriría el empresario por los daños ocasionados al trabajador, como producto de un accidente de trabajo, la que habría sido resuelta por la CS, en el VI Pleno

Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, al señalar que aquella es de carácter contractual, (CS, 2017b, p. 4), amén entendemos de las obligaciones que impone al empleador, en el marco de la relación laboral, los principios de prevención y responsabilidad, establecidos en los art. I y II, del Título Preliminar de la Ley N°29783 Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo, principios que además ya venían reconocidos, casi en los mismos términos, en el derogado Decreto Supremo N°009-2005-TR. En ambas normas, además, se reconoce que los principios de prevención y responsabilidad, son aplicables a aquellos trabajadores, que, sin tener vínculo laboral con el empleador, prestan sus servicios o se encuentran en ámbito del centro de trabajo, con lo cual, en caso que uno de estos trabajadores sufra un accidente, habrá una responsabilidad directa de la empresa principal por los daños ocasionados aquel (Saldaña, 2018, pp. 18-19), no producto de un vínculo contractual, sino, en este caso atribuida por la ley atendiendo a la especial posición que tiene el empleador, frente a todos los trabajadores que le prestan servicios -directa o indirectamente desde el punto de vista jurídico-; si bien no es el lugar para discutir la pertinencia de esta regulación u opción normativa, sí queremos destacar que en este caso, de reclamar el trabajador subcontratado, un resarcimiento en la vía civil, se habrá de determinar, qué tipo de responsabilidad corresponderá aplicar: ¿contractual o extracontractual?. Consideramos que existe suficiente justificación para aplicar las normas de responsabilidad contractual, pues, si bien no hay un vínculo laboral, las obligaciones del empresario, en este caso, trascienden la genérica obligación de no dañar a otros, para hacerse específicas y concretas, por mandato legal, respecto aquel trabajador.

Consideramos también que podría ser útil en este caso, hacer mención a lo que la doctrina civilista ha denominado la teoría del “contacto social”, advirtiendo de antemano, que no está exenta de debate, en dicha disciplina, pero que puede aportar elementos de reflexión, al asunto aquí planteado. En nuestro medio Buendía, comentando su origen en la doctrina civilista alemana, explica su contenido de la siguiente manera

(...) aquella relación que emula a la relación contractual por la específica ubicación en la que se encuentra el sujeto aunque no se haya celebrado un



contrato aún. La finalidad de la tesis del contacto social es “contractualizar” situaciones que se ubican entorno a situaciones límites o extrañas, que en principio, naturalmente le corresponderían a la responsabilidad aquiliana o extracontractual. (2016, p. 153)

Espinoza, por su parte, señala que esta teoría originada, en la doctrina civilista alemana, tiene en Haupt, uno de sus iniciales y principales exponentes, quien plantea que frente al “moderno tráfico jurídico”, habría también relaciones contractuales, que no requieran de “propuesta y aceptación”, proponiendo “(...) “relaciones contractuales de hecho” en tres escenarios: por contacto social (kraftsozialen Kontaktes), por inserción en una relación comunitaria (kraft Einordnung inein Gemeinschaftsverhältnis) y por la obligación social de prestación (kraftsozialer Leistungspflichtung).” (2016, p. 146). Según Espinoza, para dicho autor, en el primer caso nos encontramos en supuestos donde “por las circunstancias de hecho objetivas”, que se originan por el “particular contacto social”, se debe aplicar las norma del derecho contractual a situaciones de la vida diaria, es el caso, por ejemplo del transporte de cortesía, el comprador que entra a un local comercial y sufre lesiones producto de una mala maniobra de quien le muestra el producto, o de la prórroga de arrendamiento (2016, p. 146-147); el segundo caso, está dentro de los supuestos de las sociedades de hecho o no inscritas, y de la relación laboral, donde más allá de las formalidades importa la relación que los sujetos entablan: la actuación en sociedad y la inserción en la estructura empresarial, respectivamente (2016, p. 147-148); y, en el tercer supuesto estaremos, en los casos de utilización de servicios públicos donde usuarios y prestador del servicio, no tiene mayor control, sobre la negociación de las condiciones del servicio, que viene dado en su mayoría por las autoridades administrativas, por ejemplo, el viaje en tren o el servicio eléctrico; en estos tres supuestos, más allá del “perfeccionamiento de un negocio jurídico”, se debe poner el acento en la realización de “(...) una relación jurídica, la cual –sobre la base de su significado social– se presenta como una relación de suministro, alquiler, transporte o como otro vínculo de la vida de relación (...)”, lo que justifica su equiparación a las relaciones de tipo contractual (2016, p. 148-149). Sin embargo,

Espinoza, plantea observaciones a esta teoría, señalando que esta centra su crítica en “(...) el contrato como acto, no contra el contrato como relación (...)”, por eso busca una explicación a la inexistencia del consentimiento. Además, señala que las relaciones contractuales de hecho acaban siendo aquellas consideradas por otro autor: Larenz, como “(...) “relaciones obligatorias por comportamiento social típico (...)”, por cuya valoración propia, obtienen carácter jurídico, como fuente de obligaciones, sin necesidad de la celebración típica de un negocio jurídico, además que el *nomen* de “relaciones contractuales de hecho”, puede llevar al equívoco, de que estamos en situaciones extrajurídicas, lo cual no es el caso (2016, p. 150). Finalmente, Espinoza, señala que la responsabilidad que se genera en el marco de las tratativas o negociaciones previas a la celebración del contrato, por quebrantamiento de la buena fe, así como, aquella que se genera por el deber genérico de protección al consumidor que ingresa a un centro comercial, es aquiliana o extracontractual, siendo sí la teoría del contacto social fuentes de obligaciones, pero de esta naturaleza (2016, p. 151).

En todo caso, Buendía explica, que a partir de una pionera sentencia de la Corte Suprema de Italia, la Casación número 589/1999, que recoge esta teoría, en un caso de responsabilidad de un médico frente al paciente, en el marco de una estructura sanitaria, hospital o clínica, donde no hay una relación contractual entre, ambos, pero que, debido a la especial calificación profesional, de aquel, se genera una confianza, en el paciente en “(...) la lealtad, probidad, o, en la *correttezza* (...)”, del otro, que generará un conjunto de deberes y obligaciones, del profesional respecto de la protección de valores de carácter constitucional: la vida y salud del paciente; producto del contacto social de ambos sujetos, semejantes a aquellas producto del contrato (2016, pp. 154-155). Este planteamiento jurisprudencial, señala el autor, es posible debido a que el Código Civil Italiano, en su art. 1173°, establece como fuente de obligaciones, “(...) el contrato, el hecho ilícito y cualquier otro hecho o acto idóneo para producir las (...)”, siendo el último supuesto el que encajaría el “contacto”, (2016, p. 161). Sin embargo, no teniendo el Código Civil Peruano, una norma semejante, corresponderá a la buena fe (en sentido objetivo), como norma genérica, recogida

en el art. 1362°, de dicho cuerpo normativo, aplicada por lo jueces, determinar los casos en que, a las obligaciones provenientes de la ley o los “contactos”, corresponderá aplicar una responsabilidad de tipo contractual (2016, pp. 164-165).

Según lo señala, Zaccaria, luego de dicho pronunciamiento, la Corte Suprema de Italia, desarrolla jurisprudencialmente otros supuestos de responsabilidad por contacto social, asimilando dichos casos a las normas de responsabilidad contractual: i) un contacto social procedimental basado en la confianza que puede generar la imparcialidad que debe tener al administración pública; ii) un contacto social basado en la confianza que puede generar la relación con las entidades bancarias; iii) un contacto social típico del ámbito laboral; iv) un contacto social fuente de una deber de garantía en el ámbito penal, entre otros supuestos (2014, p. 70), sin embargo, este autor, también considera que el contacto social, sólo puede ser fuente de obligaciones, “(...) en virtud de una base negocial o normativa (...)” 2014, p. 69).

Por otro lado, la doctrina civil nacional, ha señalado que tanto la responsabilidad civil contractual, como extracontractual, “corresponden a un mismo sistema normativo”, siendo la responsabilidad civil una sola, existiendo sólo algunas diferencia de matiz entre una y otra, así pues, aunque nuestro CC haya optado por una regulación diferenciada, es necesario estudiar ambas responsabilidades, sobre la base de elementos comunes (la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución), con una óptica unitaria, respetando por cierto las diferencias establecidas en la ley, siendo lo que identifica a ambos aspectos “la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños” y lo que las diferencia, que en el primer caso el daño es producto del incumplimiento “de una obligación previamente pactada” y en el segundo que “el daño es producto del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a otros” (Taboada, 2003, p. 30-31).

Otro sector de la doctrina nacional, aunque discrepando respecto a que la antijuricidad sea un elemento del juicio de responsabilidad civil, pues identifica “lo

antijurídico o injusto [como] un atributo del daño resarcible, que se verifica analizando el bien o el interés afectado, el cual debe ser reconocido por el derecho como un bien o interés merecedor de tutela” (León, 2016, p. 53-54), así como, respecto a lo que diferencia la responsabilidad contractual y extracontractual, en cuanto al interés que tutelan, siendo que “en el primer caso, se tutela el interés (relativo) del acreedor por la no ejecución de la prestación o por su cumplimiento inexacto. [y] En el segundo caso, el interés de todo sujeto de derecho en la preservación de su integridad material y psicofísica, frente a cualquier agresión externa” (León, 2016, p. 44-45); reconoce al juez, la posibilidad de analizar extracontractualmente los casos de responsabilidad contractual y viceversa, así como aplicar recíprocamente sus normas a uno u otro caso atendido a las “exigencias de tutela de dichos intereses”, lo que se expresa, por ejemplo, en la posibilidad de aplicar el criterio de equidad para determinar el *quantum* del daño, establecido en el art. 1332° del CC, para la responsabilidad contractual, también para los casos de responsabilidad extracontractual, o, en reconocer que en el caso de la responsabilidad contractual, pese a que el art. 1322° del CC, sólo determina como resarcible al daño moral, también es posible el resarcimiento de daños a la persona (a la salud o a la integridad psicofísica), aunque su reconocimiento normativo sólo se da para la responsabilidad extracontractual, en el art. 1985°; situaciones que si bien justificadas, no obstan a que pueda establecerse en la ley supuestos en los que no es posible aplicar las normas de una régimen al otro, como lo sería la limitación del resarcimiento sólo a los daños previsibles, en el caso de la responsabilidad contractual, salvo dolo o culpa inexcusable del agente, conforme al art. 1321° párrafo 2° del CC (León, 2016, p. 45-46).

Según señala Fernández G., en el caso de la responsabilidad contractual al asumir una obligación, el sujeto compromete su propio patrimonio en el cumplimiento de dicha obligación, con lo cual la responsabilidad civil se genera previamente, mientras que en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, esta nace recién con la producción del daño, en este caso por el incumplimiento de parte de la persona de un deber impuesto por la ley, con lo cual, asume, la

responsabilidad de resarcir el daño producido, por el incumplimiento de “el deber general de no causar un daño a otro”, es decir, que la responsabilidad civil, habrá de trascender las relaciones obligacionales, pudiendo afirmarse que habrá responsabilidad ante la configuración de cualquier situación jurídica de subordinación que implique la satisfacción o el servicio de un interés ajeno, conocidas como “situaciones jurídicas pasivas de desventaja”, la cual podrá ser impuesta en forma voluntaria o por la ley (2019, pp.19-20). Según el autor, en el caso del *alterum non laedere*, la responsabilidad civil se produce en la etapa patológica de la relación, no habiendo entre las partes una relación jurídica en sentido estricto (Fernández G. p. 21). Al respecto Rubio define *un deber* como “(...) una responsabilidad genérica (aunque obligatoria) que no se confunde con la obligación, que es un mandato de dar, hacer o no hacer algo específico.”; así mismo precisa que una *situación jurídica* es “El conjunto de derechos y deberes -determinados o eventuales-, que el Derecho atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones” (2007, pp. 89-90).

En tal sentido León, reconociendo lo controversial del tema, señala que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de fuente legal, ante la ausencia de contrato, y, la disyuntiva de aplicar el régimen de responsabilidad contractual o extracontractual, deberían utilizarse las primeras, siempre que resulte “justificado” incorporar a la relación entre las partes las obligaciones establecidas en la ley, poniendo como ejemplo, el caso de los deberes establecidos en la Ley General de Salud (2016, pp. 43-44). En el caso de las obligaciones de no vulneración y respeto que impone la libertad sindical al empleador, estaríamos también ante un deber específico que plantea una situación jurídica pasiva de ventaja a favor de la organización sindical, impuesta por el ordenamiento, por lo que, ante las consecuencias dañinas de la trasgresión del derecho, podría corresponder la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil contractual, aseveración que se muestra como acertada, en el caso del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden, por ejemplo del convenio colectivo, atendiendo al deber de buena fe, que establece el artículo 54° de la LRCT, cuyo respeto no sólo correspondería a la etapa de negociación, sino



también, a la de desarrollo, ejecución o cumplimiento de los acuerdos, tal como lo dispone en art. 1362° del Código Civil, al señalar que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes” (Congreso de la República, 1984, p. 129), norma que consideramos puede ser aplicada supletoriamente al no ser incompatible, con el Derecho a la Negociación Colectiva.

Cabe señalar, que la Resolución Ministerial N°284-2011-TR, establece en su art. 1°, una lista de actos de mala fe del empleador, referidos a la etapa pre negociacional (entrega de información, establecimiento de facilidades para los negociadores, etc.), y, de negociación propiamente (no recibir o no brindar permisos a los negociadores, no respetar los plazos pactados, etc.), aunque a efectos de habilitar la posibilidad de un arbitraje potestativo, regulado actualmente por el Decreto Supremo N°009-2017-TR, cuya legalidad o constitucionalidad, no corresponde aquí discutir, dicha enumeración de conductas, puede servir de referencia a efectos de determinar el comportamiento antisindical del empleador. En tal sentido, ya que el propio art. 1°, establece que dicho catálogo de conductas no es de carácter taxativo, y, dado que el principio de buena fe, en la negociación colectiva, como acabamos de ver, debe extenderse también, a la etapa de ejecución y cumplimiento de los acuerdos, consideramos que los incumplimientos por parte del empleador, a lo pactado en el convenio colectivo, debe también significar un acto de mala fe, y, ser calificado como antisindical, habilitando entonces, además del arbitraje, en la lógica de dicha norma reglamentaria, las acciones de cumplimiento, y, en su caso de resarcimiento, por los daños patrimoniales y no patrimoniales ocasionados como consecuencia del desconocimiento de lo pactado en el convenio colectivo. Podemos encontrar también otros elementos de análisis, en la prohibición normativa, establecida en el artículo 2° del Decreto Supremo N°013-2006-TR, que señala que el poder de dirección establecido en el art. 9° del TUO del Dec. Leg. 728°, no puede ser interpretado de modo que las facultades directivas del empleador puedan “(...) modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera

la libertad sindical.” (MTPE, 2006). Como se aprecia de la redacción de dicha norma, ella presupone, se afecta la libertad sindical, al alterar en forma unilateral, los términos del convenio colectivo, o desconocer su vigencia, pretendiendo una nueva negociación al respecto, lo cual, significará un incumplimiento del convenio colectivo.

Por lo que, el daño producido a la organización sindical, como consecuencia de conductas contrarias el deber de buena fe negocial, llámese no otorgamiento de licencias a la comisión negociadora, no entrega de información oportuna, incumplimiento de acuerdos, devolución injustificada del pliego de reclamos, etc., sería tratado bajo las normas de la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, el asunto se torna, como se dijo controversial, pues habrá situaciones, en las que, entre el sindicato y el empleador, no haya propiamente una relación contractual o precontractual, y, por lo tanto, no pueda invocarse el deber de buena fe, como es el caso del sindicato en formación que aun no presenta el pliego, el del sindicato minoritario que no ostenta la legitimidad negocial en determinado ámbito, el de una federación de ámbito de empresa que no presenta pliegos de reclamos, etc.

Por otro lado, De Trazegnies, nos expone que la responsabilidad contractual y extracontractual no son excluyentes, sino que pueden presentarse en forma paralela, de tal forma que ambas responsabilidades pueden generarse a partir de una misma situación jurídica, por lo que podría existir una relación contractual, en la que además de las obligaciones pactadas, pueda manifestarse el deber general de no causar daños a otros, tal como lo ha aceptado la jurisprudencia italiana “(...) cuando el hecho ilícito viola no solo los derechos derivados del contrato, sino también los derechos que pertenecen al perjudicado independientemente del referido contrato (...)” (2001, pp. 477-478). Pero además hace notar el autor, que si bien ambas responsabilidades pueden coexistir, ambas responden a diferentes principios, así mientras en la responsabilidad contractual rige el criterio de la culpa, en la responsabilidad extracontractual, rige el principio objetivo, si el daño ha sido causado por ejemplo por un bien riesgoso; ilustrando el asunto, el autor, comenta el caso del contrato de transporte, donde el transportista se libera de su

responsabilidad contractual de trasladar al pasajero a su destino, demostrando que no tuvo culpa en el accidente, pero no así de su responsabilidad extracontractual objetiva, por los daños causados al pasajero con motivo del accidente, concluyendo que “En otras palabras, la razón de la indemnización no es la existencia de un contrato incumplido, haya tal contrato o no entre las partes, sino la presencia de una daño que debe ser reparado” (2001, pp. 479-480).

Finalmente un aspecto importante a destacar, es el que Taboada expone respecto al carácter atípico del ilícito en la responsabilidad civil extracontractual, donde la obligación de resarcimiento se genera no por la conducta contraria a estándares de conducta socialmente aceptados como el orden público o las buenas costumbres, sino por incumplir una norma que prohíbe tácita o expresamente una conducta, ello en contraste, con los ilícitos penales, donde las conductas antijurídicas sí son típicas, ya que su valoración contraria a derecho viene dada expresamente en el tipo penal, sin embargo, en Derecho Privado habrán conductas, que sin ser calificadas típicamente como delitos, estén prohibidas y por lo tanto cuya comisión sea calificada como un acto ilícito, y en caso de generar daños, habrá de generar responsabilidad civil (2003, pp. 44-45). Según el autor, no se puede identificar antijuricidad con tipicidad, pues habrá conductas prohibidas en forma genérica, constituyendo entonces conductas antijurídicas atípicas, enfoque que

“(…) proporciona al sistema de responsabilidad civil la lógica adecuada para su buen funcionamiento en la realidad social, pues ya no será necesario establecer únicamente si la conducta está prohibida expresa o tácitamente por alguna norma jurídica o un conjunto de las mismas, para poder hablar de un supuesto de responsabilidad civil (...)” (2003, pp. 48-49)

En cambio, según Taboada en el caso de la responsabilidad contractual, que debiera llamarse responsabilidad obligacional, pues el contrato no es la única fuente de obligaciones, la antijuricidad siempre será típica, pudiendo consistir en un incumplimiento total, parcial, defectuoso o tardío (2003, pp. 49-50).

## 2.2 El factor de atribución (culpa o dolo)

Tal como se ha señalado, en líneas anteriores, a efectos de la determinación o calificación de la conducta del empleador como antisindical, resulta irrelevante la atribución de un factor subjetivo, como lo es el dolo o la culpa, bastando la verificación de la idoneidad objetiva de la acción u omisión para afectar las libertades sindicales, en tal sentido la doctrina comparada ha sostenido con solvencia que no siendo exigible para calificar una conducta como antisindical, la prueba del dolo o culpa, por parte del agente, no resultaría tampoco coherente, exigir la prueba de aquellos elementos, para la determinación de responsabilidad civil, por las consecuencias dañinas derivadas de tal comportamiento, así se ha sostenido que

(...) resultaría absurdo exigir para poner en marcha el efecto resarcitorio una cualidad, la culpabilidad, que no resulta precisa para atribuir la consecuencia principal del cese del comportamiento antisindical, de manera que, o se exige el elemento psicológico para ambas, o no se exige para ninguna, en una relación de fuerzas que (...), se vence claramente por la no aplicación del criterio de imputación subjetiva de la antisindicalidad. (Valdeolivas, 1992, p. 107)

Como señala León por razones de conveniencia social, se ha determinado que los costos de los posibles daños producidos por determinadas actividades sean distribuidos en la sociedad, atendiendo a los costos de prevención y la injusticia que significaría de dichas consecuencias sean asumidas por quien no se beneficia u obtiene alguna utilidad de dichas actividades, por ello, es necesario que el legislador haga un análisis o reflexión de dichas situaciones a fin de determinar, los casos en los cuales las consecuencias dañinas deban ser asumidas por alguien diferente del damnificado; según el autor en el campo de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, nuestra norma civil ha sumido como criterio de imputación la culpabilidad, en el artículo 1321° párrafo 1 del CC, es decir la intención o voluntad del obligado a cumplir sus obligaciones, y, en su caso por el incumplimiento de sus deberes de diligencia, incurriendo en este caso

en acción y omisión, por culpa leve o grave a tenor de lo dispuesto en los artículos 1319° y 1320° del CC, presumiéndose incluso la culpa leve en caso de incumplimiento, según el artículo 1329° del mismo; asimismo en el caso de la responsabilidad extracontractual, además del criterio culpabilidad (artículo 1969° del CC), se ha dispuesto otros criterios de imputación como son: el riesgo de la empresa, la exposición al peligro, la garantía y la propiedad (León, 2016, p.105).

Fernández, G. expone, en relación al análisis que debe hacer el legislador, a efectos de determinar el criterio de imputación que corresponde a cada caso, las diversas funciones que atañen a las responsabilidades civil, lo que se puede abordar desde dos perspectivas: a) la diádica o intersubjetiva, que es aquella relación que se establece entre la víctima y el responsable del daño, que se desarrolla en el ámbito microeconómico, en la cual el momento patológico o del incumplimiento es el que nos interesa, pues es aquel en que se desarrollan las funciones: i) satisfactoria o propiamente resarcitoria, garantizando la reparación del daño causado, en el caso de la responsabilidad extracontractual “(...) reestableciendo el *statu quo* ante de la producción del daño (...)”; ii) la función de equivalencia, es decir, que lo que sale del patrimonio del responsable debe corresponder, estrictamente a la afectación del interés de la víctima; y, iii) la función distributiva que explica el traslado del costo económico de los daños causados, de la víctima al causante del daño, mediante criterios de imputación: culpa, dolo, riesgo, equidad, abuso del derecho (2019, pp.26-27); b) Por otro lado, el autor explica que dicha perspectiva diádica debe servir a una de carácter sistémico, de lo contrario la solución que pudiera elegirse para determinada situación podría no ser la correcta (2019, p. 30), así, desde esta perspectiva tenemos: i) la función de incentivo o desincentivo de actividades, según la cual en aquellas que son de interés social, de busca trasladar el costo económico de los posibles daños producidos por aquella, basándose en la culpa, caso contrario los agentes económicos no invertirían en ellas, si es que siempre y en todos los casos, tuvieran que asumir dichos costos (2019, pp. 31-32); ii) asimismo, existe la función de prevención general, que busca inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar medidas de prevención a fin de evitar la producción de los mismos, lo cual



se relaciona con la función distributiva de la perspectiva diádica, pues en este caso se debe analizar desde un enfoque económico, quien está en mejor posibilidad de internalizar o prevenirlos al menor costo posible, lo cual lleva a concluir, cuando corresponderá adoptar una regla de imputación objetiva o subjetiva, a fin de imponer una obligación resarcitoria, de forma tal que en una responsabilidad subjetiva, ambos sujetos estarán en la misma posibilidad de internalizar los costos de prevención siendo esta bilateral, mientras que una responsabilidad objetiva la prevención será unilateral (2019, pp. 33-34). Asimismo, Espinoza, junto a las funciones antes expuesta menciona dentro de las clásicas funciones de la responsabilidad civil, aquella que “(...) reafirma el poder sancionatorio (o punitivo) del Estado (...)”. (Espinoza, 2013, p. 51)

### **2.3 El ejercicio abusivo de un derecho o facultad como criterio de imputación.**

Se ha señalado con acierto que el poder de dirección del empresario en el marco de la relación laboral tiene como garantía constitucional la Libertad de Empresa, formando parte de su contenido esencial, determinando las facultades y poderes, de organización y orientación de la actividad económica, en relación con el trabajador subordinado (dirección, fiscalización y sanción), siendo además el contrato de trabajo, el que determina el vínculo de sometimiento del trabajador a dichos poderes empresariales, pero la insuficiencia de este, para establecer los límites a dichos poderes patronales, nos lleva a encontrar en los derechos laborales constitucionales del trabajador (específicos e inespecíficos), las restricciones al ejercicio de dichos facultades, los cuales de exceder dichas limitaciones, aún cuando se ejerzan al amparo de la libertad de empresa, constituirá un acto ilegítimo y por tanto un ejercicio abusivo del derecho (Arce, 2006, pp. 82-83). Sobre los derechos laborales específicos del trabajador, se ha sostenido también que constituyen una “esfera de poder”, que el Estado le concede a fin de armonizar los intereses en conflicto en el seno de la “igualdad ficticia” creada en por el contrato laboral, viniendo a formar parte del contenido de aquel, identificándose por ejemplo, los límites a la jornada de trabajo máxima, el derecho al descanso semanal y anual, la remuneración mínima, entre otros, junto

a los cuales se suman aquellos provenientes de la autonomía colectiva, como reconocimiento a las partes laborales para armonizar por sí mismas el conflicto de intereses, y, relativizar en forma consensuada el poder de dirección, superando los mínimos legales, mediante los efectos normativos del Convenio Colectivo, cuya eficacia dependerá de la garantía y fomento de las libertades colectivas del trabajador: libertad sindical, negociación colectiva y huelga (Arce, 2006, pp. 85-86). Sin embargo, debemos notar que, al estar reconocidos los derechos laborales específicos en normas imperativas e indisponibles, teniendo muchas de ellos rango constitucional, su trasgresión o limitación por parte del empleador, estará prohibida, por lo que dicho acto de vulneración por parte del empleador, antes que el ejercicio abusivo de su libertad de empresa constituirá propiamente un acto irregular o ilícito (Rubio, 2018, p. 28), susceptible de generar daños al sindicato o al colectivo de trabajadores, y, por tanto, potencialmente generadores de responsabilidad civil, a la luz de las normas sobre la materia.

En efecto, el ejercicio de la libertad de empresa no es irrestricto, pues su manifestación, el poder dirección, encuentra dos tipos de límites: i) internos o intrínsecos que se refieren esencialmente a dos aspectos, el primero de orden funcional pues es una potestad que incide en la organización y administración del trabajo al interior de la empresa, excluyéndose los aspectos relacionadas con la vida personal del trabajador, el segundo es que su ejercicio está sometido a la interdicción de arbitrariedad, es decir está sujeto al principio de razonabilidad (Blancas, 2007, pp. 107 -108); y ii) externos que son los impuestos por el propio ordenamiento jurídico, que exige el respeto de las diversas normas que inciden en la relación laboral, principalmente aquellas que reconocen derechos fundamentales al trabajador, cuyo sustento es la eficacia *erga omnes* o entre particulares de tales derechos, “los cuales, por su propia naturaleza, se insertan desde el primer momento en el contenido del contrato de trabajo (contrato normado), siendo indisponibles para las partes que los celebran” (Blancas, 2007, pp. 109 -110). La identificación de estos límites, al ejercicio del poder de dirección, resulta muy importante pues determina que, en el desarrollo de la relación laboral, no se podrá desconocer los derechos laborales establecidos en las normas

imperativas establecidas en el ordenamiento jurídico, pues, en la configuración del contrato de trabajo, concurren tanto la autonomía de la voluntad de las partes, como dichas normas, pero en el restringido espacio dejado por estas (Neves, 2003, p. 84). De esta forma, siguiendo al mismo autor, la autonomía de la voluntad tendrá como límite el diferente grado de imperatividad o dispositividad de las normas laborales, que el mismo describe de la siguiente forma:

(...) hay normas de derecho dispositivo que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución); derecho necesario relativo que fijan pisos a la autonomía privada, debajo de los cuales cualquier intervención de esta queda prohibida; máximos de derecho necesario, que establecen techos a la autonomía privada, que no pueden sobrepasar; y de derecho necesario absoluto, que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada (...) (Neves, 2003, p. 48)

Por lo tanto, consideramos que frente a los derechos laborales *específicos* consagrados en la constitución, no cabe una regulación autónoma por parte de la voluntad de las partes y menos aún el establecimiento de disposiciones o actuaciones unilaterales de parte del empleador, en ejercicio de su poder de dirección, que traspase sus propios límites imperativos, no pudiendo hablarse en este caso de un conflicto o colisión, que requiera un ejercicio de ponderación, entre el reconocimiento de los derechos laborales del trabajador y el ejercicio por parte del empleador a la libertad de empresa, pues en vista del carácter normado del contrato de trabajo, en la organización de las labores productivas o propias de su actividad, no es posible establecer restricciones, condicionar o limitar el cumplimiento de tales derechos. Es decir que, en estos casos, no estaremos ante supuestos de un ejercicio abusivo del poder de dirección como manifestación de la libertad de empresa, sino propiamente ante actos arbitrarios, ilícitos o en su caso *per se* propiamente inconstitucionales, por lo tanto, frente a las consecuencias dañinas de dichos actos, efectuado el correspondiente juicio de responsabilidad, corresponderá por parte de la judicatura el otorgamiento del resarcimiento correspondiente al trabajador o la organización sindical.

Sin embargo, por otro lado, en virtud del artículo 23º de la Constitución se ha sostenido la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador o derechos laborales *inespecíficos*, en el seno de la relación de trabajo, en vista que la dignidad de la persona impregna su ejercicio en todo ámbito, en cuya circunstancia, al ser también el empleador titular de derechos fundamentales (Blancas, 2007, pp. 121 -122), debe admitirse que su ejercicio, no puede manifestarse en la misma forma que otros aspectos de la vida en sociedad, sino que debe aceptarse matices o modulaciones, tal como lo manifiesta Sanguinetti, quien ha señalado que el contrato de trabajo es una relación de intercambio de carácter patrimonial, por la que el trabajador debe satisfacer el interés del empleador a través de las prestaciones dirigidas por éste, lo cual hace necesario que sus derechos fundamentales –agregaremos nosotros laborales inespecíficos– puedan verse en alguna medida limitados o matizados, en atención al cumplimiento de dichas obligaciones voluntariamente contraídas (2003, p. 226). Según este autor la jurisprudencia constitucional española ha desarrollado un enfoque para el examen de estos casos, analizando primero en base a los principios de neutralidad del empleador y de buena fe contractual, si la naturaleza de las labores libremente contratadas admite para su ejecución, una limitación a los derechos del trabajador, o si dicha limitación responde a una genérica necesidad o interés empresarial, debiendo, por tanto, resolverse el caso en base a un juicio de imprescindibilidad (2003, pp. 228 - 229). Entonces, es en estos casos donde es posible hablar de una colisión de derechos entre particulares, empleador y trabajador y, por lo tanto, donde es factible admitir por parte del juez constitucional la realización de un juicio de ponderación, por lo tanto, es en estos casos donde, a nuestro entender podremos encontrar supuestos de un ejercicio abusivo de los poderes empresariales.

Rubio ha ubicado el tema del abuso del derecho, “entre los campos de lo lícito y de lo ilícito, regulado por la responsabilidad civil”, destacando respecto de lo primero las normas constitucionales que, en forma general, determinan “el correcto ejercicio de los derechos”:

1. El literal a del inciso 24 del artículo 2 de la constitución que establece: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe», que es la actual norma que regula la libertad individual en el derecho.
2. El literal b del mismo inciso en la parte que señala: «No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley». Esta es norma complementaria de aquella.
3. El artículo 38 de la constitución, que dice: «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación». (2018, p. 15)

Por otro lado, destaca Rubio, las normas de responsabilidad civil, establecidas en los artículos 1969° y 1970° del CC, que establecen los criterios de imputación subjetiva y cuasi objetiva respectivamente, así como el artículo 1971° inciso 1, que determina que “(...) no hay responsabilidad en «en el ejercicio regular de un derecho».”, lo que lo lleva a afirmar que, en apariencia, no habría lugar para el abuso del del derecho, pues el acto ejercido en forma regular sería lícito, mientras que el ejercicio irregular de un derecho o el acto sin el amparo de un derecho que causa daño sería ilícito (2018, pp. 15-16). Ante lo cual ensaya para esta institución jurídica, la siguiente definición: “(...) un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social.”, correspondiendo tal calificación, no a las normas delimitadoras de la libertad personal o de la responsabilidad civil, sino al juez “(...) aplicando los métodos de integración jurídica.”, es decir que el abuso del derecho, correspondería en principio al ejercicio lícito de un derecho subjetivo dentro del ordenamiento, pero que en su ejercicio contraviene los principios de convivencia social, por lo que, ante la ausencia de una norma prohibitiva o que restrinja dicha conducta, dicha laguna debe ser llenada por el juez (2018, p. 17). Por su parte Fernández C. destacando el reconocimiento de esta institución, tanto, en el artículo 103° de la CP, como en el artículo II del Título Preliminar del CC, señala que debe descartarse aquella para los casos de colisión de derechos, siendo que,



al contrario, ésta corresponde al supuesto en el que el tercero agredido “(...) si bien posee un legítimo interés existencial que esgrimir en su favor (...) carece de una norma del Derecho positivo que le permita, (...), fundamentar su posición.”, por lo que deberá acudir a esta figura atendiendo a que no está amparado “(...) el ejercicio o la omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando se afecta antisocialmente un legítimo interés que no se encuentra protegido por una norma (...)” (2006, p. 172). Agrega el autor que el fundamento de esta figura se encuentra en el carácter relacional de los derechos subjetivos, lo que determina que los deberes y derechos que se desprenden de toda “situación jurídica subjetiva”, establezcan un genérico deber de “no dañar” a los demás en el ejercicio del derecho, en este caso específico, cuando el interés del tercero no se encuentra protegida por una norma del ordenamiento (2006, p. 173). Finalmente, el autor distingue este acto ilícito *sui generis*, del acto ilícito determinado por las normas de la responsabilidad civil, diferenciándose, por tanto, de la responsabilidad extracontractual, tal como, el caso de la figura del fraude a la ley (2006, p. 174).

Cabe mencionar que Alexy ha señalado que es posible observar a los derechos fundamentales desde dos teorías, la de las reglas y la de los principios, así este autor señala que “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado de la mayor medida posible, son mandatos de optimización dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (1993, p. 86), mientras que “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” (1993, p. 52), además afirma que los conflictos entre las reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, mientras que la colisión entre principios sólo puede darse cuando ambos son válidos, en la dimensión del peso (1993, p. 89). Asimismo, siguiendo a dicho autor, Aguinaga y Boza, señalan que cuando en el ordenamiento jurídico de cada país se menciona a los derechos fundamentales “se puede estar haciendo referencia a conceptos tan diversos como «derechos a algo», «libertades» y «competencias»”, siendo posible diferenciar entre estas categorías, así pues, cuando estamos ante un derecho en sentido estricto, este permite a su titular “una pretensión o, lo que es lo mismo, la posibilidad de exigirle algo a alguien —incluso, forzosamente—

que correlativamente tendrá el deber de otorgar ese algo”, mientras que “cuando el ordenamiento confiere a alguien una libertad o un privilegio, precisamente, lo que hace es asegurar a su titular la posibilidad de hacer o no hacer algo a su sola discreción” (2013, pp. 294 -295). En tal sentido, por ejemplo, si bien el sindicato tiene el derecho de negociar colectivamente con el empleador, y, por consiguiente, este la obligación de satisfacer dicha pretensión, negociando de buena fe, no existe propiamente la obligación de aquel de celebrar el convenio colectivo o aceptar celebrar el pacto colectivo en los términos propuestos por el sindicato, aun cuando sea un interés legítimo de la organización sindical y de los afiliados representados por aquel, la celebración de dicho acuerdo. Sin embargo, el uso de las libertades empresariales, para evitar la firma del convenio colectivo, o dilatar su celebración, con el fin de desgastar la fortaleza del sindicato, u otorgar beneficios que ya han sido otorgados a otros sindicatos minoritarios, u otorgar menores beneficios que los del mercado, pese a la positiva situación económica de la empresa, por ejemplo, podría ser considerado como un ejercicio abusivo del derecho; y en su caso generar responsabilidad civil, de probarse la generación de un daño, en contra del sindicato o de la colectividad de afiliados. Pero además, podría pensarse en el caso de la exigencia del sindicato al empleador, para la colocación de un mural informativo o incluso el uso del correo electrónico existente en la empresa para la difusión de materias de interés sindical, a los afiliados e incluso trabajadores en general, como expresión de las libertades informativas, como una manifestación del ejercicio de la libertad sindical colectiva, si bien no existe una norma que otorgue un derecho, y por tanto, obligue al empleador a colocar dicho tablón informativo o permitir el uso del correo electrónico con fines sindicales, pese a que dichas autorizaciones podrían no causar mayores costos económicos, si la negativa del empleador sustentada tan sólo en el fin de limitar la actividad sindical, luego de un ejercicio de ponderación entre la libertad sindical y la libertad de empresa, por parte de la justicia constitucional, fuese calificada como arbitraria o irrazonable, ordenando se permita al sindicato dichos mecanismos de difusión, podría ser calificada además como un supuesto de ejercicio abusivo de un derecho, y en su caso, de haberse generado un perjuicio, para la organización o los afiliados, en un supuesto de responsabilidad civil. De esta forma, se evita

que el sólo ejercicio de las libertades empresariales, con el fin de limitar a su vez el ejercicio de la libertad sindical en sus nuevas y múltiples manifestaciones y actualizaciones, pese a las medidas restitutivas que pudiese dictar la judicatura, queden indemnes pese a su potencial virtualidad de causar un daño (patrimonial o no), o afectación a los derechos constitucionales colectivos, expresadas en sus manifestaciones atípicas o inespecíficas: libertades informativas, de expresión, de pensamiento, tránsito, etc.

En efecto, la doctrina civil nacional, reconoce al abuso del derecho como un factor atributivo de responsabilidad civil, junto con otros como la culpa, el riesgo, la equidad, la garantía, es decir un “justificativo teórico” del traspaso del peso económico del daño, de la víctima al causante del mismo, en atención a la función distributiva de la responsabilidad civil (Fernández G., 2019, p. 28), es decir que el abuso del derecho -posición que compartimos-, es un supuesto que genera responsabilidad civil, distinto de los establecidos en los artículos 1969° y 1970° del CC, que establecen los factores atributivos de responsabilidad por culpa y semi objetiva, respectivamente. Pese a lo dicho, nos parece interesante la posición de otro sector de la doctrina civil en sede nacional, que sostiene que no sólo existe responsabilidad civil por el ejercicio u omisión irregular de un derecho, sino inclusive, en el caso de un ejercicio lícito del mismo, partiendo de la afirmación que el elemento de antijuricidad no es una exigencia normativa para la determinación de la misma, en tal sentido los supuestos de no responsabilidad, que son no típicos, se han de valorar, no sólo en función del interés de la víctima, sino también atendiendo a la protección que el ordenamiento podría otorgar al agente dañador aun a costa de perjuicio de otro, por lo que, no bastará que el acto generador del daño sea lícito sino que será necesario una norma que autorice el hecho lesivo (Campos, 2012, pp. 2017-2018), esto es a lo que se denomina el “juicio de resarcibilidad”, por el cuál, se determina, a partir del análisis del artículo 1971° inciso 1 del CC, qué intereses han de ser objeto de la tutela resarcitoria, hecho lo cual, se podrá pasar a la análisis de imputación o “juicio de responsabilidad en sentido estricto) (Campos, 2012, p. 214). Se sostiene en esta tesis que la total irresponsabilidad por el ejercicio regular de un derecho colisiona

con la relatividad de los derechos subjetivos, pues incluso los constitucionales, admiten límites intrínsecos y extrínsecos -como hemos visto- en función de su relación con otros derechos, entre estos límites están: i) el ejercicio abusivo de un derecho, el cual, sí genera responsabilidad civil; y ii) la colisión de derechos, lo cual ocurre en supuestos de ejercicio regular de los derechos (Campos, 2012, p. 222). Atendiendo a la atipicidad de los supuestos de irresponsabilidad, la valoración comparativa de los intereses de la víctima y el agente del daño puede ser hecho por el legislador o por el juez en base a la ponderación, no sólo en base a un criterio de utilidad pública, sino del ordenamiento en su integridad: las normas de orden público y las buenas costumbres (Campos, 2012, pp. 224-225). Así el resultado de la ponderación, no se ha de reducir a la prevalencia de un interés sobre otro, en forma absoluta, sino que habrá supuestos donde habrá una tutela inmediata mediante la consideración de licitud de la conducta dañosa, junto a una tutela indirecta, protegiéndose el interés subordinado mediante la tutela resarcitoria (Campos, 2012, pp. 226-227).

Finalmente debemos señalar que León sostiene que el abuso del derecho, es un supuesto cuya comisión, no se puede concebir si no es, mediante un comportamiento doloso, tal como ocurre con la doble venta de inmuebles, la competencia desleal, entre otros, que evidentemente no pueden ser cometidos por culpa o negligencia, en cuyo caso, el descargo del imputado deberá corresponder a dicho criterio, conforme a la presunción del artículo 1969° del CC.

## **2.4 Los daños causados por la conducta antisindical.**

### **2.4.1 El daño no patrimonial y el daño moral.**

La primera cuestión que debemos dilucidar es la posibilidad que tiene el sindicato, en tanto persona jurídica de sufrir un perjuicio no patrimonial o daño moral. Sobre el particular la doctrina civilista discute mucho respecto a la concepción del daño resarcible y dentro de ello a lo que corresponde al daño no patrimonial, cuestiones que no es menester dilucidar aquí, sin embargo, dado que el daño ha sido considerado como un concepto “amplio, impreciso y esencialmente intuitivo”,

condición que repercute también en la definición del daño moral, y, dado que sólo intentando una comprensión de su amplitud y significado dentro del sistema jurídico, será posible determinar la forma y condiciones en las que dichos daños son resarcibles (Casado, 2016, pp. 401-403); es importante tener un acercamiento, de esa discusión, en sede nacional. Así, hemos podido identificar a quienes tienen una concepción amplia de daño no patrimonial, identificándolo con el concepto de daño moral, el cual comprende todos los daños inmateriales que puede sufrir la persona, así pues, se parte de la idea del daño como la

(...) lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial. (Osterling, 2010, p. 5)

Por lo tanto, la persona puede, desde el punto de vista jurídico sufrir un daño resarcible producto de una conducta antijurídica, no sólo en sus bienes materiales, sino también en todos aquellos “derechos personalísimos” o bienes inmateriales que corresponden o tienen como presupuesto a su dignidad, siendo entonces que el daño moral comprende no solamente toda lesión a la integridad “física o psíquica” de la persona, sino también toda afectación o menoscabo a un “derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial” de aquella; en este caso el daño moral, no pretendería reparar el ejercicio del derecho, cuya vulneración será objeto de una acción restitutiva, sino el detrimento sufrido por la persona al verse impedida de realizar algunas de las manifestaciones propias de su personalidad (Osterling, 2010, pp. 6-7). En tal sentido, por ejemplo, en el ámbito laboral, familiar o en todos aquellos en los que se desenvuelve la persona en la sociedad, los actos que -en forma directa o indirecta- vulneren el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad, lo que siempre se expresará en relación a otros derechos -creencia política, libertad sexual, sindicación, etc.-; serán susceptibles de generar en la persona un daño resarcible en tanto, su violación



implicará siempre un menoscabo o una afectación de su dignidad (Osterling, 2009, p. 21), por lo tanto, esta visión del daño moral lo concibe desde una visión más amplia que el dolor u sufrimiento que pueda padecer una persona, de tal forma que “los daños morales surgirán en la violación de un derecho extrapatrimonial, sin necesidad de entrar a indagar la existencia de un particular estado emotivo del sujeto pasivo” (Osterling y Rebaza, 2006, p. 11). Sin que haya tenido una vocación conceptualizadora y dando muestra de la dificultad de definir al daño moral (Casado, 2016, p. 404), nos parece interesante el acercamiento que el Grupo Europeo de Derecho de Daños, ha tenido respecto del daño no patrimonial, al señalar en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, ex art. 2:102 y 10:301, que la amplitud de la protección frente al perjuicio material o inmaterial, sufrido por un “interés jurídico”, dependerá de su naturaleza y valor, recibiendo “La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad” u “otros derechos de la personalidad”, la más amplia protección, por lo que en estos casos tendrá especial justificación la compensación del daño no patrimonial (The European Group on Tort Law [EGTL], 2005).

Esta concepción amplia del daño moral, comprensiva de los efectos negativos que genera en la persona, la lesión de todo derecho o bien inmaterial que le corresponde como tal, justifica también que las personas jurídicas sean susceptibles de sufrir daño moral, al ser, como veremos más adelante, titulares de derechos fundamentales.

Otra visión del daño no patrimonial, lo considera como aquel que “(...) afecta la integridad de todo sujeto de derecho y/o lesiona valores y derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derecho digno de protección bajo la tutela resarcitoria (...)” (Fernández G., 2015, p. 330), por lo que desde una visión unitaria y omnicomprensiva es un concepto que continente, tanto del daño a la persona, como del daño moral, donde el primero es el daño que afecta a la persona humana como “(...) entidad psico-física comprendiendo a los daños inherentes a ésta (o daños a los derechos a la personalidad, como la vida, la integridad psico-física, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la intimidad, la

salud, entre otros.” y el segundo, como subespecie de este último, se refiere estrictamente al padecimiento o dolor espiritual que afecta la psiquis o faz interna del sujeto, lo que se conoce como el “precio del dolor (*pretium doloris*)” (Fernández G., 2015, p. 332). En este caso el daño a la persona debe ser resarcido, no en tanto produzca necesariamente un efecto causal en términos económicos, es decir como menoscabo en la productividad del sujeto o detrimento en la utilidad percibida respecto de su patrimonio, sino porque su atribución es jurídica, encontrándose la misma, en nuestro sistema jurídico, en el segundo párrafo del art. 17° del CC (Fernández G., 2015, p. 336). Esta visión concibe al daño moral como *in re ipsa*, pues la afectación de los derechos de la personalidad como el honor o la libertad, siempre habrán de generar una afectación en el ámbito interno del sujeto, por lo que en estos casos le bastará al afectado acreditar el hecho generador para que se presuma el daño, debiendo en este caso el agente probar en contra de dicha presunción (Fernández G., 2015, p. 333). Entonces, se hace aquí una distinción entre derechos personalísimos y otros derechos fundamentales de la persona, en el primer caso el daño moral, el padecimiento o dolor interno, se presumirá *in re ipsa*, mientras que en los segundos, se deberá probar el daño como evento, siendo que no toda lesión a un derecho fundamental, distinto de los derechos de la personalidad, habrá de generar daño moral, entendido como dolor o sufrimiento, aunque tampoco se les excluya, sin embargo, consideramos que, probada la lesión de otros derechos fundamentales de la persona, estos igual deberán ser resarcidos, de no ser así, en esta concepción, no tendría sentido hacer la distinción entre daño a la persona y daño moral. Finalmente, desde esta visión, todo daño que esté fuera de la persona humana como entidad psico-física, y afecte a otros sujetos de derecho merecedores de tutela, como el concebido o las personas jurídicas, estará comprendido dentro del daño no patrimonial residual, como una subespecie del daño no patrimonial (Fernández G., 2015, p. 335). En conclusión, hasta aquí, ambas concepciones coinciden en que las personas jurídicas, como sujetos de derecho, son susceptibles de sufrir daño no patrimonial, sea como daño moral entendido, en sentido amplio, como toda lesión a un bien o interés jurídico merecedor de tutela o como daño no patrimonial residual, como concepto

integrante de los daños no patrimoniales que pueden sufrir los sujetos de derecho.

Si bien se acepta, en general que la persona jurídica puede sufrir daños resarcibles, sobre los derechos no patrimoniales, de los cuales, por su propia naturaleza es titular, “como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros”, pudiendo entonces solicitar un resarcimiento en caso sean aquellos lesionados, sea en la entidad de daño moral, en una concepción amplia del mismo, o como daño a la persona, en su concepción de daño no patrimonial residual; podemos convenir en que, en cambio, no podrá solicitar un resarcimiento alegando “encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción”, lo cual solo corresponde a las personas naturales, por lo tanto, la persona jurídica está excluida del daño moral entendido este como “los afectos, anímicos o sufrimientos morales (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) y a los dolores físicos” (Espinoza, 2013, pp. 270-271), no así respecto de sus derechos patrimoniales o no patrimoniales, cuya lesión podrá dar lugar a un resarcimiento por los daños sufridos; sin embargo, se ha sostenido que no debería hacerse una asignación mecánica a las personas jurídicas de los derechos que corresponden a las personas naturales, sino que será necesario hacer “una suerte de test de compatibilidad”, entre los derechos de ambos sujetos, debiendo la parte interesada aportar la prueba, a fin que el juez pueda analizar cada caso “empleando parámetros conformes a la naturaleza no patrimonial del interés, [y] verificar la efectiva consistencia del daño” (Espinoza, 2013, p. 274).

Por su parte la jurisprudencia peruana ha manifestado en más de una oportunidad, tanto la procedencia del daño moral respecto de personas jurídicas, como el reconocimiento a éstas, de atributos de la personalidad merecedores de tutela. Sobre lo primero, la CS, ha señalado, que son susceptibles de reparación o resarcimiento, los intereses jurídicos extrapatrimoniales o no patrimoniales de las personas jurídicas, entre los que está el derecho al honor y la buena reputación, sosteniendo que el patrimonio de las personas jurídicas, no sólo está conformado por los bienes -entiéndase aquellos tangibles-, sino aquellos inherentes a su personalidad, entre los que están, la razón social, la titularidad de una marca, el

prestigio, la reputación, entre otros, así en voto singular, se sostuvo lo siguiente:

(...) el patrimonio de las personas naturales y jurídicas colectivas no solamente comprende a los bienes que representan un valor peculiar sino también los derechos inherentes a su propia personalidad, como son la razón social, la titularidad de una marca comercial, la libertad para contratar, el prestigio o la imagen que de dicha persona jurídica tengan sus clientes, entre otros. Infiere que si alguno de estos derechos, como el prestigio y la reputación comercial, es atacado, existirá una lesión parcial o total en la realización del objeto social al cual se destine la persona jurídica colectiva en cuestión. (CS, 2010)

En esa perspectiva, es posible solicitar un resarcimiento, sea en la entidad de daño moral o como daño no patrimonial residual, cuando se afecta el patrimonio de la persona jurídica, en este caso, de aquellos bienes inmateriales como son el honor y la reputación, cuando ellos se vean afectados por conductas que los dañen o afecten, en relación al cumplimiento de los fines u objetivos que les son propios, en el caso concreto, según la CS, si se difama a una entidad sin fines de lucro, esta conducta puede afectar un interés extrapatrimonial de la persona jurídica, “que hace a su objeto y que puede, en su caso, perjudicar los fines de asistencia y ayuda que persigue (...)” (CS, 2011, p. 13-14). Así también en la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en el Expediente N° 06875-2005-0-1601-JR-CI-06, confirmada mediante CAS N°4631-2011-LA LIBERTAD, del 02/03/2012, se determinó que todo acto antijurídico que cause perjuicio a la persona jurídica, genera daños extra patrimoniales -daño moral- que deben ser resarcidos, “(...) en cambio, todo acto u omisión, que por su objeto o por las circunstancias en que se realiza sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, se incurre en abuso del derecho, y si, además, con la acción u omisión abusivos se causa daños, igualmente, se cae en el ámbito de la responsabilidad civil” (PJ, 2011, p.15).

En segundo lugar, el TC, partiendo del hecho que la CP no reconoce

expresamente derechos fundamentales a las personas jurídicas, como si lo hacía la CP de 1979 en su art.3°, ha establecido que si bien es la persona humana, incluida aquella que está por nacer, quien ostenta la titularidad de los derechos fundamentales, y, por lo tanto, es ella quien puede, primordialmente, invocar subjetivamente su reconocimiento y tutela, ello no significa que dichos derechos, puedan verse vinculados *estricto sensu* a dicha individualidad, sino que la titularidad de aquellos por parte de la persona jurídica, parte en primer lugar del reconocimiento a todo individuo “del derecho de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación”, como lo reconoce el art. 2° inc. 17° de la CP, por lo que la persona jurídica

(...) salvo situaciones excepcionales, se constituye como una organización de personas naturales que persiguen uno o varios fines, pero que, para efectos de la personería que las justifica en el mundo de las relaciones jurídicas, adopta una individualidad propia; esto es, la forma de un ente que opera como centro de imputación de obligaciones, pero también, y con igual relevancia, de derechos. (TC, 2006, p. 4-5)

Por lo tanto, dice el TC, al permitirse a la persona humana hacer efectivo en diversas formas de asociación -como lo es la persona jurídica- el derecho de los individuos a participar en los diversos ámbitos de la vida de la nación, es porque la persona moral retiene para sí también el ejercicio de aquella multiplicidad de derechos fundamentales individuales, es decir, que al conformar las personas naturales organizaciones “con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, (...) actúan en representación y sustitución de las personas naturales, [por lo que] muchos derechos de éstos últimos se extienden sobre las personas jurídicas”, por lo que no resultaría coherente reconocer este derecho de asociación y negar las garantías para su ejercicio y protección (TC, 2001). En segundo lugar, dicha titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, encuentra su fundamento en el propio Estado democrático de derecho, que supone “dotar de garantías a las instituciones por él reconocidas”; y la propia dignidad de las personas individuales, así como, el “interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición”, los cuales



no podrían desconocerse al formar parte aquellos de una persona jurídica, derechos entre los que está el “no enumerado al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas” (TC, 2006, p.5).

En línea con lo anterior se ha señalado que, es justamente la actuación o actividad sindical -como bien jurídico merecedor de protección-, dirigida a la defensa y tutela de los interés económicos y sociales de los trabajadores, con el fin de equilibrar la desigualdad natural y canalizar el conflicto económico que caracteriza a las relaciones laborales, la que da origen al sindicato, el cual nace producto de dicha actuación “para actuar en representación de tales intereses” (Villavicencio, 2010a, p. 88). La propia ley ha reconocido cuáles son los fines y funciones, de las organizaciones sindicales, primero en el art. 2° del TUO de la LRCT, señalando que “El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros”, y luego en el art. 8°, determinando, aunque en forma restringida, los fines y funciones de los sindicatos, cuyo desarrollo ha sido clasificado dentro de la autonomía de gestión externa, como expresión de la libertad sindical colectiva, es decir las múltiples expresiones y actualizaciones que puede adoptar la acción sindical (Villavicencio, 2010a, p. 135). Por lo tanto, siguiendo el planteamiento del TC, antes señalado, podemos manifestar que si un grupo de individuos, actúan y se organizan en sindicatos, para la defensa de sus intereses, estas organizaciones en tanto personas jurídicas, serán merecedoras de tutela y reconocimiento de derechos fundamentales, con el fin de tutelar el propio de derecho asociativo y los derechos fundamentales de los individuos que la integran, y que se proyectan sobre la organización sindical, para el logro de dichos objetivos. Por lo tanto, la persona jurídica gremial, en este caso el Sindicato, para el cumplimiento de todos los fines y funciones que le son propios (de representación, defensa, promoción y mejoramiento de sus miembros, entre muchos otros, etc.), debe gozar del reconocimiento de los derechos fundamentales que sus miembros proyectan sobre la organización y de todas las garantías necesarias, normativas y de actuación por parte de los órganos del

Estado, para la tutela de los mismos.

Con estos fundamentos el TC precisa que siendo reconocidos derechos fundamentales a las personas jurídicas, estos no pueden consistir en los mismos que ostentan las personas naturales, sino que corresponderá su determinación al juez constitucional, atendiendo a su compatibilidad “con la naturaleza o características de cada organización de individuos” y “su incidencia a nivel de la persona jurídica y las circunstancias especiales propias de cada caso concreto” (TC, 2006, p. 6-7), sin perjuicio de lo cual, el TC, hace una enumeración ejemplificativa y no taxativa de derechos fundamentales que podrían ser atribuibles a la titularidad de las personas jurídicas (TC, 2006, p. 6-7), por lo que, atendiendo a la importancia que el Comité de Libertad Sindical (CLS), atribuye al pleno ejercicio de las libertades civiles como condición para el ejercicio de las libertades sindicales, al señalar que “los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles”, por lo que “Para la contribución de los sindicatos y de las organizaciones de empleadores tenga el grado de utilidad y credibilidad deseadas, es necesario que su actividad se desarrolle en un clima de libertad y de seguridad” (OIT, 2018, p. 17-18); podríamos, sin ánimo exhaustivo, destacar por su relación con el ejercicio de la libertad sindical, los siguientes derechos fundamentales que pueden ser atribuidos a las organizaciones sindicales:

1. *Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento*, reconocido en el art. 2 inc. 4 de la CP, sobre las que el CLS, ha señalado que “El derecho de manifestación y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado, como un corolario integrante de la libertad sindical. Los trabajadores y los empleadores como sus organizaciones deberían disfrutar de libertad de opinión y de expresión en sus reuniones, publicaciones y otras actividades sindicales” (OIT, 2018, p. 45). Asu vez el TC, al analizar una norma

que sin razón objetiva restringía la posibilidad de colocar un periódico mural al sindicato, la calificó como “una inaceptable restricción al derecho de expresión e información del Sindicato, sus dirigentes y miembros, elemental para un ejercicio efectivo de la libertad sindical y el cumplimiento de los fines propios de todo gremio” (TC, 2004). Por su parte el Tribunal Constitucional Español [TCE], en la Sentencia 281/2005 del 07/11/2005, al resolver un proceso de amparo donde se discutió el uso del correo electrónico con motivos sindicales, definió el “derecho a la transmisión de información sindical”, como parte del contenido esencial de este derecho

(...) puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el Sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. En definitiva, constituye un “elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical” (STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 3), una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental. (TCE, 2005, p. 43);

2. *La inviolabilidad de domicilio*, reconocido en el art. 2, inciso 9, de la CP, sobre el cual el CLS manifestó que “Todo allanamiento de sedes sindicales, así como de hogares de sindicalistas sin mandato judicial constituye una gravísima violación de la libertad sindical” (OIT, 2018, p. 53);

3. *El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados*, reconocido en el art. 2 inc. 10 de la CP, sobre el cual el CLS manifestó que “La violación de la correspondencia además de constituir un acto delictivo, es incompatible con el libre ejercicio de los derechos sindicales y las libertades públicas y que (...) se debería consagrar atención particular al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de las conversaciones telefónicas” (OIT, 2018, p. 51);

4. *El derecho de reunión y manifestación pública*, reconocido en el art. 2 inc. 12 de la CP, respecto del cual el CLS ha señalado que “El derecho de huelga y el derecho a organizar reuniones sindicales son elementos esenciales del derecho

sindical, por lo que las medidas adoptadas por las autoridades para hacer respetar la legalidad no deberían tener por efecto impedir a los sindicatos organizar reuniones con ocasión de los conflictos de trabajo” (OIT, 2018, p. 40). Por su parte el TC ha manifestado, al momento de configurar el contenido esencial del derecho constitucional de reunión, que su elemento subjetivo se caracteriza por que “lo ejercita una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes”, destacando a la intención o voluntad común de un grupo de personas de confluir con un objetivo específico, lo que lo diferencia de la mera aglomeración de personas, siendo un buen ejemplo de aquel “el encuentro de los miembros sindicalizados para protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores” (TC, 2005, p. 9);

5. *El derecho de propiedad*, reconocido en el art. 2, inciso 16, de la CP, respecto a los que el CLS “(...) subrayó la importancia del principio de que los bienes sindicales deberían gozar de protección adecuada” (OIT, 2018, p. 53), recordemos que el art. 27° del TUO de la LRCT, reconoce a los sindicatos como titulares de un patrimonio, el cual se vería afectado, por ejemplo, si el empleador no retiene las cuotas sindicales de los afiliados, o habiéndolas retenido no las deposita oportunamente en la “cuenta del sistema financiero, de titularidad de la organización sindical”, conforme al art. 16-A del Reglamento del TUO del de la LRCT; y

6. *El derecho al honor y la buena reputación*, reconocido en el art. 2, inciso 7, de la CP, al respecto el TC, específicamente sobre el derecho a la buena reputación, señaló que si bien está vinculado a la dignidad de la persona humana, al ser un atributo de la personalidad, y por tanto, tener carácter personalísimo, no podría desconocerse su titularidad sobre las personas jurídicas de derecho privado, de lo contrario quedaría sin tutela, “ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos” (TC, 2002b). Posteriormente, el TC, en un caso donde se analizó la vulneración de derecho al honor de una comunidad nativa, en tanto persona jurídica, en el ejercicio de las libertades de información y expresión de medio de comunicación, consideró al honor como un derecho único que contiene a la buena reputación, definiéndolo como

(...) la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...). Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas, al significar un ataque injustificado a su contenido. (TC, 2010, p. 13)

Siendo, en consecuencia, el derecho al honor aplicable también a las personas jurídicas, si su capacidad de actuar en la sociedad se ve limitada, justamente por ataques arbitrarios a aquella por parte de terceros en el ejercicio de las libertades comunicativas; en el caso concreto aplicando el *test* de ponderación, el TC, consideró que se había vulnerado el derecho al honor de la comunidad nativa, en tanto se afectaba la dignidad de sus integrantes por parte del medio de comunicación, habiéndose afectado la “capacidad de presentación” de aquella en su medio social, “perjudicándose así su condición de semejanza con otros grupos sociales y comunitarios” (TC, 2010, p. 14-16). Por lo tanto, no es posible sostener que no pueda ser objeto de tutela, el honor y la buena reputación de las personas jurídicas, como lo son también los sindicatos, pues la forma como sus integrantes y la sociedad en general, perciben lo que significa o proyecta dicha organización sin duda afecta, la forma como aquella se relaciona con el entorno social y por lo tanto perturba, efectivamente, el cumplimiento de sus fines y objetivos, siendo merecedores de tutela, dichos atributos, frente a los ataques o “descredito” que pueda sufrir su honor, que engloba su imagen pública y buena reputación. Queda claro que si por la actuación de la contraparte laboral, mediante la imputación pública de calificativos peyorativos o denigrantes o mediante una campaña de desprestigio hacía la organización sindical o sus órganos de representación, se ve limitada la capacidad de la persona jurídica, en este caso el sindicato, de interactuar en su ámbito social, en este caso la empresa y el universo de trabajadores, y, por lo tanto, se ve impedida de cumplir sus fines, entonces el derecho al honor de la persona jurídica gremial, se ve afectado y debe ser tutelado.



Inclusive, en supuestos en los que la campaña de desprestigio no se implemente en forma directa mediante la calificación pública y peyorativa del sindicato o la acción colectiva realizada por aquel, sino en forma indirecta, en los que en forma sistemática se lesione la libertad sindical, por ejemplo, mediante el no otorgamiento de las facilidades sindicales a los dirigentes durante la negociación colectiva o fuera de ella, la negativa irrazonable del uso del correo electrónico o la colocación de un periódico mural como medio de expresión sindical, o el propio incumplimiento de cláusulas normativas del convenio colectivo, como el no otorgamiento de un aumento general convenido, generaría una percepción negativa o desconfianza, de parte de los afiliados y no afiliados, hacia la organización sindical como entidad idónea y eficaz para la defensa y representación de sus intereses, generando un daño al honor y reputación del sindicato, que deberá entonces ser reparado.

Siendo la persona jurídica sindical, titular de derechos fundamentales, además de los propios atributos, que corresponden al ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical colectiva “o autonomía sindical, [que] consiste en el derecho de los sindicatos de autoorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores” (Villavicencio, 2010, p. 127), actividad sindical que a su vez habrá de generar nuevas y múltiples manifestaciones, como proyección de los derechos fundamentales y la dignidad de los individuos que la conforman; consideramos que la lesión de los mismos, que produzcan daños resarcibles, deben ser objeto de la tutela resarcitoria, con el fin que aquella logre los fines asociativos para los que fue creada.

En conclusión hasta aquí identificamos dos formas en las cuales el sindicato es susceptible de ser afectado bajo la entidad de daño no patrimonial: i) mediante la afectación de su honor, que según el TC engloba la buena reputación, en tanto persona jurídica en la cual se proyecta la dignidad y los derechos fundamentales de su miembros, lo que afecta su percepción en su ámbito social de desenvolvimiento -la empresa- y perjudica el cumplimiento de los fines para lo que

fue creada, lo cual puede ocurrir en forma directa mediante la atribución pública de calificativos peyorativos o degradantes o indirecta mediante una campaña de descredito a través de diversos tipos de incumplimientos o lesiones, que pueden ir desde la inobservancia de lo pactado en el convenio colectivo, el no otorgamiento de facilidades sindicales de diverso tipo, actos perjudiciales contra dirigentes y afiliados, entre otros; y ii) la lesión, el impedimento o la obstrucción, para el ejercicio de los diversos derechos fundamentales que corresponden a los sindicatos, en tanto personas jurídicas, que como acabamos de detallar, sin ser una lista cerrada, van desde las libertades de información, expresión e información, reunión, inviolabilidad del domicilio entre otros, como expresiones siempre actualizables e inacabadas de la propia acción sindical o libertad sindical colectiva.

La doctrina comparada ha afirmado la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas, no desde una visión subjetiva de aquel, sino desde una perspectiva objetiva, en la medida que aquellas son creadas para cumplir objetivos, que de otro modo, los individuos no podrían conseguir, convirtiéndose así en instrumentos de aquellos, en función de la consecución de dichos fines, esta expresión de las libertades asociativas, se vería limitada, si es que no se brinda a las personas jurídicas, los atributos necesarios para el cumplimiento de los fines para el que fueron creadas, por lo que, se deberá reconocérseles determinados derechos fundamentales, compatibles e instrumentales, con aquellas finalidades, por ejemplo: “(un sindicato deberá ser titular de la libertad sindical)”; en el caso del honor, el desmerecimiento de las capacidades o características, de la persona jurídica, frente a la colectividad, haría imposible el despliegue libre de sus actividades dirigidas al cumplimiento de su objeto, siendo entonces, también pasible de vulnerarse el honor de aquella. (Vidal, 2007, pp. 7-8)

Esta concepción del honor parte de la construcción jurisprudencial elaborada por el Tribunal Constitucional Español, a partir de la STC 214/1991, que dejando la concepción personalista del honor señaló que también habrá lesión a dicho derecho “(...) en aquellos casos de agresiones a un colectivo de personas,

siempre que las mismas trasciendan a sus miembros y éstos sean identificables individualmente dentro de la referida colectividad.” (Vidal, 2007, pp. 12-13). Posteriormente en la STC 139/1995, dicho Tribunal, elaboró una teoría sobre la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, al identificar que el marco constitucional, no prohíbe tal reconocimiento, estableciendo: i) que aquellas serán titulares de los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce explícita e implícitamente; ii) serán titulares de aquellos derechos fundamentales, instrumentales para el logro de los fines asociativos para el que fueron creadas; y, iii) serán titulares de aquellos derechos fundamentales complementarios para el logro de dichos fines, (Vidal, 2007, pp. 14-15). Es en esta última categoría que estaría subsumido el derecho al honor de las personas jurídicas, según dicha concepción jurisprudencial, así Vidal citando los fundamentos de dicha sentencia nos dice

En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas” (derecho a la igualdad y derecho al honor). (2007, p. 15).

Por otro lado como parte de la construcción jurisprudencial del derecho a la honor por parte de las personas jurídicas, el Tribunal Supremo Español, en la Sentencia 408/2016 de 15 de junio, reconociendo la complejidad y diversificación, del concepto de persona jurídica en el actual sistema jurídico, la que trasciende a las sociedades mercantiles, reconoce el derecho al honor a las personas jurídicas, entendidas como “(...) personas privadas en ese sentido amplio, y ahí integra a las asociaciones, los partidos políticos, los sindicatos y las fundaciones.” (González, 2016, p. 65).

El derecho al honor tiene, en nuestro sistema jurídico, expreso reconocimiento en el art. 2.7 de la CP, siendo una perspectiva que nos parece interesante en la construcción de un concepto de honor de la organización sindical, como persona

jurídica, la que nos plantea Caro J., quien parte de criticar la perspectiva ontológica o bipartita del honor, que define dicho atributo como “consustancial al ser humano”, y por lo tanto, lo concibe desde una dimensión subjetiva y otra objetiva, en el primer caso, el honor es aquella valoración que cada individuo tiene de si mismo, siendo por lo tanto, completamente arbitraria y atentatoria del derecho a la igualdad, mientras que la segunda, parte de una valoración social, por lo que en el fondo la subjetividad individual, simplemente se trasladaría a la psicología social (Caro, 2013, pp. 386-387); dicha visión es reemplazada por una concepción normativa del honor, que si bien contiene una valoración social, vigente en determinada época, considera para fijar su contenido, a la dignidad del ser humano, como valor constitucional, por lo que, para la determinación de su posible afectación, deberá considerarse el conjunto de normas constitucionales, ligadas aquella, como: el libre desarrollo de la personalidad, o el principio de no discriminación, siendo entonces que se afectaría el honor de un individuo, por ejemplo, si es que se le discrimina por un motivo prohibido: religión, género, etc. (Caro, 2013, pp. 388-389). Sin embargo, señala Caro, la concepción del honor, que considera a la dignidad del ser humano, tiene una fuerte concepción *ius naturalista*, lo que conlleva a identificar las categorías de persona e individuo, sin embargo, según la teoría que plantea Günther Jakobs, habrá de diferenciarlas, siendo el individuo la “(...) entidad física (ser humano) que existe solo en un plano fenomenológico, (...)”, mientras que la persona es “(...) un constructo producto del Derecho existente en un plano inmaterial (...)”, así pues “El individuo es el sistema psicofísico, [mientras que] la persona el haz de derechos y deberes”; en tal sentido solo la persona es objeto de imputación jurídica, no el individuo, y por lo tanto, sólo aquella es “portadora de un rol” (Caro, 2013, p. 393). Según dicha teoría cada persona, tiene un rol que le asigna un determinado estatus en la sociedad, que no se refiere al individuo ni a su subjetividad, sino que son las normas las que determinan los deberes y derechos de cada persona, en el contexto en el cual desarrolla sus actividades, lo que determina, a su vez, las expectativas que la sociedad espera, cumpla cada persona, según “el sistema de posiciones” creado por el ordenamiento jurídico, (Caro, 2013, pp. 394-395). Esta concepción de la persona como construcción social, nos permite abordar la naturaleza de la

persona jurídica desde otra perspectiva, permitiendo calificar una determinada conducta como pasible de dañar el honor de aquella, partiendo de un concepto funcional del honor, la cual ya no requiere de la dignidad, como sustento, sino que pasa a ser un derecho fundamental de todas las personas físicas o jurídicas, que cumplen un rol e interactúan en la sociedad, es decir que el honor deja de ser un concepto relacionado exclusivamente con la personalidad, para pasar a ser una categoría social, de carácter funcional, que hace posible o garantiza, el estatus de aquella, permitiéndole cumplir los roles asignados por el sistema normativo (Caro, 2013, pp. 401-402), en tal sentido

Si la descalificación social es contra la persona jurídica, afecta igualmente la valoración positiva que ella ostenta en la posición que ocupa en la interacción. Ser portador de una valoración positiva es esencial para la asignación de un determinado rol y para ser tomado en cuenta como persona en un determinado rol con capacidad de comunicar expectativas normativas válidas en la sociedad. (Caro, 2013, p. 402)

Por lo tanto, consideramos, en el caso de las conductas del empleador que pretendan descalificar o dañar aquella percepción positiva que los afiliados o la generalidad de trabajadores deberían tener o tengan de la organización sindical, como persona jurídica, portadora en este caso, de derechos y obligaciones, roles y funciones, asignados por nuestro sistema jurídico, de las que hemos hablado, en el Capítulo primero, y, que por lo tanto, le impidan cumplir con las expectativas que la sociedad espera de aquella, podrían ser calificadas como atentatorias del derecho al honor, no entendido como una categoría ligada a un atributo de la personalidad, sino desde una perspectiva funcional, como atributo que le permite cumplir sus fines.

#### **2.4.2 El daño patrimonial**

Cuestiones no menos discutidas desde el punto de vista conceptual, nos plantea el daño patrimonial que pueden sufrir las personas jurídicas, entre ellas el ente sindical, o los propios trabajadores en el ejercicio de la libertad sindical colectiva,



el cual se ha señalado comprende las figuras de daño emergente “entendido como el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño”, es decir que se extrae del patrimonio del sujeto una utilidad que ya existía al momento del evento dañoso, y lucro cesante, entendido como “la pérdida de una utilidad que el damnificado razonablemente conseguiría de no haberse producido el evento dañoso”, ósea una utilidad que no es actual, pero que razonablemente se conseguiría, bajo un juicio de probabilidad, de no producirse dicho evento (Fernández G., 2019, p. 97). Resulta particularmente relevante referirnos al daño que se conoce como la pérdida de la chance u oportunidad del incremento del patrimonio que se pierde como consecuencia de un acto dañoso, la cual pese a no tener un reconocimiento normativo expreso en el CC, atendiendo a la función reparadora de la responsabilidad civil, debe ser resarcido en la entidad de daño emergente, como única posibilidad de reponer “la posibilidad o probabilidad que el demandante tenía de incrementar sus bienes” (León, 2016, p. 60).

A diferencia del lucro cesante que habrá de reparar los beneficios que en forma ordinaria o muy probablemente se habrían obtenido de no haber ocurrido el evento dañoso, la pérdida de la chance busca resarcir la oportunidad de obtener en el futuro beneficios económicos o patrimoniales, que, al momento del hecho dañino, ya existían o formaban parte del patrimonio del perjudicado, de forma tal que no se repara en sí mismo, el beneficio o utilidad que se habría de obtenerse, sino “la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable” de obtenerlos (Osterling y Rebaza, 2002, pp. 11-12), siendo que para que una chance sea resarcible, habrá que determinar en cada caso si “tiene un valor en sí misma” y si aquella es real, verificándose en forma concreta en el patrimonio del agraviado (Osterling y Rebaza, 2002, p. 8). Resulta interesante el caso de una entidad pública con fines humanitarios que demanda un resarcimiento a su empleado, ya que, debido al incumplimiento de sus obligaciones, se impidió a dicha institución, el cumplimiento de sus fines institucionales, en el caso, la “frustración habría consistido en la imposibilidad de satisfacer la demanda de víveres en que – abusando de sus funciones- el empleado demandado colocó a la referida

institución”, pese a que, el resarcimiento se demandó como lucro cesante, razón por la que la pretensión fue rechazada judicialmente, este ejemplo ha sido calificado como uno en que una entidad válidamente solicita una reparación “por la frustración de la oportunidad de cumplir con su objeto social” (Osterling y Rebaza, 2002, pp. 12-13). En el caso de las lesiones a la libertad sindical, podemos identificar situaciones en las cuales se habrá de verificar una pérdida de la chance u oportunidad, de la organización sindical de cumplir sus fines, así como de parte de los afiliados de ver incrementado su patrimonio, producto de la acción sindical, vía el producto de la negociación colectiva, tanto en situaciones en las cuales el ejercicio del derecho se torna irreparable como cuando se logró una restitución total o parcialmente.

En efecto, como vimos en su momento, la calidad de derecho fundamental de la libertad sindical, así como de otros derechos en los que se proyecta la acción sindical, necesarios para el cumplimiento de sus fines, dispensan a estos derechos, sin distinción, la tutela que corresponde a los procesos constitucionales recogidos en el art. 200° de la CP, atendiendo a la cláusula abierta recogida en su art. 3°, según la cual siguiendo la tesis de los “derechos implícitos o innominados”, el TC ha reconocido otros como “el derecho a la verdad” o “los derechos a la información y a la protección de la salud y seguridad de los consumidores o usuarios” (Abad, 2004, pp.103-104). Sin embargo, dependiendo de la naturaleza del acto lesivo, la vulneración del derecho fundamental, podría en principio no ser susceptible de la reparación restitutiva que predica el art. 1° de la Ley N°31307, Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC), es el caso de los actos pasados no susceptibles de reparación o de los actos irreparables, pues la vía constitucional “no consiste en reparar daños consumados, sino en hacer retornar las cosas al estado en que estaban cuando se produjo la violación”, sin perjuicio que pueda haber un pronunciamiento sobre el fondo declarando la demanda fundada y disponiendo que los actos declarados lesivos no se vuelvan a repetir (Abad, 2004, p. 115-116), dicha sentencia estimatoria “respecto un acto lesivo que ha cesado o devenido en irreparable contiene un mandato para que el mismo acto no se repita en el futuro, siendo el objetivo de la sentencia prevenir la realización

de un acto lesivo homogéneo” (TC, 2009 b, p.8). Salvo esta atingencia, en los casos de actos que devienen en lesiones irreparables, la única vía posible sería la que habría de proporcionar la tutela resarcitoria. Por otro lado el TC, salvo alguna excepción, ha señalado que no es posible otorgar resarcimientos en la vía constitucional, si bien el art. 11° de la Ley N°23506, estableció que, en los procesos constitucionales, en caso se identificase al agresor, “se le condenará a una indemnización por el daño causado”, siempre se entendió que esta sería impuesta en el eventual proceso penal que habría de iniciarse (Abad, 2004, pp. 200-201), aunque ni la Ley N°28237, ni el NCPC, recogieron una norma similar, nada obsta para que los daños producidos por la lesión a los derechos fundamentales, entre los que está sin duda la libertad sindical, sean analizados bajo el tamiz de las normas de la responsabilidad civil, establecidas en el CC.

Pensemos en supuestos en los cuales ante sindicatos en formación se despide a toda la junta directiva o parte de ella, se coacciona a la mayoría de afiliados para que renuncien al sindicato o se despide a una parte, desarticulándose la acción sindical, aun cuando luego la jurisdicción disponga restituir a los dirigentes y afiliados, lográndose recomponer a la organización, se habrá perdido la oportunidad de negociar y celebrar un convenio colectivo por determinado periodo de tiempo, donde se pudo acordar beneficios y mejoras económicas para los afiliados. Si el sindicato no logra recomponerse, entonces la pérdida para la colectividad de afiliados de la oportunidad de haber obtenido dichos beneficios económicos mediante un convenio colectivo, así como tener un organismo de representación y defensa de sus intereses, también se habría perdido completamente. Pero el sindicato pudo verse afectado también en forma directa, pues en el convenio colectivo pudo pactarse mejorar las facilidades sindicales, llámese permisos y licencias, o incluso otros beneficios económicos para el cumplimiento de sus fines gremiales, como local sindical, administración del comedor, bonos económicos para actividades gremiales, entre otros. Consideramos que todos estos supuestos corresponden a la pérdida de la chance u oportunidad, tanto de los afiliados de incrementar su patrimonio, como del sindicato de obtener beneficios o ventajas, muchos de ellos con contenido

patrimonial, para aplicarlos al logro de sus fines y objetivos, por lo que correspondería ser reclamos en la entidad de daño emergente. Pero, además, en el ejemplo, el sindicato habrá perdido la cotización sindical mientras estuvo inactivo, el cual se define como parte integrante de su patrimonio, en el art. 27° del TUO de la LRCT, en este caso, consideramos, que estaremos sí ante, un supuesto de lucro cesante, pues los ingresos dejados de percibir por la cotización de los afiliados, no constituyen una oportunidad perdida de obtener una utilidad, sino, por el contrario, la pérdida de un ingreso que razonablemente se habría obtenido de no haberse producido las conductas antisindicales.

Se ha señalado, por ejemplo, en el caso de los trabajadores con contrato civil desnaturalizado, que la imposibilidad absoluta de ejercer la libertad sindical, por no poder afiliarse e incluso participando sindicalmente en acciones colectivas, no poder beneficiarse económicamente del producto de las mismas mediante la aplicación del convenio colectivo (Montero, 2019, p.14), genera una pérdida de oportunidad de obtener una ventaja patrimonial que -aun cuando luego se logre el reconocimiento judicial de su vínculo laboral indeterminado y su reincorporación- tendría que ser reparada mediante la figura del lucro cesante, demostrando “la intención de afiliarse o colaborar con el sindicato” o “la realización de actividades sindicales” (Montero, 2019, p.19-20), aun cuando, como acabamos de ver estos daños corresponderían a supuestos de daño emergente. La misma pérdida de oportunidad se generaría, como acabamos de ver, en el caso se desarticule un sindicato definitiva o temporalmente, en este último caso podrían reclamar el resarcimiento correspondiente, tanto la colectividad de afiliados afectados, cómo la organización sindical.

#### **2.4.3 Daño indirecto: incremento patrimonial indebido del empresario a costa del desmedro patrimonial de los afiliados o el colectivo de sindicalizados. El enriquecimiento sin causa.**

Sepúlveda ha insistido en la necesidad de reparar todas las consecuencias de la conducta antisindical, en el entendido que el daño o la lesión a los derechos de libertad sindical producidos por la conducta del empleador, son resultados en

realidad no querido por aquel, quien al contrario de lo que podría pensarse tratará de evitar en la medida de lo posible los mismos, pues no le aportaran en realidad mayores beneficios, siendo en realidad su intencionalidad de tipo más que todo económica (2004, p. 101). En efecto señala la autora que más allá de la amplitud de funciones y mecanismos de acción que el marco jurídico otorga a los sindicatos -refiriéndose al ordenamiento español pero cuya extensión de objetivos podemos también encontrar en nuestro marco jurídico-; la función principal de dichos organismos, aunque evidentemente no la única, será “(...) la determinación de condiciones de trabajo a través principalmente de la negociación colectiva (...)” (2004, p. 104), entonces, según la autora, la función del sindicato será primordialmente económica siendo

(...) la razón fundamental de la existencia del sindicato, que esas ganancias surjan directamente en el patrimonio de los asociados o afiliados derivadas de sus respectivas relaciones laborales con el empresario a quien presten su trabajo, de manera que los sindicatos y la acción sindical nacen con la intención de mejorar la postura contractual de los trabajadores frente a los empresarios, es decir, para obtener mejores prestaciones económicas o materiales por el trabajo realizado (...) en definitiva, para conseguir una serie de beneficios patrimoniales en favor de los afiliados o trabajadores representados. (2004, p. 104)

Además, señala Sepúlveda, la tutela que se le ha dispensado a la libertad sindical, como un derecho fundamental, integrante de los derechos de “(...) la personalidad humana en su faceta más elevada (...)”, ha hecho perder de vista al sindicato como un legítimo instrumento para la obtención de mejoras económicas, por ello los pronunciamientos judiciales, ante las vulneraciones de la libertad sindical, resaltan dicho aspecto, pero obvian la reparación de los aspectos patrimoniales de la conducta antisindical, lo cual termina beneficiando al infractor, quien no deberá afrontar “(...) una eventual condena que le obligue a devolver los beneficios obtenidos con su actuación ilícita (...)” (2004, p. 106). Este hecho, según la autora se traduce en una tutela jurisdiccional deficitaria de estos aspectos económicos, donde si bien se coloca a la libertad sindical, en el más elevado nivel de



protección normativo, se soslaya y se deja sin reparación las consecuencias económicas derivadas de la conducta antisindical, como son la atribución monetaria para el empleador, que es su principal objetivo, más allá de un interés de lesionar aquel derecho, aspecto que termina sin una tutela adecuada (2004, pp. 107-108). En estos casos estamos hablando de el patrimonio que el empleador pretender ahorrarse, mediante las prácticas antisindicales, por ejemplo, entorpeciendo, dilatando, obstruyendo o dificultando la acción sindical, con el objetivo de impedir, retrasar la celebración de un convenio colectivo, u obtener su celebración con menores beneficios, o incluso implementando una política de incumplimiento de las cláusulas del convenio colectivo con contenido económico: cláusula de garantía de las remuneraciones frente a la inflación, otorgamiento del servicio de movilidad, pago de la alimentación con carácter remunerativo, otorgamiento de licencias y permisos sindicales pactados, que lo obligan a contratar personal de reemplazo, etc., etc.; así como ahorrarse los costos en cuanto la implementación adecuada de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, la contratación de seguros obligatorios, el pago de obligaciones correspondientes a la seguridad social, etc., etc., cuyo cumplimiento sería fiscalizado adecuada y prontamente por la presencia sindical, o ahorrarse el pago de utilidades u otros beneficios económicos, cuya pago oportuno sería requerido por la representación gremial.

Según la autora, esta atribución patrimonial indebida por parte del empleador, tampoco sería adecuadamente tutelada por la técnica de daños y perjuicios, pues su aplicación por sí sola resultaría insuficiente por varias razones: i) porque se centra en la determinación de la cuantía del daño sufrido y no presta atención a una función desincentivadora de las conductas antisindicales, es decir se centra en evitar enriquecimientos injustos de quien sufre el daño antes que en la necesidad de prevenir dichas conductas en el futuro, es decir resulta ineficaz para evitar los enriquecimientos de quien verdaderamente se beneficia con dichas conductas; ii) Además, resulta inoperante cuando no se produce un daño directo en el sujeto lesionado, pero aún así, se produce un enriquecimiento indebido del agente agresor; iii) al aplicarse a los casos de conductas antisindicales no

considera el hecho que la organización sindical, no gestiona intereses patrimoniales propios sino de sus representados, dada su condición de entidad sin fines de lucro, de esta forma, se presta atención a los intereses del sujeto lesionado y no se considera “(...) del colectivo protegido por el sindicato (...)”; iv) el hecho que el daño moral se valora en cuantías mínimas y que los daños sufridos por la colectividad no se consideran para la determinación que *quantum* del daño. Razón por la cual la autora postula la técnica del enriquecimiento sin causa para tutelar adecuadamente todas aquellas consecuencias patrimoniales, producto de la conducta antisindical del empleador que no puedan ser reparadas por la tutela resarcitoria, sin embargo, dicha posibilidad no sería aplicable en nuestro medio dado el carácter subsidiario de esta figura recogida en el artículo 1955° de nuestro Código Civil.

## **2.5 La determinación del quantum indemnizatorio frente la lesión de la libertad sindical colectiva y los daños punitivos.**

Una vez efectuado el juicio de antisindicalidad determinando la lesión de la libertad sindical, y, como producto de dicha lesión, luego del juicio de responsabilidad civil, habiendo establecido la existencia de un daño resarcible, en la entidad de daño moral, daño emergente -que incluye la pérdida de la chance- o lucro cesante, deberá corresponder la valoración del *quantum* indemnizatorio, cuya determinación será esencial para que la parte afectada logre el resarcimiento a que tiene derecho y la tutela resarcitoria cumpla sus fines, atendiendo al principio que quien causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo y la cuantía de aquella deba ser adecuada, (Osterling y Rebaza, 2006, p. 1). Este ejercicio que ha de desarrollar el juez, atendiendo a la forma particular en la cual se haya presentado el daño, traerá sus propios problemas probatorios. Respecto al lucro cesante, como se ha mencionado al constituir la pérdida de una utilidad que posiblemente se iba a obtener, entonces la prueba de la misma estará dirigida a un “juicio de probabilidad” o “certeza lógica”, es decir, no ha determinar “la falta de ganancia en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin que tal lucro se produzca” (Fernández, 2019, p. 65), por ejemplo, en el caso de un sindicato, que producto de la conducta antisindical, pierde la posibilidad de percibir las

cotizaciones mensuales de los afiliados, constituidos por un porcentaje de sus remuneraciones, la prueba deberá estar dirigida a determinar, las circunstancias adecuadas para que el sindicato hubiese percibido dicha utilidad (cotizaciones) de no haber mediado la lesión al derecho, como podría ser: la comunicación de la autorización del descuento, su cuantía y la cuenta en el sistema financiero a donde se habrían de transferir, la continuidad de las actividades de la empresa y la permanencia de los trabajadores en ella, mientras dure la inactividad sindical, entre otros aspectos.

En el caso de dirigentes y afiliados que luego de ser despedidos, producto de su participación de una huelga o acción colectiva de protesta pacífica, son repuestos por la vía de un proceso de amparo, al reclamar el lucro cesante dejado de percibir mientras estuvieron fuera del trabajo, además de probar la utilidad que pudieron haber obtenido en dicho periodo, con sus boletas de pago, podrían demostrar la mayor ganancia dejada de percibir, producto de aumentos a la remuneración mínima vital, si percibían ésta al momento del despido, de la aplicación de convenios colectivos que se pudiera haberse celebrado o de aumentos unilaterales a trabajadores con puestos de igual valor. Si bien es posible aceptar, en estos casos que, en la determinación del *quantum* de la utilidad probable, se debe considerar aquellos conceptos de cargo del trabajador para la generación de dicha ventaja (León, 2016, pp. 60-61), no podrían estar entre dichos conceptos descuentos relacionados con las cotizaciones a la seguridad social que van a formar parte de los fondos previsionales, cuya intangibilidad ha sido considerada por el TC como una garantía institucional del derecho constitucional a la pensión (2013, p. 38); además, al señalar la CS, en el V Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, que la mayor cotización al sistema previsional que pudo hacer el trabajador mientras estuvo despedido, debe formar parte del resarcimiento, deja entrever que este concepto no puede considerarse para aminorar la determinación de la utilidad que habría recibido el perjudicado (CS, 2016b, p. 6). Evidentemente no podrían considerarse para la determinación de la utilidad probable que habrían recibido los despedidos, los costos relacionados con el desarrollo de la actividad productiva o las diferentes condiciones de trabajo,

entendidas éstas en estricto, como las prestaciones necesarias para la ejecución de la prestación de servicios, las cuales, dado el rasgo de ajenidad que caracteriza al contrato de trabajo, son exclusivamente de cargo del empleador (Toyama, 2013, p. 4-5). Sería absurdo también considerar para establecer la ventaja probable de los perjudicados, los costos propios de su subsistencia, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, la salud, entre otros, pues tal como han señalado el TC (2014, p. 11) y la CS (2016, p. 9), lo que percibe el trabajador por la prestación de sus servicios tiene carácter alimentario, es decir, que la utilidad no percibida habría tenido por objeto cubrir justamente dichas necesidades. Finalmente, tampoco puede considerarse para la determinación del *quantum* por lucro cesante, otras actividades productivas desarrolladas por los perjudicados con la conducta antisindical mientras estuvieron despedidos, tal como lo reconoce la CS, en la sentencia Casación N°10956-2017-TACNA, del 05/01/2020, al considerar que dicho criterio vulneraría el derecho del perjudicado a conseguir ingresos para su subsistencia luego del despido en ejercicio del derecho constitucional al trabajo, llegando al “absurdo que la víctima se pague así mismo el lucro cesante, y llegar al extremo de exonerar al victimario del daño, a no pagar la indemnización, trastocando las funciones de la responsabilidad civil” (CS, 2020, p. 10) y en la sentencia Casación N°3289-2015-CALLAO, del 19/01/2017, al sostener en su fj. 14, que no hay una conexión fáctica entre otros ingresos que se hayan podido producir mientras duró el despido y las utilidades dejadas de percibir -el lucro cesante pretendido- producto del hecho generador del daño, en nuestro caso la conducta antisindical (CS, 2017a, p. 10-11); sin perjuicio de lo cual, se debe señalar que quienes, en sede nacional, sostienen lo contrario estarían pretendiendo una *compensatio lucri cum danno* o compensación del lucro por el daño, es decir, que en realidad afirman que con ocasión del daño producido, el perjudicado tuvo oportunidad de obtener otro tipo de utilidades, reflejadas en aquellas labores que el trabajador desarrolló mientras estuvo despedido, por lo que entonces, dicen, debería compensarse dichos beneficios con el lucro cesante reclamado, sin embargo, para que esto sea posible es necesario que, i) “el perjuicio y el incremento patrimonial deben derivar del mismo hecho fáctico”; ii) “el hecho fáctico generador del daño (...) sea también causa adecuada del beneficio

obtenido y no una mera ocasión o «ocasionalidad» del mismo”, lo cual, evidentemente no ocurre, según la posición adoptada por la CS, como acabamos de ver, y iii) “la compensación de beneficios sea alegable jurídicamente, esto es que no derive de una causa ilícita”, (Fernández, 2019, p. 74), requisito último que tampoco se cumple, en este caso, pues justamente el origen del daño es una conducta considerada como antisindical, es decir contraria a derecho.

Por otro lado, se ha destacado en la doctrina, las dificultades para la cuantificación de la chance y el daño no patrimonial o daño moral. Al ser la chance una oportunidad que, al momento del hecho dañoso, se encontraba dentro del patrimonio del perjudicado, la prueba estará dirigida a demostrar el valor de dicha oportunidad frustrada, la que no podrá ser igual a la ventaja que aquella hubiera proporcionado de haberse hecho efectiva en la realidad, cuantía que estará dada por el mayor grado de probabilidad de haberse realizado (Osterling y Rebaza, 2006, p. 7), para lo cual, el juez en ejercicio de la facultad discrecional que le otorga el art. 1332° del CC podría considerar diversos criterios, entre los que están: i) el cálculo de probabilidades, donde la chance tendrá el valor de “el monto de la ganancia eventual multiplicado por el porcentaje de probabilidad que tenía la víctima de conseguir esa ganancia”, por ejemplo, podría calcularse un coeficiente en los aumentos al básico obtenido en los convenios colectivos, los cuales normalmente se pudieran estar celebrando en trato directo; ii) aspectos cualitativos que rodean a la chance, como podrían ser en el caso de una negociación colectiva frustrada, el carácter mayoritario del sindicato afectado por una tercerización fraudulenta, el superávit financiero de la empresa, entre otros (Osterling y Rebaza, 2006, p. 8); o iii) el factor de atribución, así conforme al art. 1321° del CC en el caso de culpa leve sólo corresponderá resarcir la pérdida de las oportunidades que podían preverse -los beneficios económicos que normalmente de recibían por la celebración de convenios colectivos anuales-, en cambio de probarse el dolo o la culpa inexcusable, se habrían de considerar en el resarcimiento incluso las oportunidades perdidas no previsibles al momento de producido el daño (Osterling y Rebaza, 2006, pp. 9-10), por ejemplo beneficios económicos de un convenio colectivo de rama de actividad que antes no existía.



Respecto del daño no patrimonial o moral, independientemente de la amplitud de las concepciones expuestas, habiendo concluido que implica el resarcimiento, tanto de la “lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona”, -lo que sustenta el resarcimiento a la persona jurídica por este concepto-; como del “dolor y sufrimiento (pretium doloris), humillación, el "pañ and suffet"” de la persona, aunque no sólo esto último (Osterling y Rebaza, 2006, pp. 9-10), corresponde tratar el punto de la cuantificación del daño moral, por la lesión de la libertad sindical colectiva sufrido por el sindicato, como por el colectivo de trabajadores, ejercicio cuya evidente dificultad, nos habrá de conducir a la aplicación de la facultad discrecional del juez para su fijación acudiendo a la valoración equitativa del art. 1331° del CC, atendiendo tanto a la imposibilidad de su probanza, como a su carácter “de instrumento del daño preferido por el legislador a cualquier otra prueba posible” (Osterling y Rebaza, 2006, p. 3), por lo que el juez deberá determinar en cada caso, si existía o no la posibilidad de aportar medios probatorios idóneos, evaluando la diligencia de la parte a dicho propósito, demostrada dicha diligencia y la consecuente imposibilidad, corresponderá necesariamente la aplicación de aquella facultad (Osterling y Rebaza, 2006, pp. 4-5).

Sin perjuicio de lo dicho, consideramos que la determinación del *quantum* en el caso del daño moral o no patrimonial causado por las conductas antisindicales, debe atender a las funciones de incentivo o desincentivo de actividades de la responsabilidad civil, de la cual se habló anteriormente, así como a la función punitiva del resarcimiento del daño moral, en consonancia con la importancia de las funciones de orden público asignadas al ejercicio de la libertad sindical que es necesario tutelar (Barreto 2019, p. 53). En efecto se ha sostenido que el otorgamiento de una suma de dinero por concepto de daño moral, al no tener por objeto “restaurar una cierta situación patrimonial disminuida”, es decir al no tener fines resarcitorios o de reparación propiamente dichos, se identifica más bien con “una sanción civil indirecta o una pena privada”, las cuales “expresan el poder

auto-organizativo de la sociedad civil, porque atienden a satisfacer el interés privado; pero realizan, al mismo tiempo, y contextualmente, el interés público”, por lo que dicha técnica jurídica podrá servir adecuadamente en aquellos casos en los que habiéndose producido daños de escasas consecuencias patrimoniales, existan otros daños que socialmente sea necesario resarcir. Entonces la responsabilidad civil, tendrá, por un lado, el típico fin de reparación de la víctima ante la lesión de un interés legítimo, y, por otro lado, la de incentivación o desincentivación de conductas, es decir la de evitar que comportamientos similares se sigan repitiendo, mediante el otorgamiento de una suma de dinero por concepto de daño moral (León, 2016a, p. 356-358). Pero además esta concepción amplia del daño moral, como venimos señalando no se habrá de limitar al resarcimiento del dolor o la aflicción sufrido por la persona, sino también a la lesión de los derechos fundamentales de esta por lo que

(...) el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él habrá de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más elevados, o que el daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad [...] La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tanto más sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano (León, 2016a, p. 369).

La CS en los V y VI Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia Laboral y Previsional (PJS LP), introdujo la aplicación de la figura de los daños punitivos, para la determinación del resarcimiento en los casos de despidos calificados como fraudulentos e incausados, así como en el caso de accidentes, ocurridos en el desarrollo de la relación laboral, en ambas oportunidades señaló que esta figura: i)

no tiene una finalidad compensatoria del daño producido, sino sancionadora con fines preventivos a fin que el infractor no incurra nuevamente en las conductas ilícitas; ii) tiene el carácter de pena privada y se impone cuando el acto dañino es particularmente “ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima”; iii) nuestro ordenamiento positivo no regula expresamente dicha figura, pero se considera que pueden ser impuestos como una extensión del daño moral, siendo siempre accesorios a la existencia de un daño “esencial o principal”; y iv) son impuestos por el juez de oficio evaluando cada caso, bajo ciertos límites objetivos, así en caso de despido corresponderá “a una suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador” al sistema previsional correspondiente y en el caso del accidente de trabajo no podrá superar el total del monto otorgado por lucro cesante, daño emergente o daño moral (CS, 2016a, p. 30-32, 2017b, p. 10-13). La incorporación, por parte de la CS, de los daños punitivos a la determinación del *quantum* indemnizatorio por parte del juez, ha recibido diversas críticas, como son: i) la inadecuada definición respecto a qué conductas deben aplicarse, las cuales, como ocurre en el derecho anglosajón, tendrían que revestir un “dolo agravado” o ser de “particular gravedad y reproche social”, es decir atender a un alto estándar de calificación a fin que se sancionen conductas verdemente indeseables y no se termine provocando más daño de aquel que se quiere evitar; ii) el hecho que se plantee su posible aplicación de oficio, lo cual vulneraría “el derecho fundamental a la defensa” (sic) de quienes los han de soportar; iii) así mismo, respecto de los límites impuestos se señala que el establecido en el V PJS LP, es demasiado bajo para lograr el fin disuasivo que caracteriza a los daños punitivos, mientras que en el VI PJS LP, pese a ser un esquema adecuado, hubiese sido deseable plantear excepciones al límite señalado, como en aquellos supuestos donde “el beneficio ilícito obtenido (...) es mayor que los daños compensatorios”, por último, al tratarse de penas o sanciones, atendiendo al principio de legalidad, estas tendrían que haberse regulado en una norma con dicho rango y no haberse creado jurisprudencialmente (García, 2018, p. 163-164). En efecto en los Estados Unidos, atendiendo a las funciones de castigo al culpable y disuasión de la repetición de la conductas, sólo será posible el otorgamiento de daños punitivos, entre diversos aspectos, si estos fueron requeridos expresamente en la demanda, se determine

la lesión “de un interés legalmente protegido”, y la conducta del infractor no sea en principio una “mera negligencia” sino que pueda calificarse como “indignante”, “reprensible”, “mala fe”, “fraude”, “opresión” o “malicia” (Rodríguez, 2019, p. 16-17). Sin embargo, pese a estos cuestionamientos, se ha reconocido que no puede negarse tajantemente la función punitiva de la responsabilidad civil en la tradición jurídica del *civil law*, de la cual nuestro derecho es tributario, habiendo los sistemas jurídicos europeos confrontado su compatibilidad con los *punitive damages*, a propósito de la ejecución de sentencias americanas vía *exequatur* (García, 2018, p. 162), por lo que “El problema ya no se encuentra en si los daños punitivos son compatibles o no con el Civil Law, sino en cómo pueden regularse en un sistema jurídico distinto al de su origen” (García, 2018, p. 164).

En efecto dado que entre los miembros de la Unión Europea no existe un orden público internacional que prohíba los daños punitivos en cada ordenamiento jurídico particular, países como Francia en el 2010, han reconocido que aquellos, siempre que cumplan ciertos requisitos como el de proporcionalidad, “no son manifiestamente incompatibles con su orden público internacional”, o Italia donde la Corte de Casación, señaló el 2016 que “la naturaleza multifuncional del régimen de responsabilidad civil en el marco de la globalización de los ordenamientos jurídicos requiere la circulación y no la fragmentación de normas de los distintos ordenamientos jurídicos” (Rodríguez, 2019, p. 32-33). En el caso de España donde, como en la generalidad de países europeos no se reconoce los daños punitivos, dada la exclusiva función compensatoria que se asigna al resarcimiento, al monopolio de la imposición de las penas por parte del Estado y a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la víctima mediante el otorgamiento de un beneficio económico más allá del daño sufrido, pese a lo cual, el Tribunal Supremo, de ese país, el 2001 señaló que “la función de prevención no es enteramente ajena a las indemnizaciones por daños y perjuicios contenidas en el artículo 1902 CC, así como tampoco lo es la función de castigo que caracteriza a los daños punitivos”, además que existen en dicho ordenamiento mecanismos legales que, más allá de reparar a la víctima, penalizan determinadas conductas cuando revisten “especial gravedad” (Rodríguez, 2019, p. 34-35), es el caso, por ejemplo, del art. 164 del

Real Decreto Legislativo 8/2015, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que establece “un aumento de las indemnizaciones cuando estas se entreguen sobre la base de un accidente en el trabajo en los casos en los que no se cumple con unos mínimos de seguridad e higiene” (Rodríguez, 2019, p. 36). También en nuestro ordenamiento civil, es posible identificar instituciones que asumen la función punitiva de la responsabilidad, es el caso de la cláusula penal moratoria del art. 1342° del CC y la graduación de la responsabilidad que establece el art. 1321° del CC, al determinar un mayor grado de responsabilidad del causante del daño, dependiendo de la demostración la mayor gravedad del factor de atribución imputado, es decir

(...) el que exista un solo tipo de daño (daños previsibles) en el caso de culpa leve y, por lo menos, dos tipos daños (previsibles e imprevisibles) en el caso de culpa inexcusable o dolo, pone en evidencia que ya desde lo señalado por el dato normativo (en este caso, el código civil), existe una jerarquía de daños en la cual, a mayor gravedad en la conducta del demandado (culpa inexcusable o dolo) al momento de producir el daño, corresponde un mayor resarcimiento por el menoscabo que sufre la víctima. (Barreto, 2019, p. 62-63)

También, nuestra doctrina nacional, sin negar la polémica que existe en torno a la determinación del *quantum* del daño moral, ha señalado que dada la imposibilidad de reparar este tipo de daño económicamente, quienes defienden su imposición, buscan en realidad que quien lo cause, no quede sin sanción, atribuyéndole entonces a aquel un carácter punitivo: “Puede satisfacerse el espíritu de retribución de la víctima (que, en este caso es un eufemismo para decir espíritu de venganza), *castigándose* al culpable con la obligación de pagar una suma de dinero. Pero no puede *subsanarse* con dinero lo que no es valorizable en dinero” (De Trazegnies, 2001, p. 100-101). Tampoco, es ajena entonces a nuestro sistema jurídico la función punitiva de la responsabilidad civil.

En el caso del ordenamiento chileno, donde también se han identificado instituciones en su código civil que van más allá de la mera reparación, para



aplicar una sanción al causante del daño, verbigracia, art. 1768° según el cual el cónyuge que oculta bienes sociales debe devolverlos doblados o art. 1558° por el cual el contratante que actúa con dolo responde por los daños imprevisibles, se ha sostenido que los daños punitivos son plenamente justificados, dado el carácter de interés público que tiene las normas laborales y que muchas prácticas antisindicales flagrantes reciben una sanción menor o ninguna, por lo que “Los daños punitivos expresan la desaprobación de la sociedad frente a conductas de abuso de poder que generan explotación de otros, creando fuertes incentivos para que los empleadores respeten los deberes legales” (Gamonal, 2017, p. 231). En efecto, se ha señalado, que dada la trascendencia de las funciones de la libertad sindical en la sociedad que “(...) permite que el empleador trate como mercancía a los trabajadores, los contrate y despida como meros productos y como fines para hacer más dinero (...) el sindicalismo es tan relevante, porque se contrapone a la mercantilización de la persona y representa la necesidad de un trato digno y respetuoso al trabajador”, es que se sustenta que el juez junto a las medidas restitutivas que pueda dictar, interprete la disposición del art. 495° del Código de Trabajo Chileno, que indica “las indemnizaciones que procedan”, en el sentido que también incluye los daños punitivos frente a las lesiones a la libertad sindical, donde la entidad del daño sea de difícil determinación o donde el empresario por su capacidad económica actúa con impunidad prefiriendo “pagar multas por sus malas prácticas, antes que aceptar la existencia del sindicato”, en estos casos se justifican plenamente los fines disuasivos y preventivos de dichos daños, pues se anula “el incentivo perverso del cálculo costo/beneficio cuando la empresa está dispuesta a pagar con tal de no tener que negociar con el sindicato” (Gamonal, 2017, p. 238-239).

Por otro lado el CLS, como parte de la obligación de los estados de garantizar la libertad sindical, ha manifestado la idoneidad que las conductas antisindicales que afecten la “integridad física y moral” de la persona, sean sometidas a una investigación judicial célere que determine responsabilidades con fines sancionadores y de prevención de dichos actos (OIT, 2018, p. 22); asimismo, a fin que las prohibiciones de discriminación antisindical e injerencia, contenidas en los

art. 1° y 2° del Convenio 98° de la OIT, tengan eficacia práctica, ha resaltado la necesidad que se establezca legislativamente, sanciones tanto penales como civiles, de modo que éstas tengan un efecto suficientemente disuasorio frente a dichas conductas (OIT, 2018, p. 220), específicamente refiriéndose a las indemnizaciones que pudieran imponerse a consecuencia de las conductas antisindicales manifestó que éstas “deberían ser adecuadas atendiendo al fin de prevenir dichas conductas en el futuro”, asimismo, por ejemplo, en el caso que las medidas restitutivas no sean posibles, la indemnización que pudiera imponerse debería ser “completa y adecuada [de modo] que suponga una sanción suficientemente disuasoria” (OIT, 2018, p. 224-225). Por lo tanto, a criterio de este órgano de control, la magnitud de las reparaciones económicas frente a las consecuencias de las conductas antisindicales, debería ser de una entidad tal, que dicho resarcimiento cumpla con fines tanto punitivos como preventivos, es decir se castigue efectivamente al agresor y se evite que dichas conductas vuelvan a ocurrir, siendo estas medidas compatibles con la obligación de los estados de garantizar la libertad sindical. En el caso peruano, como se ha podido desarrollar, la función punitiva de la responsabilidad civil, no es ajena a nuestro ordenamiento de daños, pese a las atendibles objeciones a la introducción por parte de la CS, de la figura de los daños punitivos a ciertos supuestos de resarcimiento, en el marco de las relaciones laborales, y, a que en nuestro sistema no hay una norma legal, como ocurre en Chile, que permita intentar su introducción por vía de interpretación; como hemos visto, se ha sostenido que el otorgamiento de un resarcimiento por daño moral, el que sí tiene un sustrato normativo para la responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente en los arts. 1322° y 1984° del CC, posee el carácter de pena privada, teniendo, por lo tanto, un componente punitivo, es decir que la determinación del *quantum* por daño moral cumplirá, en sí misma, no sólo una función satisfactoria para la víctima, sino también sancionadora y preventiva frente a futuras conductas (no siendo los daños punitivos una extensión del daño moral como dice la CS), por lo tanto, dada la importancia de las funciones que la libertad sindical cumple en la sociedad, las cuales como se expuso en apartados anteriores, son de orden público, el juez puede atendiendo a la discrecionalidad que le otorga el art. 1332° del CC,

establecer el daño moral, “con valoración equitativa”, en supuestos de lesiones a la libertad sindical, donde la prueba de la entidad del daño sufrido por el sindicato o el colectivo de trabajadores “no pudiera ser probado en su monto preciso”, no solo en situaciones en que las reparaciones *in natura* no sean posibles (Osterling y Rebaza, 2006, p. 4-5) o el perjuicio económico sea de poca o ninguna entidad, sino en circunstancias, donde pese a ello, por la especial gravedad de la conducta antisindical, (el caso del empresario que abusando de su poder económico está dispuesto asumir el costo de las sanciones penales simbólicas, multas administrativas y de los remedios procesales para la restitución del ejercicio del derecho con tal de no asumir los costos de la negociación colectiva, del cumplimiento estricto de la normativa laboral o simplemente negarse a aceptar el carácter democratizador producto de la acción sindical), el reproche social sea de tal magnitud que se haga necesario imponer un resarcimiento de tal dimensión, que implique el castigo de dicha conducta, y, por lo tanto, prevenga su reiteración en el futuro.

### **CAPÍTULO 3. LAS VÍAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA TUTELA RESARCITORIA FRENTE A LA LESIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA.**

#### **3.1 La legitimidad procesal frente a las acciones de resarcimiento por la lesión de la libertad sindical colectiva.**

La Constitución Política del Perú de 1993 (CP), al referirse a los derechos colectivos en su artículo 28°, ni a lo largo de su texto, menciona al sindicato o la organización sindical, como sí lo hacía la Constitución para la República del Perú de 1979, en su artículo 51°; es el TC en la STC N° 008-2005-PI el que, recogiendo la doctrina jurisprudencial de su par español, reconoce a los sindicatos como “(...) formaciones de relevancia social, en la estructura pluralista de una sociedad democrática” (TC, 2005, p. 23). La mención a una sociedad pluralista, resulta importante respecto a la concepción jurídica de sindicato u organización sindical que el TC configura, según la cual existen grupos intermedios entre el individuo y el Estado, a quienes se les reconoce la facultad de autorregular sus intereses, en el caso de los intereses privados colectivos, dicha facultad es la *autonomía*

*privada colectiva*; siendo los grupos profesionales los que “actuando su propio interés” en ejercicio de dicha autonomía se organizan en sindicatos, por lo tanto, el sindicato no representa a dicho grupo o categoría, sino que es “la traducción jurídica, la organización o estructura formal del grupo profesional” (Ervida y Villavicencio, 1991, pp. 89-90). Siguiendo esta concepción en la sentencia citada el TC en el fj. 28, define al sindicato como “una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, o trabajando en un mismo centro de labores, se unen para alcanzar principalmente los siguientes objetivos: Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros. Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros” (TC, 2005, p. 23). Resulta importante que el TC le asigne al sindicato estos fines, tributarios de aquellos que el artículo 7° de la Constitución Española, predica de los sindicatos al señalar que “contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”, sin perjuicio que actualmente existan concepciones que consideran el rol de los sindicatos más allá de dichos objetivos como “pilares básicos de sistema social y político” (Blancas, 2011, p. 405); pues siendo aquel la expresión organizada del colectivo de trabajadores para la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en ejercicio de su propia autonomía, el sindicato se constituye como titular de la libertad sindical colectiva, contando para ello con medios de acción específicos (Blancas, 2011, p. 415), siendo las más importantes expresiones de la acción sindical la negociación colectiva y la huelga, sin que ello signifique que el contenido esencial de la libertad sindical no pueda adoptar nuevas y múltiples formulaciones para el logro de aquellos fines, como hemos mencionado en su momento, y, se reconoce en el fj. 8 de la STC N°1124-2001-AA/TC:

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben

desarrollarse, proyectando su *vis expansiva* a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones. (TC, 2002a, pp. 4-5)

Pese a ser el sindicato la “principal expresión organizativa de la acción sindical”, y por ello, tener la aptitud de ser objetivo principal de la actividad antisindical, existen otras formas en las que también se expresa la libertad sindical colectiva, como son “las coaliciones, delegados de trabajadores, secciones sindicales, asambleas de trabajadores”, mediante las que también se desarrollan acciones en “representación y defensa de los intereses de los trabajadores” (Blancas, 2011, p. 415), entendemos que estas manifestaciones organizativas serán expresión también de la autonomía colectiva de determinado grupo profesional o colectivo de trabajadores, pudiendo por lo tanto, igualmente ser objeto de la conducta antisindical.

Si bien el sindicato o la organización sindical, tienen su propio régimen jurídico, la CP reconoce a la libertad sindical, tanto en forma específica, como en forma genérica dentro del derecho de asociación (Villavicencio, 2010a, p.18), aunque, como hemos visto el sindicato tiene fines de trascendencia constitucional, en atención a determinado grupo profesional, del cual es su expresión organizada, comparte con el género de asociación, el carácter de ser ambas, entidades sin fines de lucro, lo cual se puede constatar de su particular regulación normativa, en el artículo 80° de nuestro Código Civil (CC), en el caso de las asociaciones, y del artículo 11 c) y d) del TUO de la LRCT, en el caso de los sindicatos.

En tal sentido, es legítimo que los sindicatos busquen la mejora económica de sus integrantes, mediante medios de acción, como la negociación colectiva, en atención a la función de intercambio, a la que nos referimos en su momento, a fin de regular la distribución de los ingresos y componer el conflicto económico subyacente a las relaciones laborales, pero el sindicato “no obtiene ni puede obtener un beneficio o lucro, una ganancia social repartible entre los miembros, y por otro lado, la cuota que pagan los asociados no da derecho a un porcentaje de los bienes del sindicato, ya que la cuota no es una aportación” (Sepúlveda, 2004,



pp. 36-37), es decir que el sindicato no actúa para lograr una ventaja económica para sí, ni brinda beneficios económicos a sus miembros mediante el reparto de los dividendos obtenidos, como ocurre en el supuesto regulado en el artículo 40 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, sino “que los beneficios obtenidos por los trabajadores como consecuencia de la actividad sindical no los obtienen en su relación con el sindicato, sino fuera de ella” (Sepúlveda, 2004, p. 37).

Entonces, el medio jurídico para que los trabajadores obtengan beneficios económicos de la acción sindical, no es propiamente su membresía sindical, sino el convenio colectivo, como negocio jurídico, entre el sindicato y el empresario para regular en forma autónoma sus relaciones jurídicas (Toyama, 2010, p. 389), cuyo contenido normativo, según el artículo 29 del DS N°001-92-TR, (Reglamento del TUO de la LRCT), estaría conformado por las llamadas cláusulas normativas, las que en forma “impersonal, abstracta y general”, otorgan beneficios y ventajas económicas a los trabajadores, como “cláusulas salariales, las bonificaciones o gratificaciones, las condiciones de trabajo, etc.”, las que, según dicha norma, se incorporan en forma automática a los contratos de trabajo, (Toyama, 2010, pp. 404-405).

Sin embargo, ello no significa que el sindicato no pueda desarrollar otras actividades u actos con contenido patrimonial, para el logro de los fines que les son propios, pudiendo considerarse estos como parte de su contenido esencial, el cual tiene como característica el ser abierto y cambiante, al que nos hemos referido: “el contenido esencial se circunscribe al reconocimiento de la libertad sindical de organización, tanto en su dimensión individual como colectiva, y a la capacidad de obrar de las organizaciones sindicales que requieren para realizar actos jurídicos de naturaleza patrimonial (alquiler de local, compra de mobiliario, etc.) y gremial (negociación de convenios)” (Boza, 2008, p. 339).

Pero además, como se ha expuesto en este trabajo, el sindicato en su calidad de persona jurídica, es titular de atributos y derechos, muchos de ellos calificados como constitucionales, los cuales al reconocerse a esta organización para el

cumplimiento de su fin u objeto -la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores-, al verse afectados los mismos por conductas o prácticas antisindicales, es susceptible de sufrir daño moral -entendiendo esta categoría desde una concepción más amplia, que aquella que la restringe al sólo sufrimiento o dolor, que puede sufrir una persona, sino aquella que considera, que dicha dimensión del daño comprende además la afectación de los diversos atributos de la personalidad como "(...) pérdida de posición en el ámbito de sus relaciones, pérdida de credibilidad, de imagen, de dignidad, pérdida de sus derechos inmateriales, etc. (...)" (Sepúlveda, 2004, p. 163), entre los que consideramos están los derechos fundamentales, de los cuales, como hemos expuesto, también son titulares las personas jurídicas, en este caso, la organización sindical. Por lo tanto, luego del ejercicio del juicio de antisindicalidad, una vez identificada la conducta antisindical, deberá corresponder de parte del órgano jurisdiccional, adoptar las medidas restitutorias para el efectivo goce del derecho, por parte del titular del mismo. Asimismo, corresponderá luego del juicio de responsabilidad civil, determinar el posible resarcimiento por los daños causados, en la entidad de lucro cesante, daño emergente o daño moral, los cuales, como también se ha sostenido son susceptibles de sufrir, como consecuencia de las prácticas antisindicales, además de las personas naturales, las organizaciones sindicales, y el colectivo de trabajadores. En el caso de la colectividad de trabajadores, como se expuso también en su momento, las prácticas antisindicales, al limitar la eficacia y efectividad de la acción sindical, siempre tendrán la capacidad de perjudicar a dicho colectivo, que no se habrá de beneficiar o se beneficiará en menor medida, de dicha actividad, así pues si no se celebra el convenio colectivo o este se celebra con un sindicato debilitado, los trabajadores concernidos o del del ámbito, perderán la oportunidad o la chance, de obtener dichos ganancias patrimoniales o económicas, como consecuencia de la actividad sindical (Sepúlveda, 2004, p. 164-165).

La doctrina comparada, ha sostenido que el carácter pluriofensivo de las conductas antisindicales tiene relevancia respecto de la legitimación procesal a efectos de incoar las pretensiones procesales de tutela de la libertad sindical, en

sus diversas dimensiones (colectiva e individual) y expresiones siempre novedosas y actualizables, planteándose si el sindicato o trabajador, tienen legitimidad procesal directa u ordinaria, frente a las lesiones antisindicales cuyo carácter pluriofensivo, tenga entidad suficiente para afectar ambos planos interdependientes del derecho (Valdeolivas, 2018, p. 10). Planteando frente a ello que el sindicato debe poseer legitimación activa frente a la conducta antisindical, no sólo cuando tenga un interés directo (es decir al haber lesión de los derechos o atributos de los que es titular), sino también cuando la afectación recaiga en el trabajador, identificando entonces tres supuestos de legitimación activa para la tutela de los derechos sindicales: i) en el caso de la libertad sindical individual, la acción correspondería al trabajador, pero también habría una legitimación *in genere* del sindicato más representativo del ámbito (coadyuvante del interés individual), toda vez que la lesión de los intereses de sus representados directos, producto del efecto legislativo de su mayor representatividad, afectaría siempre, aunque en grado mínimo la acción sindical que pudiera desplegar la organización; ii) en el caso de la libertad sindical colectiva, es evidente la legitimación directa u ordinaria del sindicato, respecto de los derechos o intereses de los cuales es titular, además de aquellos del colectivo afectado, asimismo, como consecuencia de la pluriofensividad de la conducta antisindical, si hubiere una trascendencia individual mínima, que no permitiera la intervención directa del trabajador, el sindicato habrá de representar, en forma directa u ordinaria, aquellos intereses que se incorporan al interés colectivo; y iii) en el caso de la lesión a la libertad sindical colectiva e individual, habrá una legitimación simultánea (litisconsorcio activo), donde tanto el trabajador individual como el ente colectivo pueden acudir al órgano jurisdiccional en tutela de los intereses individuales y colectivos dada la afectación recíproca de los mismos, señalando que, en el caso que el accionante sea él o los trabajadores individuales, estaríamos ante “(...) litigios individuales de trascendencia sindical (...)” (Valdeolivas, 2018, pp. 10-11).

En sede nacional el TC, a través de su jurisprudencia se ha encargado de establecer en forma uniforme y reiterada que el proceso constitucional de amparo, es la vía idónea para la tutela del derecho a la libertad sindical en su dimensión

colectiva, estando la organización sindical, en atención a los fines y relevancia que le otorga la CP, legitimada -sin necesidad de poderes especiales- para plantear, en dicha vía, pretensiones en tutela de los derechos colectivos, así como de aquellos de los que es titular. En efecto, el TC en el fj. 11 de la sentencia, Exp. N°0206-2005-PA/TC del 28/11/2005, reconoció que la libertad sindical tiene, tanto una dimensión plural o colectiva, como una dimensión individual (TC, 2005, p. 11), fundamento que le ha servido de sustento para establecer la procedencia del proceso de amparo para la protección de la libertad sindical en ambos aspectos, cuando la lesión o afectación de una, tiene una consecuencia o trascendencia recíproca en la otra, dado como hemos visto al carácter pluriofensivo de la conducta antisindical, ello podría ocurrir, por ejemplo, con el despido de algunos o todos los miembros de una junta directiva sindical, hecho que además de afectar la dimensión individual de dichos trabajadores, tiene sin duda un impacto negativo en el funcionamiento del sindicato, tal como se señala en los fj. 13 y 14 de la sentencia antes citada:

13. Es por ello que, a criterio del Tribunal Constitucional, la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no sólo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados (como fue reconocido por este Colegiado en el Exp. N.° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 11), sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses. Consecuentemente, todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado. (TC, 2005c, pp. 5-6)

Esta posición ha sido y viene siendo aplicada por el TC en numerosos casos, por ejemplo, la sentencia Exp. N°3311-2005-PA/TC, del 05/01/2006, donde el sindicato demandó la tutela de la libertad sindical colectiva, al haberse afectado el funcionamiento de la organización, producto del despido de todos los miembros de su junta directiva y algunos afiliados, así en el fj. 16, sostuvo que dicho derecho se ve afectado en su dimensión plural cuando dicho derecho es ejercido

colectivamente por sus dirigentes y afiliados, quienes al ser objeto de un “(...) despido masivo y simultáneo (...)”, fueron impedidos de participar en las actividades sindicales lo cual afectó el funcionamiento de la organización, precisando que

“(...) si bien los efectos del despido repercuten en la esfera individual de cada uno de los trabajadores afectados, también lo hacen en la propia organización sindical, puesto que es evidente que el despido de todos los miembros de la Junta Directiva del sindicato también se presenta, *ab initio*, como una lesión a la propia institución sindical, es decir, al Sindicato”. (TC, 2006a, p. 6)

También el TC, en la sentencia Exp. N° 02714-2010-PA/TC, del 03/05/2012, declaró fundado un proceso de amparo, iniciado por un sindicato frente al despido de todos sus afiliados, quienes luego de participar en una huelga en el marco de un procedimiento de negociación colectiva, recibieron cartas de despido imputándoseles abandono de trabajo, en este caso el TC, en el f. 6, consideró que los afiliados fueron “(...) objeto de un despido lesivo de sus derechos al trabajo, a la libertad sindical y de huelga (...)”, pero además determinó que la afectación a la libertad sindical quedó demostrada pues la empresa “(...) despidió a todos los miembros de la Junta Directiva del Sindicato demandante, afectando con ello el funcionamiento y organización del mismo.” (TC, 2012, p. 6). Otros casos donde el TC ha reconocido y declarado fundados procesos de amparo en defensa de los derechos constitucionales colectivos son: Exp. N°3828-2006-PA/TC, Exp. N°01564-2005-PA/TC, Exp. N°0340-2003-AA/TC y EXP. N°0632-2001-AA/TC. De la misma forma el TC, ordenó que se admita el proceso de amparo en tutela de derechos colectivos como son la libertad sindical y la huelga, en el Exp. N°2938-2008-AA/TC, del 05/11/2010, caso donde el secretario general del sindicato, inició un proceso de amparo a fin de que se anulen las suspensiones de las que fueron objeto ciento sesenta y tres afiliados al sindicato, al haber participado en una huelga convocada por una organización de grado superior (TC, 2010, pp. 1-2). Es muy importante destacar también, lo resuelto por el TC, en casos más recientes en los cuáles se pidió la tutela de la negociación colectiva,



así en el fj. 4 de la sentencia Exp. N°3703-2010-AA/TC, del 03/05/2011, se determinó la procedencia del proceso de amparo iniciado por el sindicato en tutela de dicho derecho, igual criterio se siguió en la sentencia Exp. N°6518-2013-PA/TC, del 01/07/2016, donde se determinó la procedencia del proceso de amparo, para la tutela de la negociación colectiva, teniendo en el caso, el sindicato, legitimidad procesal pasiva, al haber sido demandado por el empleador cuestionando la legitimidad del arbitraje potestativo iniciado por aquel (TC, 2016, pp. 1-2).

Debemos destacar también que el TC ha declarado procedente la vía del proceso de amparo para el caso de pretensiones planteadas por organizaciones sindicales en tutela de derechos fundamentales individuales homogéneos de naturaleza constitucional de sus afiliados, los cuales, según el correspondiente sindicato, sustentó en cada caso, habrían sido afectados en forma colectiva, por ejemplo: i) Exp. N°4922-2007-PA/TC, del 18/10/2007, en tutela del principio de no discriminación en materia remunerativa, al solicitarse la homologación de remuneraciones; ii) Exp. N°1966-2011-AA/TC, del 14/06/2011, en tutela de la jornada de trabajo máxima, al haberse incumplido el convenio colectivo; iii) Exp. N°04539-2012-PA/TC, del 20/06/2017, en tutela del principio de irrenunciabilidad en materia laboral, al haberse vulnerado el derecho al descanso en días feriados; y iv) Exp. N°02208-2017-PA/TC, del 25/09/2020, en tutela de los derechos a la intimidad personal y a la salud, por el uso de cámaras de video vigilancia. En este último y más reciente caso el TC en el fj. 2 reafirmó el carácter idóneo y eficaz de la vía constitucional para la tutela de los derechos colectivos y constitucionales de los afiliados, cuando aquella se pretende como parte de la actividad de defensa del sindicato:

2. Antes de analizar el fondo de la controversia, el Tribunal Constitucional advierte que la parte demandante es un sindicato de trabajadores obreros que ha denunciado la vulneración de los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y a la salud de sus afiliados, motivo por el cual, conforme a la línea jurisprudencial de este Tribunal vinculada con la defensa sindical de derechos colectivos y de derechos constitucionales de sus afiliados,

el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger los derechos alegados en la demanda. (TC, 2020, p. 3).

Por otro lado, como ya se adelantó, el TC ha sostenido también en forma uniforme que la organización sindical, puede plantear pretensiones en la vía constitucional, referidas a la tutela de los derechos de los cuales es titular y de los derechos colectivos, los cuales en algunos casos pueden ser ejercidos directamente por aquella, sin necesidad de contar con poder especial o haber requerido el otorgamiento de representación expresa por parte de sus agremiados o del colectivo de trabajadores afectados, según el tribunal cuando el sindicato actúa en tutela de los derechos colectivos, de sus afiliados, no se sustituye a su voluntad, pues los intereses que defiende no son ajenos, sino que por el contrario, su propia finalidad y objeto es la defensa de los derechos e intereses de sus miembros. Así lo sostuvo en las sentencias, Exp. N°632-2001-AA/TC, Exp. N° 340-2003-AA/TC y Exp. N°3311-2005-PA/TC, del 05/01/2006, en ésta última se sostuvo:

(...) debe precisarse que los sindicatos no se sustituyen a la voluntad de los trabajadores cuando intervienen en la defensa de los intereses del propio sindicato y de sus afiliados. En efecto, es conveniente recordar “(...) que los sindicatos de trabajadores no son entidades cuya creación obedezca a la satisfacción de intereses ajenos a quienes lo conforman, sino, contrariamente, su objetivo primordial lo constituye la defensa de los derechos e intereses de sus miembros. En ese sentido, en el plano de la justicia constitucional, el Tribunal estima que no es preciso que estos cuenten con poder de representación legal para que puedan plantear reclamaciones o iniciar acciones judiciales a favor de todos sus afiliados o un grupo determinado de ellos. Y es que una comprensión de la función y el significado de los sindicatos en el sentido esbozado (...), supondría dejar virtualmente desarticulada la razón de ser de estos entes y, con ello, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad sindical, reconocida en el artículo 28° de la Constitución”. (...) . (TC, 2006a, pp. 2-3)

Con la vigencia progresiva de la NLPT, surgió la discusión respecto a sí la vía

laboral, era igualmente satisfactoria a la del proceso de amparo, para la tutela de derechos fundamentales, entre los que están los derechos colectivos laborales, la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, materia que ha sido tratado extensamente por la doctrina nacional, y no corresponde desarrollar en este trabajo, sin embargo, debemos señalar sí, que compartimos la opinión, en el sentido que la norma procesal laboral, no estableció un proceso especial de tutela de derechos fundamentales, el cual tendría que cumplir con ciertos estándares, a fin de cumplir dicho rol, debiendo contar con facilidades probatorias y mecanismos de restitución del derecho, además de contar con las características de ser acentuadamente célere, tener prioridad en su tramitación frente a otros procesos, debe impedir la improcedencia *in limine*, y contar con medidas cautelares eficaces, (Arce, 2012, pp. 438-439). Como tuvimos oportunidad de señalar con la entrada en vigencia de la NLPT, no ha existido un uso eficaz por parte de la judicatura laboral, de las nuevas posibilidades que trajo la reforma procesal laboral para el otorgamiento de medidas cautelares, además, frente a los pronunciamientos que el TC, ha venido desarrollando para limitar su competencia, para el conocimiento de casos referidos a la tutela de derechos laborales fundamentales, como el conocido caso Baylón (Exp. N°0206-2005-PA/TC del 28/11/2005), contra dicha corriente de política jurisdiccional, el NCPC, estableció en su art. 6° la prohibición de rechazar el trámite de los procesos constitucionales en forma liminar; además agregaríamos que la NLPT, no propone un mecanismo de garantía para la no repetición de las conductas lesivas de derechos fundamentales similar al que propone el NCPC, en su art. 16°, y lo hacía su norma antecesora, como es la represión de actos homogéneos, ni tampoco un mecanismo de actuación inmediata de la sentencia de primera instancia, que declare fundada una pretensión de tutela, la cual, según el art. 26° del NCPC, mantiene su vigencia, hasta que la controversia se dilucide en forma definitiva. Finalmente, el TC, posteriormente a la emisión del precedente Elgo Ríos (Exp. N°02383-2013-PA/TC del 22/07/2015), cuyo análisis no corresponde hacer aquí, y, antes de la vigencia del NCPC, ha considerado también que el proceso constitucional de amparo es la vía idónea para la tutela del derecho a la libertad sindical en su dimensión individual, incluso si el proceso es iniciado por el trabajador directamente afectado,

así lo determino, en el fj. 4, del caso Exp. N°04767-2017-PA/TC, del 04/03/2021 (TC, 2021, p. 4).

Sin perjuicio de ello, debemos concordar también, que dentro de la propuesta procesal “(...) dispersa y heterogénea (...)” que propone la NLPT, para las pretensiones de tutela de derechos fundamentales, que deben tramitarse en los procesos ordinarios diseñados por dicha norma, la que corresponde a los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, es el proceso abreviado, según lo dispone el art. 2.3 de la NLPT, el cual por lo menos reúne la característica de celeridad acentuada (Arce, 2012, pp. 441-442), además en el caso de despido lesivo de dichos derechos colectivos, una interpretación del art. 2.2 de la NLPT, coherente con dicha característica y la tutela jurisdiccional efectiva, que otorga el art. 139.3 de la constitución nos debe llevar a concluir también que el proceso abreviado, debe ser la vía laboral procesal, en el ámbito de la justicia ordinaria para dichos casos (Arce, 2012, pp. 444). Si bien, en principio, el proceso abreviado que propone la NLPT, no presentaría inconvenientes tanto, para: i) la acumulación de pretensiones objetivas, en relación a la tutela restitutoria de derechos fundamentales colectivos, y la tutela resarcitoria por el daño que las conductas antisindicales, demostradas, pudieran causar, dada la evidente conexidad existente entre ambas, a tenor de lo dispuesto, en el art. 86° del Código Procesal Civil (CPC), aplicable en forma supletoria; y ii) la eventual acumulación subjetiva, originaria y sucesiva, que permitiría la intervención tanto del sindicato, como del trabajador o trabajadores afectados, por la lesión a la libertad sindical colectiva o individual, conforme a la legitimidad, desarrollada anteriormente, conforme a la regulación del art. 89° del CPC. Sin embargo, sí podría causar inconvenientes en cuanto a una eventual acumulación objetiva de pretensiones, restitutorias y resarcitorias, frente a un despido lesivo de los derechos colectivos mencionados, pues el art. 2.2 de la NLPT, señala que la pretensión de reposición se tramita en proceso abreviado, cuando aquella se plantea como pretensión única, lo cual plantearía una incompatibilidad legal que, en dicho caso, haría improcedente una eventual acumulación, conforme al art. 85.2 del CPC, lo cual, llevaría a tramitar dichas

pretensiones en la vía del proceso ordinario laboral, por ser la vía más lata, conforme a la solución que plantea el art. 85.b del CPC. Sin embargo, el mayor problema para una eventual acumulación, en el proceso abreviado laboral, de las pretensiones, restitutorias y resarcitorias, señaladas lo constituiría el art. 2.b) de la NLPT, según el cual, se tramitan en la vía del proceso ordinario laboral, las pretensiones relacionadas con: “La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.” (Congreso de la República, 2010, p. 2), disposición que nos llevaría a la absurda conclusión, de tener que tramitar primero en la vía del proceso abreviado laboral, las pretensiones de tutela de la libertad sindical, a fin de determinar las medidas de restitución frente a las conductas antisindicales, para luego acudir a la vía ordinaria laboral, para lograr el resarcimiento por los daños causados por dichas conductas, controversia que tendría que resolverse nuevamente, acumulando dichas pretensiones en la vía del proceso ordinario laboral, conforme a lo dispuesto en el art. 85.b del CPC, lo cual atentaría con las características de celeridad que debería corresponder a un proceso especial de tutela de derechos fundamentales.

Asimismo, considerando que el TC ha resuelto, de manera reiterada, en los casos de despidos inconstitucionales, que el proceso de amparo, no es la vía adecuada para el trámite de las pretensiones resarcitorias, calificando así aquellos pedidos de pago de remuneraciones devengadas, debiendo estas ventilarse en la vía ordinaria, por ejemplo, las sentencias Exp. N°0890-2007-PA/TC del 13/11/20007 (fj. 7) y Exp. N°04385-2007-PA/TC del 14/09/2009 (fj. 9); podríamos concluir que, en el caso de determinarse en la vía constitucional, la lesión del derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y, las medidas de restitución de dichos derechos, las posibles pretensiones de resarcimiento por el daño causado, como consecuencia de dichas conductas -entre las que podrían estar el despido u otras conductas antisindicales-, no podrían acumularse en esta instancia, debiendo tramitarse en forma posterior en la vía del proceso ordinario laboral, conforme a lo dispuesto por el art. 2.b) de la NLPT. Este esquema de



tutela procesal, al igual, que aquel que se seguiría si la protección restitutoria de dichos derechos colectivos fuera incoada ante la justicia laboral ordinaria, tampoco respondería al carácter de celeridad que exige la protección de los derechos fundamentales. Por lo que, un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, entre los que están los colectivos laborales, debería considerar, atendiendo al concepto de “(...) *restitutio in integrum*, o de la plena restitución (...)”, acuñado por la CIDH, además de las facultades del juez para implementar medidas restitutivas, para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho, entre las que podrían estar medidas restitutivas de carácter económico, la posibilidad expresa de acumular pretensiones de resarcimiento por el daño patrimonial y extrapatrimonial causado (Eguiguren, 2005, pp. 145-146), ni la NLPT, ni el NCPC, plantean actualmente, al menos con claridad, dicha posibilidad.

La legitimidad procesal de las organizaciones sindicales y su problemática, para plantear pretensiones, de índole individual y colectiva, desde la aplicación de las normas de la NLPT, ha sido abordada en forma amplia por la doctrina nacional, así se ha sostenido que a tenor de lo dispuesto en los art. 8.2 y 9.2 de la NLPT, los sindicatos poseen legitimidad procesal activa: i) ordinaria para incoar pretensiones de tutela de los derechos de los cuales es titular; ii) extraordinaria para plantear pretensiones de tutela de los derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga), así como en tutela de derechos individuales homogéneos, siendo que además, cualquier integrante del colectivo, grupo o categoría, podría plantear dichas pretensiones; y iii) asimismo, según el art. 9.1 de la NLPT, extraordinaria para plantear pretensiones de tutela de derechos individuales de sus integrantes, no requiriendo en estos dos últimos casos, de ningún tipo de otorgamiento de representación expresa de sus afiliados; (Ugaz y Soltau, 2010, pp. 234-235). Otra posición sostiene que la posibilidad que plantea la NLPT, para que los sindicatos puedan plantear pretensiones de tutela de derechos colectivos o individuales, tiene una naturaleza de representación voluntaria, atendiendo a la protección de la voluntad individual del trabajador, y a la preminencia de aquella por sobre la del sindicato, por lo que, este debería

acreditar en el proceso judicial, que cuenta con la autorización expresa del trabajador, para actuar procesalmente en su representación (Espinoza, 2012, pp. 80-81), posición esta última de la cual discrepamos, debido a que como lo señaló el TC, la actuación procesal del sindicato en tutela de los derechos colectivos e individuales de sus agremiados, no corresponde a la defensa de intereses que le son ajenos o que corresponden a terceros, sino que por el contrario, la actuación del sindicato corresponde al interés colectivo de sus integrantes quienes se organizan en un sindicato para actuar justamente en forma colectiva.

En conclusión, independientemente de la naturaleza de la legitimación procesal de la que gozan las organizaciones sindicales, a tenor de lo dispuesto en la NLPT, estas estarían habilitadas para plantear pretensiones de resarcimiento por el daño patrimonial y extrapatrimonial causado como consecuencia de conductas antisindicales, que pudiera afectar, tanto a los derechos y atributos de los cuales son titulares, en su calidad de personas jurídicas, como de los derechos colectivos de los que son titulares sus integrantes, en forma individual. Cabría entonces preguntarse, en el caso de prácticas antisindicales que afecten la negociación colectiva de un sindicato mayoritario, si el trabajador no afiliado, miembro del colectivo que habrá de beneficiarse con el resultado económico de la negociación colectiva, por efecto legal de la mayor representación de la organización sindical, podría eventualmente plantear pretensiones de tutela a favor del sindicato, al cual no pertenece, pero que legalmente ejerce su representación en la negociación colectiva, y que, por efectos de las conductas antisindicales, podría no cumplir su objetivo de celebrar el convenio colectivo, perdiendo la oportunidad de obtener beneficios de tipo patrimonial, o si, correspondería además acumular pretensiones de resarcimiento por el daño ocasionado, como consecuencia de dichas prácticas, de derechos o atributos de lo que es titular el sindicato, con aquellas de resarcimiento por el daño individual causado, o viceversa, si el sindicato mayoritario o incluso minoritario, podría actuar en tutela de los derechos o intereses colectivos, planteando pretensiones restitutorias y resarcitorias, a favor de los trabajadores no afiliados, que podrían verse perjudicados, por represalias del empleador, al haber aquellos, acatado una huelga, convocada por el sindicato,

al cual no pertenecen, en el marco de una negociación colectiva que podría beneficiar a aquellos, por efecto legal, en caso sea el sindicato mayoritario, o aun siendo minoritario, si se pacta expresamente en el convenio colectivo, que sus efectos normativos, también habrán de alcanzar a los no afiliados.

### **3.2 Análisis de un caso de conducta antisindical y su abordaje por parte de la Corte Suprema. La extensión de beneficios del Convenio Colectivo de efectos restringidos a los no afiliados.**

Respecto de la extensión de los efectos de un convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados, los criterios establecidos por la CS han tenido una evolución caprichosa, como pasaremos a exponer, sin embargo, cabe hacer previamente mención a dos conceptos atinentes a este análisis, como son la eficacia normativa y la eficacia personal del convenio colectivo. Amén de las discusiones, entre las tesis contractualistas y normativistas, cómo bien lo ha señalado la doctrina, el convenio colectivo, tiene una naturaleza dual, es “una norma de origen contractual, una síntesis de norma y contrato, de fuente del derecho y fuente de la obligación, en fin, un contrato normativo”; sin perjuicio de lo cual, se ha afirmado con toda razón que no es posible adoptar una “solución” a dicha cuestión, generalizable a todo ordenamiento jurídico y sin considerar su evolución histórica, ni tampoco, una respuesta “mecánica y acrítica” de las categorías civiles al ordenamiento laboral, debiendo entonces hallarse la respuesta en la “eficacia jurídica del pacto”, lo cual admite un análisis hasta en tres planos, la eficacia normativa, personal y contractual, (Palomeque, 1988, pp. 283-282), para lo cual justamente es necesario abordar el análisis de las categorías antes mencionadas. Sobre lo primero se ha afirmado que “la fuerza normativa (...) es una pura y simple consecuencia del carácter o naturaleza de norma jurídica del convenio colectivo de trabajo (...)”, la cual, por lo tanto, puede tener un “efecto general”, aplicable a todos los sujetos de un ordenamiento o un “efecto relativo”, es decir un ámbito de aplicación limitado (Boza, 1989, p. 226). Se ha señalado también que dicha naturaleza dual del convenio colectivo, viene dada en nuestro ordenamiento, tanto por el art. 42° del TUO de la LRCT, complementado por el art. 28° del Reglamento del TUO de la LRCT, así como, por

el art. 28.2° de la CP (Neves, 2003, p. 70), sin embargo, dicha naturaleza no debe confundirse con el contenido del convenio colectivo es decir “el conjunto de cláusulas y estipulaciones acordadas por los sujetos negociadores, que regulan las relaciones de trabajo en un determinado ámbito”, a partir del cual, atendiendo a las distintos fines perseguidos y sujetos obligados, se ha distinguido entre cláusulas de contenido normativo y contenido obligacional, e incluso de aquellas cláusulas de contenido complementario por establecer la “(...) identificación o delimitación del convenio, [...] su ámbito de vigencia, etc.” distinción que se ha criticado, consideramos en forma certera, pues el ordenamiento jurídico - refiriéndose al art. 37.1 de la CE que hace referencia a “la fuerza vinculante de los convenios”- otorga eficacia normativa al convenio colectivo en su integridad y sin distinción, por lo que independientemente de la función de cada cláusula respecto de los sujetos obligados, están “dotadas todas ellas de idéntica eficacia normativa (Palomeque, 1988, p. 324). En nuestro ordenamiento, se hace esta distinción también, aunque en vía reglamentaria en el art. 29° del Reglamento del TUO de la LRCT, a la cual se puede extender idéntica crítica, puesto que la eficacia normativa del convenio colectivo, viene también dada directamente de la CP, que en su artículo 28.1° establece una formula semejante a la de la CE, al señalar que “La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado” (CCD, 1993, p. 5), disposición constitucional, que como se aprecia a simple vista, no hace ninguna distinción al respecto. Pensemos por ejemplo en el caso de los permisos y licencias, por treinta días naturales por año calendario, que el segundo párrafo del art. 32° del TUO de la LRCT (MTPE, 2003, p. 5), otorga como norma mínima, beneficio que es mejorado, por un pacto colectivo a cien días al año; al tener dicha cláusula por objeto brindar facilidades para el ejercicio de las actividades sindicales, la doctrina nacional le asigna el carácter de “cláusula sindical” y por lo tanto, el carácter de cláusula obligacional, al tener como destinatario sólo a una de las partes del convenio colectivo: el sindicato (Toyama, 2010, pp. 404-405), sin embargo, no puede perderse de vista que, en el ejemplo, la disposición del convenio mejora cuantitativamente el beneficio otorgado por el art. 32° del TUO de la LRCT, habiendo entonces una relación de suplementariedad, la que sólo ocurre cuando dos normas se aplican en forma

simultánea (Neves, 2003, p. 143). Esta distinción puede tener consecuencias graves al momento de resolver un caso, pues la CS ha establecido respecto a la interpretación del convenio colectivo, que las cláusulas normativas se interpretan como normas jurídicas, y, por lo tanto, les resulta aplicable el principio de interpretación favorable al trabajador, establecido en el art. 26.3° de la CP, (CS, 2015, p. 5-6), excluyendo entonces de la aplicación del *indubio pro operario*, al resto de las disposiciones del convenio colectivo, las que como en el ejemplo, podrían establecer mejoras a normas estatales que establezcan facilidades o protecciones para el ejercicio de la actividad sindical, y por lo tanto, aplicarse en forma simultánea, con carácter suplementario, concordando entonces con la tesis unitaria de interpretación del convenio colectivo, postura que no es seguida por muy autorizada doctrina nacional, al reconocer que a partir de la distinción entre cláusulas normativas y obligacionales del art. 29° del Reglamento del TUO de la LRCT, nuestro ordenamiento se adscribe a la tesis dual de interpretación (Neves, 2003, p. 121).

Por otro lado la eficacia personal, tiene que ver con la aplicación subjetiva del convenio colectivo, el cual puede ser de eficacia limitada, al ser aplicable únicamente a los grupos que estuvieron representados en la negociación colectiva, sin que pueda extenderse sus efectos a quienes estuvieron fuera de dicho ámbito, y, de eficacia general o *erga omnes*, es decir aplicable a trabajadores y empresarios de todo el ámbito funcional o territorial independientemente que estén o no representados por las partes negociadoras. Siendo la opción por una u otra, una cuestión de política jurídica que significa “aceptar en el primer caso el concepto de representación voluntaria, mientras que, en el segundo, aceptar una noción amplia de representación, que más que de voluntades se trata de una representación de intereses” (Boza, 1989, pp. 225-226). En efecto, como quiera que la CP, tal como ocurre con la CE, guarda silencio respecto a la eficacia personal del convenio colectivo, dicha tarea de delimitación queda en manos del legislador (Palomeque, 1988, p. 297), que habrá de respetar en dicha labor, los contornos constitucionales fijados para la libertad sindical. En tal sentido, nuestra legislación que ha optado por un modelo de



pluralidad sindical, ha establecido para la representación en la negociación colectiva, y, por tanto, para la eficacia personal del convenio colectivo, por la fórmula del sindicato más representativo, tal como se desprende del art. 9° del TUO de la LRCT y art. 34° del Reglamento del TUO de la LRCT, normas según las cuales, aquel sindicato que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito (50 + 1), tendrá la representación de todos los trabajadores, incluyendo aquellos quienes no se encuentren afiliados, siendo en este caso el producto de la negociación de eficacia general, mientras que de no alcanzar, el sindicato, dicho nivel de afiliación habrá de representar solamente a sus afiliados, por lo que, el convenio colectivo será en dicho supuesto de eficacia limitada (Boza, et al., 1994, p. 32-34). Este modelo ha sido ratificado por la jurisprudencia del TC, que si bien ha precisado que los sindicatos minoritarios, no pueden quedar excluidos de la negociación colectiva, en ningún caso pueden pretender establecer una negociación directamente con el empleador “pudiendo generar una menor efectividad en la defensa de los derechos de los trabajadores y afectando la unidad sindical”, debiendo en su caso canalizar sus peticiones, a través del sindicato mayoritario, que tendrá “el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados” (TC, 2014 b, p. 6-7). Pese a ello, la CS, en la Sentencia CAS N°15145-2018-MOQUEGUA, del 30/06/2021, estableció la posibilidad que sindicatos minoritarios, que previamente a la aparición de un sindicato mayoritario, tenían celebrados convenios colectivos, con su empleador, puedan continuar negociando directamente con el empleador, contradiciendo el modelo legislativo y los criterios del TC, en materia de representación para la negociación colectiva y eficacia del convenio colectivo, socavando una fórmula que como su propio texto lo indica “tiene como finalidad asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, de manera que la disgregación o atomización sindical no afecte el poder negocial de los trabajadores” (CS, 2021, p. 13), promoviendo al contrario la dispersión y desintegración de la negociación colectiva en el país.

Sin perjuicio de ello, el modelo recogido por el legislador en el art. 9 del TUO de la LRCT, de representación para la negociación colectiva, y, por lo tanto, de eficacia

personal general del convenio colectivo, que atribuye derechos exclusivos para la negociación colectiva al sindicato más representativo -donde cabe la posibilidad que uno o varios sindicatos “minoritarios” celebren un convenio de eficacia limitada en un determinado ámbito- ha sido considerado como una medida de fomento de este derecho, conforme al art. 3.b, de la Recomendación N°163 de la OIT, compatible con los principios de libertad sindical (CLS, 2018, p. 257). En efecto el deber de los Estados de adoptar “(...) medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar (...), el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria” está reconocido en el art. 4° del Convenio 98° (OIT, 1948) -ratificado por el Perú-, y más claramente en el Convenio 154° -que aunque no ratificado según la jurisprudencia del TC forma parte sí del bloque de constitucionalidad para la determinación del contenido esencial de este derecho- donde se impone a los Estados “adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva” (OIT, 1981). Además, cabe señalar, que nuestra CP, expresamente impone al Estado, en su art. 28.2, el deber de fomento de la negociación colectiva, mandato constitucional respecto del cual ha señalado, el TC, en la sentencia Exp. N° 0261-2003-AA/TC, que el mismo debe consistir en una intervención directa del Estado, a través de acciones positivas, concretas y mensurables que dispongan un “plus de tutela”, de modo de dotar de efectividad y pleno ejercicio a este derecho. Pero además se ha sostenido, con consistencia, que la interpretación del alcance de dicho precepto, debe armonizar las normas internacionales sobre la materia, así como las técnicas de tutela de los derechos fundamentales, resultando dicho propósito en tres vertientes: i) El garantismo, que lleva a superar el reconocimiento formal del derecho fundamental, para lograr la efectividad del mismo, reduciendo la distancia estructural entre normatividad y eficacia material del derecho, mediante acciones positivas del Estado: como el deber de no lesión del derecho fundamental, así como acciones administrativas, judiciales y de inversión de recursos públicos; ii) La adopción de medidas progresivas en materia de derechos sociales; y iii) La consideración constitucional al modelo de economía social de mercado y la cláusula de Estado Social, que impone la Estado el deber, tanto de adoptar medidas legislativas que fomenten la

inversión privada, como que cumplan fines de relevancia social, como es la distribución equitativa del ingreso y el goce efectivo de los derechos económicos y sociales reconocidos en la CP (Cuadros y Sánchez, 2009, pp. 11-13),

Considerando este marco, la formula legislativa establecida en el art. 9° del TUO de la LRCT y suplementada por el art. 34° del Reglamento del TUO de la LRCT, para la representación en la negociación colectiva y los efectos personales del convenio colectivo, debe entonces, ser interpretada y aplicada, por los operadores jurídicos, en especial aquellos encargados de administrar justicia, en forma compatible con el deber de fomento consagrado constitucionalmente, dentro de los parámetros antes esbozados, de modo que contribuya a la eficacia material del derecho a la negociación colectiva, y, por lo tanto, al cumplimiento de sus fines y funciones en la sociedad democrática, los cuales fueron mencionados en su momento: de intercambio, gubernamental y organizacional, destacando en este caso la primera como un mecanismo adecuado y concertado para una equitativa distribución de los ingresos económicos entre empresarios y trabajadores.

Sobre dichas normas que consideramos de promoción de la negociación colectiva, la CS, ha tenido una intervención, además de ambivalente, contraria al deber de fomento antes señalado, así en un primer momento la Sala Constitucional y Social Permanente del CS, determinó interpretando el art. 9° del TUO de la LRCT, en concordancia con el art. 42° del mismo -que habla de la eficacia normativa, la que como hemos visto no debe confundirse con la eficacia personal del convenio colectivo- y el principio de igualdad recogido en el art. 2.2 de la CP, que los efectos de convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario único, sí pueden extenderse a los no afiliados, así la sentencia Casación N°2864-2009-LIMA del 28/04/2010, señaló:

Décimo: Que en tal sentido, el artículo 9 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, únicamente regula los supuestos de representación del sindicato dentro del proceso de negociación colectiva, no así los efectos del convenio colectivo, aspecto reservado al artículo 42 de la citada Ley, y al artículo 28 de su Reglamento, cuya interpretación, a la luz de del principio

de igualdad, no admite limitación por razón de la representación sindical.  
(CS, 2010)

Esta línea jurisprudencial fue seguida entre otras por las sentencias Casatorias N°602-2010-LIMA, N°8796-2013-MOQUEGUA y N°11477-2013-CALLAO, destacándose que en todas ellas fueron trabajadores que, pese a no estar afiliados al sindicato celebrante del convenio colectivo, es decir sin haber ejercido una acción sindical positiva, no habiendo aportado económicamente al sindicato y no habiendo tenido participación sindical en el proceso de negociación, exigieron la aplicación de los beneficios económicos de aquel. Hasta aquí es claro que la opción interpretativa de la CS, era de fomento de la no acción y participación sindical. No tardaría este criterio, en seguir un rumbo distinto, marcado ahora por la CS, que en la sentencia Casación N°12901-2014-CALLAO, del 27/04/2017, estableció que permitir extender beneficios pactados por sindicatos minoritarios a los trabajadores no afiliados, sería una medida que “desalentaría la afiliación”, pues sin estar sindicalizados –es decir sin participar de los deberes y obligaciones de un afiliado- igual recibirían los mismos beneficios:

Vigésimo Segundo: Sobre los alcances de un convenio colectivo celebrado por una organización sindical minoritaria. Lo discernido anteladamente permite concluir que cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de la 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 una organización sindical, pues de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato. (CS, 2017b, p. 10)

Este nuevo criterio se siguió, por la misma Sala, también en las sentencias Casatorias N°12885-2014-CALLAO, N°1315-2016-LIMA, N°117-2017-LIMA, N°4255-2017-LIMA, en estos casos fueron igualmente trabajadores no sindicalizados quienes solicitaron judicialmente la extensión de los beneficios

otorgados por un convenio colectivo, en cuya celebración no coadyuvaron en forma voluntaria. Además, en todas estas sentencias la eficacia limitada del convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario se sustentó en el régimen de mayor representatividad y eficacia personal, establecido en el art. 9° del TUO de la LRCT. Esta postura empieza a ser matizada en la sentencia Casatoria N°16995-2016-LIMA, del 24/10/2017, donde, si bien, la no extensión de beneficios se sustenta aún en la eficacia limitada de un convenio colectivo, regulada legalmente, se sostuvo que las partes podrían voluntariamente establecer efectos *erga omnes* para el producto de la negociación colectiva, en este caso introduciendo el argumento de la existencia de las cláusulas delimitadoras de los efectos del convenio colectivo establecidos en el art. 29° del Reglamento del TUO de la LRCT (CS, 2017d, pp. 9-10). Posteriormente con la sentencia Casatoria N°19367-2015-JUNÍN, del 17/01/2018, la no extensión de los beneficios de un convenio colectivo de eficacia limitada se sustentó, ya no en la fórmula legal de mayor representatividad, sino únicamente en la necesidad que las partes hayan pactado expresamente, que los efectos personales del convenio colectivo, tengan alcances limitados (CS, 2018a, pp. 8-9), es decir a contrario sensu, según este razonamiento, en caso no existir pacto expreso para limitar la eficacia subjetiva del convenio, los beneficios de aquel sí podrían ser extendidos a los trabajadores no sindicalizados, con lo cual, se termina desconociendo la imperatividad normativa del art. 9° del TUO de la LRCT, retornando en conclusión a la situación anterior.

Finalmente, en la última etapa de la posición adoptada por la CS, respecto a este tema, en la sentencia Casatoria N° 20956-2017-LIMA, del 13/12/2018, que resolvió un caso, presentado ahora por un sindicato, que alegó discriminación en perjuicio de sus afiliados, al haber el empleador extendido el bono por cierre de pliego, a los trabajadores no sindicalizados, aunque bajo una denominación diferente pero con el mismo valor económico, y, por lo tanto, solicitó el cese de dicho acto, al que calificó de antisindical, mediante el otorgamiento a sus afiliados del mismo beneficio económico, la CS, sostuvo que si bien el empleador no puede extender los beneficios de un convenio colectivo pactado por un sindicato minoritario, de eficacia personal limitada, puede sí en cambio, “en forma unilateral



otorgar beneficios económicos similares a los pactados en el convenio colectivo”, pues de lo contrario se afectaría la posibilidad que el empleador fomente el ejercicio de la libertad sindical negativa, mediante el otorgamiento unilateral de incentivos, no calificando en consecuencia esta conducta del empleador como una práctica antisindical. Dicha sentencia sostuvo:

Décimo Sexto: Que, siendo pagos de naturaleza diferente el Bono de Integración y el Bono por Cierre de Pliego, el hacer extensivo el pago del primer beneficio nombrado a los trabajadores sindicalizados por considerarlo discriminatorio, constituiría un error que desalentaría la posibilidad que el empleador pueda unilateralmente otorgar mejoras a los trabajadores que ejercen su derecho a la libertad sindical negativa, por tal motivo este Supremo Colegiado considera que no existe ninguna conducta antisindical por parte de la empresa demandada, siendo el caso que si la organización sindical demandante lo tiene por conveniente podrá proponer en una próxima negociación colectiva el negociar el pago del Bono de Integración, sin perjuicio de percibir a la vez el Bono por Cierre de Pliego. (CS, 2018b, p.11)

Este criterio que fomenta el unilateralismo en la regulación de las relaciones laborales, ha sido ratificado por la CS, en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional, del 06 de agosto de 2019, que autoriza al empleador a que en forma unilateral pueda decidir la extensión de los beneficios de un convenio colectivo de eficacia limitada (CS, 2019, p. 2). Esta última y actual postura jurisprudencial, como se aprecia, ya no sólo viene a desconocer el modelo del sindicato más representativo y de eficacia personal del convenio colectivo, establecido en el art. 9° del TUO de la LRCT, el cual como se sostiene, es una norma de garantía y promoción de las libertades sindicales, que debe interpretarse y aplicarse por los órganos estatales, entre ellos la jurisdicción ordinaria, en clave de fomento de la negociación colectiva, conforme al expreso mandato constitucional; sino que propugna un modelo de relaciones laborales distinto al diseño legislativo, en el cual ahora debe fomentarse la regulación unilateral de las condiciones laborales y en consecuencia la no participación sindical de los

trabajadores.

Se sostiene aquí que la extensión de beneficios de un convenio colectivo de eficacia limitada, en los términos de la fórmula legislativa establecida en el art. 9° del TUO de la LRCT y el art. 34° de su Reglamento, o el otorgamiento unilateral de los mismos por parte del empleador, sí es una conducta que califica como una discriminación antisindical por acción indirecta de parte del empleador, que afecta no sólo a los trabajadores sindicalizados en forma individual, sino también a la organización sindical, por lo que debe ser objeto de medidas de garantía judicial para su inhibición por parte del empleador, pero también de carácter restitutorio que permitan retornar las cosas al estado anterior a la comisión de la conducta discriminatoria, reestableciendo el desequilibrio formal, que preconiza dicho modelo legislativo de representación para la negociación colectiva y eficacia personal del convenio colectivo, el cual, como se explicó, debe entenderse como un mecanismo idóneo para el fomento de la negociación colectiva; pero además las medidas judiciales deben alcanzar, no sólo a resarcir el daño moral producido, por la trasgresión del principio de no discriminación, tanto en los afiliados individualmente considerados, sino también en el sindicato, como persona jurídica, al impedirle el cumplimiento de sus fines, como es la defensa y promoción de los intereses de sus miembros, lo cual se logra en este caso, mediante la negociación colectiva y su producto el convenio colectivo, en cumplimiento de su finalidad de intercambio, procurando entre los actores colectivos, una igualdad sustancial, desde el punto de vista económico, lo cual se ve gravemente limitado por la acción unilateral del empleador, finalmente en este caso, la cuantificación del daño moral por el juez debería, atender no sólo a la clásica finalidad compensatoria de la responsabilidad civil, sino a una finalidad preventiva -que no es ajena a la naturaleza misma del daño moral- de modo que el *quantum* resarcitorio, implique un incentivo al agente trasgresor del derecho fundamental, para no reiterar en el futuro este tipo de conductas, de modo que el derecho fundamental logre su plena eficacia y cumpla los fines sociales que la CP le asigna.

En primer lugar, como se advirtió en un inicio la conducta antisindical se

manifiesta, no sólo cuando se restringen o trasgreden los aspectos dinámicos o estáticos, de la libertad sindical, individual y colectiva, sino también cuando el empleador incumple o desconoce las facilidades o garantías establecidas legalmente, para el eficaz desarrollo de las libertades sindicales, las cuales pueden variar en el tiempo, tal como las múltiples y actualizables manifestaciones de la acción sindical, siendo como se explicó la conducta antisindical naturalmente atípica, no requiriéndose por tanto, una prohibición expresa o predeterminada, de todas las conductas susceptibles de lesionar este derecho, así pues, como se ha visto el modelo de representación para la negociación colectiva y eficacia personal del convenio colectivo, que establece el art. 9° del TUO de la LRCT, es un mecanismo de fomento de la negociación colectiva, en tanto, en primer lugar, otorga al sindicato mayoritario la exclusividad de la representación para la negociación, dotando al producto convencional de eficacia general, favoreciendo la unidad y poder sindical, pero además en este caso dotando al sindicato exclusivamente negociante, de la posibilidad de ejercer una huelga de efectos generales, a tenor de lo establecido en el art. 62° del Reglamento del TUO de la LRCT, lo cual potencia su desempeño negocial y asegura mejores resultados convencionales, y, en segundo lugar, en caso el sindicato negociador sea minoritario, restringiendo los efectos del convenio colectivo, sólo a los afiliados, de modo tal, de fomentar la sindicalización y participación sindical, de manera que la negociación colectiva con el sindicato, sea el mecanismo privilegiado, para establecer las condiciones económicas y de regulación de las relaciones entre el empleador y los trabajadores, en el ámbito correspondientes. En efecto, el CLS ha señalado con claridad, que al existir un sindicato en el ámbito correspondiente, éste tiene el privilegio de la negociación colectiva, por sobre delegados o representantes de trabajadores no organizados o sobre negociaciones directas entre el empleador y los trabajadores, señalando al respecto: “La celebración de pactos colectivos con los trabajadores que no están sindicalizados o que se desafilian de las organizaciones sindicales y que ofrecen mayores ventajas que las convenciones colectivas, no fomentan la negociación colectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Convenio núm. 9” (2018, p. 255), entonces si la celebración de pactos con trabajadores no afiliados o que se retiran del

sindicato para percibir mejores beneficios, no es compatible con el deber de fomento de la negociación colectiva, evidentemente mucho menos lo será el otorgamiento unilateral o no negociado, a esos trabajadores, de beneficios por parte del empleador, superiores o similares a los conferidos por el convenio colectivo.

Pero, además consideramos que esta práctica es una forma de discriminación indirecta, en perjuicio de los trabajadores sindicalizados, concepto que es muy bien graficado por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT, al compararlo con la discriminación directa:

744. La discriminación directa ocurre cuando se brinda un trato menos favorable, explícita o implícitamente, en razón de uno o más motivos de discriminación prohibidos [en tanto que] 745. La discriminación indirecta se refiere a situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo. (OIT, 2012, p.333)

De la misma forma en la sentencia expediente N° 05652-2007-PA/TC, el TC, precisa la concepción sobre la discriminación indirecta, en el ámbito laboral señalando que esta se produce cuando los “(...) actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna (...), pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual” (2008, p. 14). Es justamente lo que sucede en el presente caso donde bajo la cobertura de la búsqueda de la igualdad de todos los trabajadores de un determinado ámbito, se extiende los beneficios de un convenio colectivo de efectos restringidos,

pretendiendo la equiparación entre dos grupos que son sustancialmente distintos, por un lado, quienes han decidido realizar actividad sindical, decisión que debe ser promovida y fomentada por acciones positivas de parte del Estado, y, por otro, quienes ha decidido no realizarla, sin embargo, dicha medida de igualación, sin aparentemente ningún motivo prohibido, tiene un grave efecto negativo en el ejercicio de la libertad sindical de los primeros. En efecto, la aplicación del principio-derecho de igualdad, en el seno de las relaciones laborales, no hace más que evitar –ya sea de parte del Estado o de los particulares- que se generen diferenciaciones arbitrarias o no razonables, es decir que no toda diferenciación podría merecer tal calificación, tal como bien lo ha definido el TC en la sentencia expediente N°01604-2009-PA/TC, 14/10/2009:

6. En tal sentido, el derecho a la igualdad se constituye, prima facie, en aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.

Como se ha señalado el modelo de representación para la negociación colectiva y de eficacia personal del convenio colectivo, adoptado por el art. 9° del TUO de la LRCT, crea en efecto privilegios y mecanismos diferenciados, entre sindicalizados y no sindicalizados, que son medidas idóneas de promoción y fomento, para la negociación colectiva, las cuales se hayan justificadas, en atención a los fines sociales de distribución equitativa del ingreso y regulación autónoma de las relaciones laborales, que este derecho constitucional debe cumplir, por lo que la extensión de beneficios del convenio colectivo de eficacia limitada, viene a romper este desequilibrio justificado y promotor impuesto por el legislador. En efecto, no es posible sostener –atendiendo a una apreciación objetiva de las cosas- que los trabajadores sindicalizados, se encuentren en similares condiciones que los no sindicalizados, al contrario, de cara a la negociación colectiva, ambos grupos se



encuentran en posiciones diametralmente opuestas, pues

Mientras que unos han decidido pertenecer a un sindicato para ejercer, de ese modo, un aspecto de la vida en democracia, los otros no. Mientras unos proponen y luchan conjuntamente en la defensa de sus intereses laborales, los otros no. Mientras unos consiguen, con su participación democrática, mejoras en las condiciones remunerativas y de trabajo, los otros no. Mientras unos aportan a sus organizaciones sindicales, los otros no. Por lo tanto, los unos y los otros no se encuentran en las mismas condiciones o situaciones (Paredes, 2011, p. 198)

Como se puede apreciar, no puede sostenerse una situación de igualdad, a fin de justificar un acto antisindical, como es el otorgamiento unilateral de un beneficio económico, pactado en forma restringida a los trabajadores afiliados de un sindicato minoritario, también a los trabajadores no sindicalizados, constituyendo claramente una medida de discriminación indirecta, pues a quienes realmente se perjudica es a los afiliados al sindicato, que por su participación y contribución a la organización, con el fin de lograr mejoras en las condiciones de empleo, aportan económicamente (con su cuota sindical) y personalmente (con su participación en las asambleas, medidas de protesta, de organización, etc.), con el logro de dichos fines; son privados económicamente de dicha liberalidad de la que sí gozan los no afiliados (sin ningún tipo de participación sindical); siendo dicha conducta finalmente un acto de injerencia, al desincentivar la afiliación, contribuyendo indebidamente al debilitamiento o al no crecimiento del sindicato, tal como se ha sostenido con toda razón:

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, 2011, p. 199)

Cabe destacar que el empleador para otorgar a los trabajadores no afiliados los beneficios pactados por un sindicato minoritario, hace necesariamente un proceso mental de segregación o diferenciación indebida, entre los trabajadores, en este caso basado en su afiliación sindical (motivo prohibido para hacer una diferenciación), convirtiendo dicha conducta en discriminatoria, lo que no puede justificar, ninguna medida del empleador, aun cuando con ello se pretenda, aplicar o extender una falsa igualdad entre todos los trabajadores, los que como ya se explicó, no se encuentran en iguales condiciones (Monteblanco, 2016, pp. 261-262). Es necesario señalar también, que la doctrina nacional ha sostenido que la extensión de los beneficios de un sindicato minoritario a los no afiliados, resultaría válida ya que “prohibirse esta libertad de extensión [iría] en desmedro de la libertad sindical negativa”, trayendo como consecuencia que los trabajadores no afiliados no tengan “la posibilidad de recibir incrementos o beneficios unilaterales del empleador (porque sería antisindicales)”, es decir que “el ordenamiento obligaría a los trabajadores para que se afilien al sindicato para que puedan percibir beneficios”, conclusión que no sería aceptable pues “tanto la libertad sindical positiva como la negativa merecen la misma tutela” (Torres y Toyama, 2017, pp. 301-302). Al respecto, sin perjuicio que reciba el *nomen iuris* de libertad sindical negativa, se debe manifestar que si bien la decisión del trabajador de no pertenecer a un sindicato, retirarse del mismo o simplemente no realizar actividad

sindical alguna, puede sin duda calificarse como una libertad personal, no consideramos que pueda adjetivarse como sindical, pues justamente carece del elemento que caracteriza y dota de contenido a este bien jurídico: la acción sindical, que si bien puede ejercerse en forma individual, se manifiesta principalmente en forma colectiva, mientras que quien decide voluntariamente apartarse de aquella, simplemente no la ejerce en forma alguna. Por otro lado, consideramos que dicho argumento podría llevarnos a la siguiente disyuntiva lógica: si es posible y válido sostener que prohibir en forma unilateral la extensión de beneficios a los no afiliados, afectaría la libertad sindical negativa, ya que la ley obligaría a los trabajadores a sindicalizarse para percibir los beneficios del convenio colectivo, entonces tendría que aceptarse que también es posible y válido sostener que permitir la extensión de beneficios a los no afiliados, vulneraría la libertad sindical positiva de los sindicalizados, pues desalentaría la afiliación en vista que sin participación sindical alguna sería posible también percibir los mismos beneficios. En ninguno de los dos casos podría afirmarse que la ley ejerce algún tipo de coacción sobre la voluntad del trabajador a efectos que ingrese, se retire o permanezca en el sindicato. Este entrampamiento argumentativo se resuelve si consideramos que en este caso está en juego otro derecho fundamental como es la negociación colectiva, como la principal manifestación de la acción sindical, respecto del cual, la CP, opta por imponer al Estado un deber de fomento, exigiendo medidas concretas y un plus de tutela, en los ámbitos normativo, judicial y administrativo, en tal sentido el objetivo constitucional que las relaciones laborales se regulen principalmente mediante la autonomía colectiva, sólo puede lograrse mediante el aumento de la sindicalización, no al revés, por lo tanto, si bien todas las libertades deben tutelarse, por mandato de la CP, el establecimiento de las condiciones económicas y la distribución equitativa del ingreso mediante la negociación colectiva debe preferirse, por encima de su otorgamiento unilateral por parte del empleador, lo cual sólo se logra a su vez promoviendo la sindicalización.

Cabe señalar que, en la reciente sentencia del TC, Pleno. Sentencia 100/2022 EXP. N.º 02789-2021-PA/TC, la cual se resolvió, por la improcedencia, de un

proceso de amparo, planteado contra, la Casación 20956-2017-Lima, citada en líneas anteriores, con el voto dirimente del Presidente de dicho Tribunal. En este caso, entendemos, que el voto disidente, planteó que dicha controversia debía resolverse, por la vía de la ponderación de los derechos en juego, la libertad de empresa y la libertad sindical, al señalar que la CS, en la fundamentación de su sentencia, no había sustentado adecuadamente el fallo, “(...) identificado cuáles son los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos en el proceso laboral subyacente (...)” (TC, 2022, p. 12). Como acabamos de ver, consideramos que, dicho análisis de ponderación tendría, dada la propia configuración de la CP, en favor del deber de fomento de la negociación colectiva.

### **3.3 El resarcimiento de los daños causados por la lesión a la libertad sindical desde una perspectiva comparada.**

#### **3.3.1 El caso de España**

Es especialmente interesante analizar el desarrollo que, sobre el resarcimiento del daño, incluido el daño moral, sufrido por la lesión a la libertad sindical, en tanto derecho fundamental, ha tenido la jurisprudencia española, la cual ha ido de la mano de las innovaciones legislativas ocurridas sobre dicha materia. Al respecto se ha señalado que los pronunciamientos jurisdiccionales, sobre el otorgamiento del daño moral, han atravesado por cuatro etapas: i) *Concesión automática*, considerándose que probada la lesión al derecho fundamental se presumía que se había producido un daño resarcible, por lo que, éste debía ser otorgado en forma “automática”, correspondiendo al juez la valoración del daño moral, en base a la gravedad de la conducta y las circunstancias del caso; ii) *Fase restrictiva*, según la cual, en relación a la vulneración de la libertad sindical, se sostuvo que el demandante debía fundamentar en forma adecuada su pretensión resarcitoria y acreditar “cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”; iii) *Replanteamiento de la cuestión por la doctrina constitucional* establecida por la sentencia del TCE 247/2006, contra una sentencia del Tribunal Supremo Español (TSE) que había negado el resarcimiento

por daño moral, frente a una conducta declarada antisindical, por considerar no cumplida la obligación de fundamentar y probar aquel daño, respecto de lo cual declaró -sin afirmar que dicho resarcimiento debía ser automático- que la fundamentación de dicha pretensión se sustentaba en “la intensidad misma del comportamiento antisindical y los daños que tales conductas necesariamente habían de provocar en la persona que las padecía”; y iv) *Fase actual de carácter aperturista*, al calificar al daño moral como “inherente y unido a la vulneración del derecho fundamental”, basándose para ello, entre otros aspectos, en las disposiciones de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), cuyo art.179.3 señala que en el caso de “daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental” de difícil cuantificación no es exigible la determinación de las “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada”, mientras que el art.183.2 al establecer la obligación de determinar, en la sentencia que estime una conducta como lesiva del derecho fundamental, la cuantía del daño producido, en forma prudencial “cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”, pero en forma tal que pueda “resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como contribuir a la finalidad de prevenir el daño” (Sancha, 2017).

Se ha precisado que los mencionados artículos 179.3 y 183.2 de la LRJS, vienen a recoger la doctrina jurisprudencial establecida por el TCE, en la sentencia 247/2006 adoptando una “posición intermedia” frente a la perspectiva restrictiva del TSE, que requería no sólo probar la existencia del daño, sino también su cuantía, es decir que sin adoptar una perspectiva automática del resarcimiento frente a la lesión de derechos fundamentales, “relaja la prueba de los daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada” (Maneiro, 2011, pp. 247-248). En efecto, dicha sentencia, determinó que el desconocimiento por parte del TSE, de los fundamentos aportados para solicitar el resarcimiento y por tanto negarlo, vulneraron la libertad sindical de la parte afectada, considerando al contrario “suficientes las alegaciones y pruebas practicadas en relación con la intensidad y agresividad del comportamiento antisindical (...), su “carácter burdo,



evidente y ostensible” y su finalidad disuasoria respecto tanto de la actividad del trabajador como del colectivo de trabajadores al que aquel pertenecía”, concluyendo el fallo que la sola declaración de nulidad de la conducta antisindical no resultaba suficiente para “una reparación real y efectiva del derecho vulnerado”, el cual entonces quedaría desprotegido, por lo que ésta facilitación probatoria, que explica el TCE, partiría de la consideración, más allá de la determinación de la cuantía del daño moral, de por sí de difícil cuantificación y su encuadramiento en una consecuencia compensatoria, en la necesidad de su establecimiento por el juez, para un resarcimiento completo del daño causado (Maneiro, 2011, pp. 257-258). Por lo tanto, si bien el TCE, no reconoce la tesis de la automaticidad del otorgamiento del resarcimiento, sí cuestiona la “interpretación excesivamente restrictiva en relación con los indicios que debían aportarse y acreditarse para probar la existencia del daño”, los cuales una vez actuados, cómo se determinó había ocurrido en el caso, al acreditarse “el panorama antisindical”, deberían constituir “bases y elementos de apoyo suficientes en los que asentar una condena indemnizatoria”, por lo que, razonar que no se habría cumplido con dicha exigencia probatoria, implicaría una motivación no razonable y no fundada en derecho, y en consecuencia, además, una vulneración a la tutela judicial efectiva (Maneiro, 2011, p.259). Dicho de otro modo, sin que la línea interpretativa fijada por el TCE, haya considerado la vuelta a la automaticidad en la determinación del daño moral, sin duda sí significó “el descarte, en aras de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, de pruebas diabólicas y de cuantificación compleja en la acreditación de los daños morales” por parte del demandante afectado con la lesión de la libertad sindical (López, 2021, p.17).

Pese a lo dicho, se hace necesario diferenciar entre el reconocimiento del daño moral “unido a la vulneración del derecho fundamental”, reconocido en adelante por el TSE, a partir del mencionado pronunciamiento del TCE y la regulación del art. 183.1 de la LRJS, que positiviza dicho precepto (BOE, 2011, p.92), y la determinación de la cuantía indemnizatoria por la vulneración del derecho, la cual, según el criterio establecido por el TSE, corresponde al juez de instancia, siendo revisable sólo cuando sea “manifiestamente arbitraria, irrazonable y

desproporcionada” (López, 2021, p.19). Así, en la etapa aperturista de los tribunales españoles, lo que se denominó por el TSE, como factores concurrentes para la determinación del daño moral: “gravedad de la conducta, duración, consecuencias del daño”, han resultado trascendentes, ante la carencia de parámetros objetivos, si bien no para el reconocimiento de dicha reparación, sí para la cuantificación del mismo, condicionando objetivamente la valoración “prudente y discrecional” del juez, el cual si bien podría establecer montos disimiles, ante diversos casos, estaría vedado a una valorización arbitraria del daño moral (López, 2021, p. 19). Cabe resaltar, que si bien para la determinación de la cuantía del daño moral, la jurisprudencia ha venido utilizando como criterio objetivo las sanciones establecidas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), cuyo texto refundido, fue aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, el propio TSE, determinó que aquella no es “una aplicación sistemática y directa de dichas normas”, sino que el uso de los elementos de cuantificación de las sanciones que ofrece dicha norma, sirven para la determinación de la valorización del daño atendiendo a la gravedad de la conducta vulneradora del derecho fundamental, siendo precisamente los mencionados factores concurrentes los que finalmente permiten al juez “una u otra calificación y grado de la infracción, a la hora de fijar la indemnización por daños morales por analogía con la posible multa que se impondría por una infracción de la LISOS” (López, 2021, p. 23), considerándose, en algunos casos también, la reincidencia “como el factor que justifica la elección de la concreta cuantía indemnizatoria” (López, 2021, p. 24). Cabe señalar que los art. 7º y 8º, de la LISOS establecen respectivamente, como infracciones graves, lo que sería análogamente, en nuestro medio: la trasgresión de los derechos de información (7.7), permisos (7.8), recaudación de cuotas sindicales (7.9); y muy graves: la infracción de los derechos de reunión (8.5), acceso al centro de trabajo de los representantes de los trabajadores (8.6), de las cláusulas normativas del convenio colectivo (8.8), así como la discriminación antisindical (8.12) (BOE, 2000, p. 10-11). Mientras que el art. 41º de la LISOS, establece la cuantía de las sanciones administrativas, haciendo una graduación de las mismas, según cada tipo de infracción, sea ésta, leve, grave o muy grave, de modo que las sanción pueden

ser en cada caso, de grado mínimo, medio y de grado máximo; por ejemplo, las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, individuales o colectivas, podrían sancionarse “c) (...) con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros.” (BOE, 2000, p. 37). Por último, dado que el art. 183.2 de la LRJS introduce, además de una función reparadora o restitutiva, una finalidad preventiva, a la cuantía del resarcimiento, al señalar que

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. (BOE, 2011, p. 92)

Se ha discutido si esta disposición ha implicado la introducción de los daños punitivos, en el ordenamiento español, recordemos que los *punitive damages*, que tienen su origen en el *common law*, y se imponen “en casos de extraordinaria gravedad y de conducta especialmente dolosa y antisocial del infractor”, no tienen aceptación en el derecho continental, donde existe una estricta diferenciación entre la función reparadora del daño que se asigna al resarcimiento otorgado por la responsabilidad civil y la función sancionadora y preventiva de las conductas consideradas “socialmente intolerables”, que es ejercida en forma exclusiva por el estado, a través de la tutela penal y administrativa. Los daños punitivos, tendrían entonces el carácter de pena privada, teniendo por función disuadir, no sólo al autor del daño, sino a la generalidad de sujetos, a no cometer en el futuro dicha conducta, lo cual implicaría -se critica-; la introducción de un mecanismo “cuasi penal”, en el ámbito de la responsabilidad civil, además de menoscabar el principio de enriquecimiento sin causa (López, 2021, pp. 25-26). Sin embargo, frente a dichas críticas, quienes abogan por su recepción señalan que se conferiría a la responsabilidad civil de un mecanismo de disuasión más eficaz, frente la tutela penal y administrativa que no siempre resulta suficiente, existiendo muchos casos en donde “el responsable asume las consecuencias sancionatorias

confiando en que su patrimonio permanecerá prácticamente intacto”, pero además señalan que su imposición correspondería a supuestos de “conductas particularmente intolerables”, en la sociedad, lo que caracteriza su naturaleza en el sistema jurídico del cual se originan, aunque se reconoce que se requería una tipificación legal en los supuestos en los cuales habría de imponerse (López, 2021, p. 26). Si bien la jurisprudencia del TSE, inicialmente negó la posibilidad que los montos indemnizatorios incorporen sumas con fines preventivos o ejemplificadores, sus más recientes fallos reconocen que

(...) lo dispuesto en los artículos 179.3 y 183.2 LRJS, se deduce que, la facultad atribuida al tribunal de determinar “prudencialmente” la cuantía del daño obliga a tener en cuenta que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además “para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención”. Se admite, pues, ya sin vacilación alguna, que el art. 183.2 LRJS viene a asignar a la indemnización no sólo una función resarcitoria (la utópica *restitutio in integrum*), sino también la de prevención general (...) (López, 2021, p. 30).

Sin perjuicio de lo cual, se ha precisado que aun cuando resulta poco frecuente que los tribunales asignen un monto diferenciado con fines preventivos del daño, no puede perderse de vista, que la forma cómo este objetivo, se incorpora en la cuantificación del resarcimiento –lo que sólo corresponde al juez de instancia, salvo los casos de abierta arbitrariedad, como se mencionó- puede variar, atendiendo a la aplicación de los mencionados factores concurrentes: “gravedad de la conducta, duración, consecuencias del daño”, que resultan trascendentes a dicha labor, lo que se aprecia, al aceptarse que los daños punitivos se han incorporado al monto resarcitorio, cuya imposición se ve ligada “a conductas especialmente dolosas y antisociales” (López, 2021, pp. 30-31). Esto se ve reflejado en algunos pronunciamientos judiciales, donde con la magnitud del resarcimiento otorgado a la víctima en calidad de reparación, se considera cumplida adecuadamente la finalidad preventiva, en su aspecto individual y social, sin que sea necesario establecer una suma especial, a tales efectos; y, otros

pronunciamientos, donde dicha función disuasoria es la única a tener en cuenta, ante situaciones en las que no haya daños objetivos que resarcir, pero por agravantes como “la reincidencia en la vulneración de la libertad sindical”, quede demostrado que la sola restitución en el ejercicio del derecho no sea suficiente para prevenir la reiteración del ilícito (López, 2021, pp. 31-32).

### **3.3.2 El caso de Argentina**

En el caso del derecho argentino también se ha discutido si las personas jurídicas son susceptibles de sufrir daño moral, siendo la tesis mayoritaria que siguen los tribunales de ese país, la que niega esa posibilidad, según Chiapero y Oroná, a partir del caso “Kasdorf SA v. Provincia de Jujuy y otros/daños y perjuicios, el 22/3/1990”, partiendo de una concepción que identifica al daño moral con “(...) una lesión en los sentimientos o afecciones legítimas de la personalidad o sufrimientos físicos, psíquicos o espirituales propios de los seres humanos.” (2017, p. 2), la CS de ese país, afirma que las personas jurídicas carecen de dichos atributos, razón por la cual sólo las personas naturales serían pasibles de sufrir este tipo de daño. Además, en dicho fallo se sostuvo mayoritariamente, que las sociedades comerciales, dado el fin lucrativo que persiguen, sólo pueden sufrir un tipo de “daño moral objetivable” es decir, que cualquier afectación al prestigio o nombre comercial, tendrá efectos que siempre podrán identificarse con detrimentos o pérdidas de tipo patrimonial (2017, p. 3). Asimismo, Chiapero y Oroná, señalan que la posición minoritaria en el caso “Kasdorf”, sostuvo, en cambio, que las personas jurídicas poseen una subjetividad jurídica y atributos extrapatrimoniales de las que son premunidas para el logro de sus objetivos en la sociedad, entre los que están el: “prestigio, crédito comercial, derecho al nombre”, los cuales al tener un valor en la comunidad, su afectación es susceptible de generar un daño análogo al que sufrirían dichos atributos en una persona natural, independientemente del daño o afectación patrimonial que pudiera o no generarse (2017, p. 3). Además, según Chiapero y Oroná, en el caso “Casa Hutton SA v. Resmacon SRL s/ordinario” del 11/2/2000”, la posición minoritaria sostuvo que, si bien las personas jurídicas carecen de la subjetividad de las personas naturales, sí



son susceptibles de sufrir daños extrapatrimoniales en “(...) los bienes o presupuestos personales (...)” compatibles con su propia naturaleza (2017, p. 4). Finalmente, de acuerdo a Chiapero & Oroná, la posición jurisprudencial intermedia, sostiene que, dado el reconocimiento de la posibilidad de sufrir “(...) *daño moral colectivo* (...)”, respecto de los intereses difusos, no podría sostenerse una postura que niegue en forma general la posibilidad de las personas jurídicas de sufrir ese tipo de daños (2017, p. 4). Para terminar, Chiapero y Oroná, analizando las modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN), afirman que el cambio sufrido respecto de la definición de daño en el art. 1737 del CCCN, que suprime el término “moral” por el de “interés no reprobado por el ordenamiento jurídico”, propone una idea más amplia de daño; además al introducir el concepto de reparación plena, el art. 1741 del CCCN, no distingue el tipo de persona -natural o jurídica- susceptible de sufrir un daño, pese a lo cual, aún no existe ninguna disposición normativa que reconozca expresamente que la persona jurídica pueda sufrir daño extrapatrimonial (2017, p. 5). Sin embargo, las autoras, destacan la posición doctrinaria que reconoce que la persona jurídica puede sufrir daños extrapatrimoniales, al considerar que el concepto de daño moral, no sólo comprende el dolor o sufrimiento, sino también toda afectación a los derechos o atributos de la personalidad, por lo que, el daño a la persona jurídica no podría reducirse sólo a perjuicios patrimoniales, sino que, será posible identificar, en una entidad sin fines de lucro que sufra agravios en los fines que persigue o en los mecanismos que sirvan para conseguirlos, daños no patrimoniales, que habrá que trasladar en forma colectiva, no sobre cada uno de sus integrantes o representantes, sino sobre la entidad o institución. Si ello no fuera posible, sería necesario acumular las pretensiones individuales de cada uno de sus miembros, en una acción colectiva, a fin que cada uno reclame la porción de daño que la afectación de la imagen institucional, que aglutina sus intereses, haya ocasionado en el ámbito social en el que aquella entidad actúa (2017, p. 6).

### **3.3.3 El caso de Colombia**

En Colombia, dado que no está reconocido expresamente en su Código Civil, el

daño moral es un concepto que se ha construido jurisprudencialmente, a partir de la noción de “(...) reparación integral de la víctima (...)”, inicialmente con la Sentencia del 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de dicho país, correspondiente al caso Villaveces, quién reclamo un resarcimiento por el daño sufrido al haberse trasladado los restos de su esposa a una fosa común sin su consentimiento, donde se reconoció una protección respecto de “(...) los sentimientos o afectaciones que menoscababan la integridad de las personas (...)”; posteriormente, dicho tribunal ampliaría la protección sobre la afectación de daños morales, “(...) por afectación al honor y fama de una persona (...)” en la Sentencia, del 20 noviembre de 1933, en el caso del daño sufrido por un profesional médico al trascender en medios una falsa acusación de tráfico ilegal. Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana, consolidaría su concepción de daño moral relacionándola con la afectación de “(...) la personalidad humana, sentimientos y sensaciones de quien lo padeció (...)” en la Sentencia 4978 de 1999, es decir se afianzaría la idea que el daño moral es un perjuicio que se relaciona estrictamente con los agravios o afectaciones a la subjetividad o valores interiores que sólo la persona humana posee (Méndez de Andrés, 2016, pp. 130-132).

Méndez de Andrés, señala que es en el caso Villaveces, donde la Corte Suprema, plantearían las bases para una teoría del daño moral en Colombia, al bosquejarse las consideraciones siguientes: “a) Comprende la lesión a bienes de la personalidad, afectación psíquica o integridad física, b) Es una figura independiente de los perjuicios patrimoniales, c) La cuantía que se paga se encuentra supeditada al *arbitrium iudicis*”. Destaca, además, el autor que, dada la concepción jurisprudencial de daño moral, el resarcimiento que se otorga en atención al mismo, no podría tener carácter resarcitorio pues no podría restituir el dolor y padecimiento sufrido, teniendo un carácter sólo compensatorio, pues ayuda a la persona, a sobrellevar el daño acaecido (2016, p. 135). En cuanto a si las personas jurídicas son susceptibles de sufrir daño moral, el autor señala que dado que la Corte Suprema, concibe el mismo sólo en relación con la afectación que puede sufrir la persona humana, diferenciándolo claramente de las

consecuencias económicas o patrimoniales, esta definición excluiría tal posibilidad; así lo determinó la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Sentencia 079 del 30 de enero de 2012, frente a una demanda sobre competencia desleal y resarcimiento por daño moral planteado por una empresa, sentencia que entre sus fundamentos habría usado un pronunciamiento de la Corte Suprema, que negaba que las personas jurídicas, pudieran sufrir aflicciones o sufrimientos (2016, p. 147-148). Sin embargo, la sala de casación penal de la Corte Suprema, en la Sentencia 16441, del 29 de mayo de 2000, planteó una postura distinta afirmando que las personas jurídicas si pueden padecer daño moral “(...) siempre que se afecte su buen nombre, reputación y que amenacen concretamente su existencia o por el contrario logren una disminución significativa en su capacidad de acción que los pone en inferioridad de su género o especie.”, es decir que la afectación sufrida ponga a la persona jurídica en una situación de desventaja frente a otras entidades similares (2016, p. 148-149).

Asimismo, según Méndez de Andrés, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T- 212, 2012, también sostuvo que las personas jurídicas podían sufrir daño moral, cuya determinación debía ser objeto de actividad probatoria y discrecionalidad jurisdiccional, respeto a la existencia del daño y su magnitud. Sin embargo, según el autor, en fallos anteriores – Sentencia 6221, 1992 y Sentencia 7881, 1993- dicho tribunal, había negado la posibilidad que una persona jurídica pueda acudir al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, alegando la afectación a los derechos “(...) al buen nombre y la honra (...)”, pues dichos atributos sólo corresponden a las personas naturales, razón por la cual, para la protección de lo que se conoce como “(...) su imagen o el denominado *good Will* (...)”, que tiene un carácter patrimonial, la Corte determinó que las personas jurídicas debían acudir a la jurisdicción ordinaria (2016, pp. 151-152). Por su parte, según refiere, Méndez de Andrés, el Consejo de Estado de Colombia, -entidad máxima en cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa de ese país- si bien sostuvo, en la Sentencia 17031, del 20 de noviembre de 2008, que las personas jurídicas no pueden ser susceptibles de daño moral entendido este como sufrimiento o *pretium doloris*, sí poseen una subjetividad jurídica y por lo tanto

tienen atributos de la personalidad propios de su naturaleza que pueden ser entendidos “(...) en sentido objetivo como morales y de carácter extrapatri-monial (reputación, el buen nombre, la probidad) (...)”, los cuales al ser afectados son susceptibles de resarcimiento (2016, p. 153). Sin embargo, según el autor, en un fallo más reciente, Sentencia 24991, del 16 de agosto de 2012, dicho tribunal, si bien ratificó que las personas jurídicas, pueden ser resarcidas, frente a la afectación de su buen nombre o *good Will*, precisó que ello no corresponde a un daño moral, sino que dichos derechos, pese a ser intangibles, corresponden al patrimonio de la persona jurídica, debiendo ser resarcidos en la entidad de daño emergente (2016, p. 154). Finalmente el autor concluye, que las diversas posturas jurisprudenciales de los tribunales colombianos, respecto a la posibilidad que una persona jurídica pueda sufrir daño moral y ser resarcida por ello, atenta contra el principio de seguridad jurídica, criticando además, los argumentos que pretenden supeditar la existencia del daño moral, a la prueba o determinación de su cuantía, lo cual es una operación que podrían corresponder al lucro cesante o daño emergente, más no a aquel, cuya entidad es de carácter justamente subjetivo o extrapatrimonial (2016, p. 161-162).

### **3.3.4 El caso de Chile**

En el caso de la jurisprudencia chilena, según Demarchi, si bien se ha identificado dos tendencias, en cuanto a la posibilidad que la persona jurídica pueda sufrir daño moral, mayoritariamente los pronunciamientos de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, se decantan afirmativamente. En cuanto a la tendencia negativa, según el autor la Corte Suprema en el fallo del 2 de abril del año 1997 (Rol 3045-1996), determinó que las personas jurídicas no eran titulares de “(...) una acción de indemnización del daño moral (...)”, entendiendo que aquella sólo correspondía a las personas naturales, dado el carácter subjetivo del mismo, atributo que no se reconoce en aquellas (2014, p. 101).

Respecto a la tendencia jurisprudencial, que acoge la tesis favorable al resarcimiento por daño moral para las personas jurídicas, Demarchi, señala que la

Corte Suprema en el fallo del 28 de octubre de 2003 (Fundación Hogar de Cristo contra Sergio Benavente Escalona, Rol 1654-2002), donde la entidad sin fines de lucro ve mermada las donaciones que recibía para el cumplimiento de sus fines, debido a un hecho de apropiación indebida, sostuvo que “[l]as personas jurídicas sí pueden experimentar daño moral, entendiendo por tal, en este caso, el de carácter extrapatrimonial que afecta a su reputación o prestigio” (2014, pp. 104-105). Asimismo, según el autor, en el fallo del 23 de junio de 2004, (Alfonso Torres Albornoz; Favitorr Sociedad Anónima; con Banco Bhif, Rol 4745-2002), la Corte Suprema, reconoció un resarcimiento por daño moral a la demandante, pues debido al mal uso de un título valor, que fue ejecutado indebidamente, “(...) sufrió molestias, descrédito y daño en su imagen comercial por la pérdida de credibilidad como agente responsable y cumplidor de sus obligaciones mercantiles, (...)” (2014, pp. 108-109). En el mismo sentido en el fallo del 30 de noviembre de 2006 (Sociedad de Transportes Jorquera Limitada contra Banco Sud Americano, Rol 7-2005), la Corte Suprema, otorgó daño moral, sólo a la entidad demandante, quien indebidamente fue considerada como morosa, impidiéndosele concretar determinados negocios, señalando que era incorrecto lo resuelto por la Corte de Apelaciones, al extender el resarcimiento por daño moral, a los socios, no debiendo confundirse a la persona jurídica con las personas naturales que la integran (2014, pp. 113-114).

Asimismo, en un fallo de la Corte Suprema, del 30 de junio de 2008 (Pesquera Luis Andrade S.A. con Marine Harvest Chile S.A., Rol 5857-06), que Demarchi considera trascendente, dicho tribunal señaló que el concepto de daño moral no puede restringirse a su dimensión subjetiva “(...) a la lesión a sentimientos de afección o al *pretium doloris* (...)”, que sólo puede sufrir una persona natural, si ello fuera así una persona jurídica no podría, en efecto, ser titular de una acción de ese tipo, sin embargo, de aceptarse aquello, tampoco podrían recabar daño moral aquellas personas que “(...) por su escasa edad o falta de conciencia (...)”, no podrían experimentar dichos sentimientos, por lo que, una concepción de daño moral objetivo, es la más adecuada, siendo lo trascendente la protección de la persona antes que “(...) su particular percepción del daño.” (2014, pp. 116-117).



Además, en este fallo se sostuvo que el único atributo de la personalidad que no poseen las personas jurídicas es el estado civil, resaltando que la imagen es un carácter concreto que determina la posibilidad de continuidad de la entidad para el cumplimiento de su objeto social, teniendo, por tanto, una relación directa con la existencia de su patrimonio (2014, p. 114). Sin embargo, según el autor, en fallos posteriores, si bien se negó el resarcimiento por daño moral, tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema, sostuvieron la no procedencia de tal resarcimiento al no haberse demostrado una consecuencia económica negativa, como resultado del agravio al buen nombre, prestigio y reputación de la empresa, es decir, si bien se reconoció que las personas jurídicas sí pueden ser titulares de dichos atributos, no así capaces de sufrir aflicción o sufrimiento lo que se identifica con el daño moral, dicha afectación para ser resarcida tendría necesariamente que tener una consecuencia patrimonial perjudicial para la entidad, lo cual debe ser debidamente demostrado en el proceso, es el caso del fallo de la Corte Suprema de fecha 31 de octubre de 2012 (Zorin S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A., Rol 33252012) (2014, pp. 123-124).

## Conclusiones

- A efectos de determinar los daños causados por la conducta antisindical será necesario efectuar primero un juicio de antisindicalidad con el objeto de determinar que la conducta ilícita vulnera los contornos y contenido de la libertad sindical. Para efectos de dicho análisis el operador jurídico deberá considerar los elementos esenciales que caracterizan el ilícito antisindical, el carácter atípico de la conducta, la ausencia del elemento de culpabilidad y su carácter pluriofensivo.
- Nuestro ordenamiento ha diseñado una serie de mecanismos para tutelar la libertad sindical: i) la tutela constitucional, que también es ejercida por la justicia ordinaria, que tiene por objetivo restituir al afectado en el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales, en este caso colectivos, la cual no en todos los casos plantea adecuados mecanismos de no repetición de las conductas lesivas; y ii) la tutela punitiva administrativa y penal, que procura prevenir la comisión de dichas conductas mediante la imposición de penas económicas y de privación de la libertad, sin embargo, en el primer caso aquellas podrían no resultar suficientemente disuasivas, y, en el segundo se ha sostenido el carácter simbólico de regulación penal de los bienes jurídico laborales, así como su completa ausencia u omisión en el caso de los sindicales colectivos.
- El Poder judicial al momento de evaluar la conducta antisindical, no considera los elementos expuestos del juicio de antisindicalidad, exigiendo pruebas plenas de dichas conductas. Por otro lado, no se encuentran fallos que consideren resarcimientos por la comisión de conductas antisindicales, como sí existe en el derecho comparado, por lo que la elaboración de una jurisprudencia al respecto está por construir.
- Asimismo, como parte del sistema de tutela de los derechos humanos, el sistema interamericano de justicia a previsto mecanismo de reparación, que buscan principalmente el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales, mediante medidas de reparación integral, las que incluyen una indemnización a las víctimas, por el daños patrimonial y no patrimonial sufrido, sin embargo, el sistema no está dirigido a juzgar a los autores de la violación lo cual será de responsabilidad de cada Estado, mediante su ordenamiento interno.

- Las conductas antisindicales, además de la lesión a los derechos colectivos, libertad sindical, negociación colectiva y huelga, que impiden el pleno ejercicio, de dichos derechos fundamentales laborales, son susceptibles de producir daños de carácter material (patrimonial) e inmaterial (extrapatrimonial), además de los trabajadores, afiliados y dirigentes, en forma individual, también en la organización sindical, que en su calidad de persona jurídica, es también titular de derechos fundamentales, atributos que le concede el ordenamiento para el cumplimiento de sus fines.
- Los daños que podrá sufrir el sindicato serán de carácter patrimonial (lucro cesante y daño emergente) y no patrimonial (daño moral), en este último caso, el daño moral, debe entenderse desde una concepción más amplia que el sólo dolor o sufrimiento, que padece una persona natural, para abarcar toda afectación, a los atributos de la personalidad, los cuales también posee jurídicamente la persona jurídica, en este caso el sindicato.
- Además, el colectivo de trabajadores, también habrá de sufrir perjuicios de tipo patrimonial, como será la pérdida de oportunidad (chance) de obtener beneficios económicos producto de la acción del sindicato, en la negociación colectiva.
- Estas consecuencias o daños sufridos por los titulares de la libertad sindical no obtendrán de los mecanismos de restitución procesales constitucionales y laborales ordinarios, una reparación integral, por lo que, la tutela resarcitoria del derecho civil se presente como idónea al brindar técnicas a fin de obtener el adecuado resarcimiento de dichas consecuencias dañosas
- La responsabilidad civil se caracteriza por el carácter atípico de los ilícitos privados susceptibles de ser tutelados, por lo que resultaría idónea a efectos de considerar mecanismos de tutela resarcitorios por la vulneración de la libertad sindical en sus manifestaciones clásicas, llámese negociación colectiva y huelga, pero también respeto de las nuevas y actualizables manifestaciones producto de la acción sindical.
- En tal sentido debería aplicarse atendiendo a la necesidad de resarcir los daños causados, y, dependiendo de la justificación, las normas de la responsabilidad civil contractual, por ejemplo, en el caso de la negociación colectiva, donde rige el principio de buena fe, en todo el *iter* contractual, así como a otras manifestaciones

de la libertad sindical colectiva en el ámbito empresa, atendiendo al especial contacto social, que existe entre la organización sindical y el empleador, que se encuentran vinculados, en principio no por una relación contractual, sino por el marco de garantías y derechos, las normas establecen para el ejercicio de la actividad sindical.

- Asimismo, en muchos casos la vulneración de la libertad sindical vendrá dada por el ejercicio de un derecho o facultad del empleador, al amparo de la libertad de empresa, en cuyo caso el abuso del derecho como criterio de imputación habrá de resultar válido para la generación de responsabilidad civil por los actos antisindicales.

- Por otro lado, las conductas antisindicales antes de buscar la restricción en sí misma de las libertades sindicales, tendrían una motivación económica, pues lo que busca el agente agresor es primordialmente, el ahorro patrimonial de los costos que la acción sindical genera mediante el logro de beneficios económicos en el convenio colectivo o el cumplimiento efectivo de las normas imperativas, para el colectivo de trabajadores, por lo que la tutela resarcitoria habrá de buscar reestablecer el desequilibrio económico roto por la lesión antisindical.

- El resarcimiento que se determine como consecuencia de las conductas antisindicales habrá de comprender tanto, el daño patrimonial, como no patrimonial, en este último caso la determinación del daño moral atendiendo a la facultad de determinación equitativa del mismo debería considerar un elemento preventivo e incluso sancionador, atendiendo a la gravedad de las conductas antisindicales y la importancia social de los bienes jurídicos colectivos protegidos.

- Solamente el adecuado resarcimiento de las consecuencias dañinas que produce la conducta antisindical, en el sindicato, los afiliados y el colectivo de trabajadores, puede asegurar incentivos para la no reiteración de dichos comportamientos, las que de lo contrario quedarían impunes, y, por lo tanto, garantizar el pleno ejercicio de la libertad sindical, a fin de que cumpla las funciones y fines que el marco constitucional le asigna en el Estado Social y Democrático de Derecho.





## Bibliografía

Abad, S. (2004). *El Proceso Constitucional de Amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica S.A.

Aguinaga, E. y Boza, G. (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. *Derecho PUCP*, (71), 281-307.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8905>

Alexy, R. (1993). *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Colección: "El Derecho y la justicia".  
<http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/TEORIA-DE-LOS-DERECHOS-FUNDAMENTALES-ROBERT-ALEXY.pdf>

Alonso, M. (1975), *Curso del Derecho del Trabajo* (5ta ed.). Editorial Ariel.

Arce, E. (2006), *La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales* (2da ed.). ARA Editores E.I.R.L.

Arce, E. (2012). La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma. *Derecho PUCP*, (68), 435-448.  
<file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/2841-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10919-1-10-20120904.pdf>

Baca, V. (2010). *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano*.  
[https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271\\_responsabilidad\\_subjetiva\\_u\\_objetiva\\_en\\_materia\\_sancionadora.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf)

Baca, V. (2019) El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (21), 313–344.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>

Barreto, J. (2019). Demanda presentada en la vía laboral en tutela de la libertad sindical y la negociación colectiva, en virtud de la discriminación indirecta por la extensión de beneficios del convenio colectivo, requiriendo el resarcimiento por los daños sufridos por el sindicato de trabajadores de CPEVEN.

Blancas, C. (2007). *Derechos Fundamentales de la Persona y relación laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los*

*derechos fundamentales laborales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boletín Oficial del Estado Español (1978). Constitución Española. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Gobierno de España.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

Boletín Oficial del Estado Español (1985). Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-16660-consolidado.pdf>

Boletín Oficial del Estado Español (1995). Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

Boletín Oficial del Estado Español (2000). Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-15060-consolidado.pdf>

Boletín Oficial del Estado Español (2011). Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-15936-consolidado.pdf>

Boza, G. (1989). Negociación y Convención Colectiva en la Constitución de 1979. En J. Neves (Dir.), *Trabajo y Constitución* (pp. 211-262). Cultural Cusco S.A.

Boza, G. (2008). La protección constitucional de la libertad sindical (comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en particular la sentencia del 5 de enero de 2006. En Editora Jurídica Griley E.I.R.L. (Ed.), *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez* (pp. 33-360). Sociedad Peruana de Derechos del Trabajo.

Boza, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza, G., Carrillo, M., Ciudad, A., Cortés, J., Ermida, O., Godoy, Y., González, C., Sumar, P. y Villavicencio, A. (1994). *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Consultores Jurídicos Asociados S.A.

Buendía, E. (2016). Explicaciones para la contractualización de la responsabilidad civil extracontractual. La teoría del contacto social y su aplicabilidad en el Código Civil peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (35), 152-166.

<https://works.bepress.com/eduardo-buenda/8/download/>

Campos, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código Civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho. *IUS ET VERITAS*, 22 (45), 210-227.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11999>

Casado, B. (2016). El concepto del daño moral. Estudios doctrinales. *Revista de Derecho UNED*, (18), 399-424.  
<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16882/14468>

Caro, D. (1995). El Derecho Penal Laboral en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (31), 231-239.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11523/12043>

Caro, J. (2013). El honor de la persona jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, 7 (13), 385-402.  
<https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/3975/3615>

Chiapero, S. y Oroná W. (2017). Del daño moral a las personas jurídicas. *Ponencia Comisión N° 2: Parte General: "Personas jurídicas privadas"*. XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Privado, La Plata.  
<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Chiapero-Silvana-Mar%C3%ADa-y-Oron%C3%A1-Wendi-Romina-II-Comisi%C3%B3n-2.pdf>

Congreso Constituyente Democrático [CCD] (1993). Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano.  
<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucion-politica-del-peru-1.pdf>

Congreso de la República del Perú (1984). Decreto Legislativo N° 295. Por el cual se expide el Código Civil. Diario Oficial El Peruano.  
<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0090/CODIGOCIVILv02.pdf>

Congreso de la República del Perú (1991). Decreto Legislativo N° 635. Por el cual se expide el Código Penal. Diario Oficial El Peruano.  
<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0034/codigo-penal-29.07.2020.pdf>

Congreso de la República del Perú (2006). Ley N°28806. Por la cual se expide la Ley General de Inspección del Trabajo. Diario Oficial El Peruano.  
<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0029/ley-28806.pdf>

Congreso de la República del Perú (2010). Ley N°29497. Por la cual se expide la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

[http://www.trabajo.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/pdf/ley\\_29497\\_trabajo.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/pdf/ley_29497_trabajo.pdf)

Congreso de la República del Perú (2021). Ley N°31307. Por la cual se expide el Nuevo Código Procesal Constitucional. Diario Oficial El Peruano.

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/nuevo-codigo-procesal-constitucional-ley-no-31307-1975873-2>

Corte Suprema de la República (2015). III Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, del 22 y 30 de junio de 2015.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/74202900451667a5b857b9279eb5db9a/II+Pleno+Supremo+Laboral+y+previsional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=74202900451667a5b857b9279eb5db9a>

Corte Suprema de la República (2016b). V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, del 19 de octubre de 2016.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2ff4b3004a5625a0a90dfdb1377c37fd/V+PLENO+JURISDICCIONAL+SUPREMO+LABORAL-+A%C3%B1o+2016-comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2ff4b3004a5625a0a90dfdb1377c37fd>

Corte Suprema de la República (2017c) VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, del 18 de septiembre y el 02 de octubre de 2017

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/34eb79804a5627cfa962fdb1377c37fd/VI+PLENO+JURISDICCIONAL+SUPREMO+LABORAL-+A%C3%B1o+2017-comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=34eb79804a5627cfa962fdb1377c37fd>

Corte Suprema de la República (2019). VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, del 06 de agosto de 2019

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f01202804b98c1f998d79e91cd134a09/VII+PLENO+JURISDICCIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f01202804b98c1f998d79e91cd134a09>

Cuadros, F. y Sánchez, Ch. (2009). *El rol estatal de fomento de la negociación colectiva*. <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2009/11/articulo-fomento-n-col-c-sanchez-f-cuadros.pdf>

Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 149-160.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

De Trazegnies, F. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual (arts. 1969-1988)* (7a ed., T. II, Vol. IV). Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Demarchi, M. (2014). *La persona jurídica como sujeto activo de la acción de indemnización de daño moral* [Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado.  
[https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116256/demarchi\\_m.pdf?sequence=1](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116256/demarchi_m.pdf?sequence=1)

Eguiguren, Praeli, (2005). La Finalidad Restitutiva del Proceso Constitucional de Amparo y los Alcances de sus sentencias. *Derecho & Sociedad*, (25), 144-149.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17018/17316>

Ermida, O. (2012). Crítica de la Libertad Sindical. Derecho PUCP, *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (68), 33-61.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825/2754>

Ermida, O. y Villavicencio, A. (1991). *Sindicatos en Libertad Sindical* (3a. ed.). Asociación Laboral para el Desarrollo Lima, ADEC – ATC.

Espinoza, J. (2012). Sindicato y Conflicto Individual en el ordenamiento jurídico peruano: Una Visión Constitucional. *IUS*, Revista de Investigación de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. (2) 1, 71-81.  
<file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/Dialnet-SindicatoYConflictoIndividualEnElOrdenamientoJurid-8054481.pdf>

Espinoza, J. (2013). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Rodhas

Espinoza, J. (2016). Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social. La teoría del contacto social y su aplicabilidad en el Código Civil peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (35), 145-151.

Faúndez, H. (2004). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales (3a. ed.). Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH.

Fernández, C. (2006). Abuso del derecho. En Walter Gutiérrez (Ed.), *La Constitución Comentada*. (1a reimpr., T. II, pp. 171-175). Gaceta Jurídica & Congreso de la República del Perú.

Fernández, G. (2015). La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial



y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, (031), 317-338.  
<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4370/4291>

Fernández, G. (2019) *Introducción a la Responsabilidad Civil. Lecciones universitarias*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170701>

Gamonal, S. (2017). Daños Punitivos y Prácticas Antisindicales, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (1), 223-244.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00223.pdf>

García, S. (2018). Latinoamérica. Daños Punitivos en Perú. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, (50), 162-165.  
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6311/documento/foro-Latam-01.pdf?id=8525>

Gonzales, D. (2021). *Las garantías del debido procedimiento en las inspecciones laborales* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Postgrado.  
[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20909/GONZALES\\_MELQUIADES\\_DANNY\\_GRIMALDO.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20909/GONZALES_MELQUIADES_DANNY_GRIMALDO.pdf?sequence=5&isAllowed=y)

González, J. (2018). El derecho al honor de las personas jurídicas ante los potenciales excesos de la libertad de expresión. *Anuario de Derecho Canónico*, (6), 59-79.  
<file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/Dialnet-EIDerechoAlHonorDeLasPersonasJuridicasAnteLosPoten-6384651.pdf>

León, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Material autoinstructivo elaborado para la Academia de la Magistratura.  
<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/452/Responsabilidad%20Civil%20-%20Julio%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

León, L. (2016a). Equívocos doctrinales sobre el daño moral (A propósito de un reciente artículo). *Jurista Editores (Ed.)*, La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas (2a, ed.). Curso de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Anexo de Lecturas, Programa de Actualización y Perfeccionamiento, Academia de la Magistratura.  
<file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/LECTURAS.pdf>

López, E. (2021). La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39.  
[https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/5412/4675](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5412/4675)

Maneiro, Y. (2013). El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia del

Marcos-Sánchez, J. y Rodríguez, E. (2013). Manual para la Defensa de la Libertad Sindical. 4a . ed. revisada, Oficina de la OIT para los Países Andinos.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_236112.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_236112.pdf)

Méndez de Andrés, E. (2016). Daño moral en las personas jurídicas y su tratamiento en Colombia. *Cuadernos De La Maestría En Derecho*, (5), 125-170.

<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/993>

Mendoza, L. (2016). *Las Medidas Cautelares Laborales* (2a ed.). Jurista Editores E.I.R.L.

Mendoza, L. y Zavala, J. (2019). *Los Principios del Procedimiento Sancionador y la Inspección del Trabajo*. Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría S. Civil De R.L.

Ministerio de Justicia [MINJUS] (2019). Decreto Supremo N°004-2019-JUS. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano

<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0005/13-texto-unico-ordenado-de-la-ley-27444-ley-de-procedimiento-administrativo-general-1.pdf>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE] (1992). Decreto Supremo N° 011-92-TR. Por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Diario Oficial El Peruano

<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE] (1997). Decreto Supremo N°003-97-TR. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728°, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Diario Oficial El Peruano.

<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0081/tuo-decreto-legislativo-728-reglamento.pdf>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE] (2003). Decreto Supremo N° 010-2003-TR. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Diario Oficial El Peruano

<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0066/ley-relaciones-colectivas-trabajo.pdf>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE] (2006). Decreto Supremo N° 013-2006-TR. Sustituyen artículos del D.S. N° 011-92-TR que aprobó el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

<https://infopublic.bpaprocorp.com/banco-de-leyes/decreto-supremo-013-2006-tr>

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE] (2017). Oficio N°337-2017-MTPE. Consulta sobre la aplicación del Dec. Leg. N°1272.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [MTPE] (2017). Informe Final de la Comisión encargada de elaborar una propuesta de Anteproyecto de Código de Trabajo, aprobado por el MTPE, Resolución Ministerial N°232-2021.

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/04/Informe-final-Anteproyecto-de-Codigo-de-Trabajo-LPDerecho.pdf>

Monteblanco, A. (2016). La Extensión de los Convenios Colectivos dentro de la Negociación Colectiva a Nivel de Empresa. *Derecho & Sociedad*, (46), 259-265. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18840/19060>

Montero, Ch. (2019). *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). Pontificia Universidad Católica del Perú. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16044/MONTERO\\_ROSSEL\\_CHRISTIAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16044/MONTERO_ROSSEL_CHRISTIAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Morón, J. (2002). *Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica S.A.

Neves, J. (2003). *Introducción al Derecho Laboral* (2da ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves, J. (2016). *Derecho Colectivo del Trabajo. Un panorama general*. Palestra.

Organización Internacional del Trabajo. (1949). Convenio N°098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB%3A12100%3A0%3A%3ANO%3A%3AP12100\\_INSTRUMENT\\_ID%3A312243](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB%3A12100%3A0%3A%3ANO%3A%3AP12100_INSTRUMENT_ID%3A312243)

Organización Internacional del Trabajo. (1981). Convenio N°154 - Convenio sobre la negociación colectiva.

<https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::>

Organización Internacional del Trabajo. (2012). Dar un rostro humano a la globalización, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una obligación equitativa, 2008, 101° Conferencia Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_174832.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf)

Organización Internacional del Trabajo. (2018). La libertad sindical: recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (6a ed.).

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_635185.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf)

Organización Internacional del Trabajo. (2019). Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo.

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_711699.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf)

Osterling, F. (2009). *Algunas reflexiones sobre los actos discriminatorios y la responsabilidad civil.*

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Algunas%20reflexiones%20sobre%20los%20actos%20discriminatorios.pdf>

Osterling, F. (2010). *Indemnización por Daño Moral.*

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>

Osterling, F. y Rebaza, A. (2002). *Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad.*

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizando%20la%20probabilidad.pdf>

Osterling, F. y Rebaza, A. (2006). *La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. A propósito del artículo 1332° del Código Civil.*

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>

Palomeque, M. (1988). *Derecho Sindical Español* (2a ed. rev.). Tecnos.

Paredes, P. (2011). Cuando la Generosidad del Empleador Viola la Libertad Sindical: Un Caso de Discriminación Laboral por Acción Indirecta. *Derecho & Sociedad*, (37), 196-199.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13172/13785>

Pastrana, F. (2017) *¿Es lo mismo indemnización que resarcimiento?*

<https://lpderecho.pe/es-lo-mismo-indemnizacion-que-resarcimiento/>

Ramírez, N. (2011) Crónica del Tercer Pleno Casatorio. En Centro de Investigaciones Judiciales. Área de Investigación y Publicaciones (Ed.), *Tercer Pleno Casatorio Civil* pp. 65-69. Corte Suprema de Justicia de la República.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ca71e004a1e6356a681ee91cb0ca5a5/III+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES>

Rodríguez, I. (2019). *Los Daños Punitivos en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado*. Universidad Pontificia Comillas, Facultad de Derecho,

Madrid. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/29003>

Rubio, M. (2018). *El título preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://web-p-ebsohost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/ehost/ebookviewer/ebook/bmxlYmtfXzlyNjUzMjhXOF00?sid=f3c12252-8b41-46ea-8752-6ce3545d1d13%40redis&vid=0&format=EK&lpid=navpoint22&rid=0>

Rubio, M. (2007). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (9a ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Saldaña, C. (2018). *La responsabilidad solidaria por accidentes de trabajo en el caso de las contratadas*. (Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Pontificia Universidad Católica del Perú. [https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13698/SALDA%c3%91A\\_CALDERON\\_LA\\_RESPONSABILIDAD\\_SOLIDARIA\\_POR\\_ACCIDENTES\\_DE\\_TRABAJO\\_EN\\_EL\\_CASO\\_DE\\_LAS\\_CONTRATADAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13698/SALDA%c3%91A_CALDERON_LA_RESPONSABILIDAD_SOLIDARIA_POR_ACCIDENTES_DE_TRABAJO_EN_EL_CASO_DE_LAS_CONTRATADAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Sancha, M. (2017). *El daño moral en los derechos fundamentales: últimos pronunciamientos*. <https://elderecho.com/el-dano-moral-en-los-derechos-fundamentales-ultimos-pronunciamientos>

Sanguinetti, W. (1993). *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales: estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*. Ministerio de Trabajo y Seguro Social.

Sanguinetti, W. (1995). El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico-laboral español. *Derecho & Sociedad*, (10), 195-205. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14325>

Sanguinetti, W. (2003). Derechos Fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Foro Jurídico*, (02), 221-229. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18307>

Sentencia Casación N°2864-2009-LIMA (2010, 28 de abril). Corte Suprema de la República (Vásquez Cortez).

Sentencia Casación N°180-2012-LIMA (2013, 03 de abril). Corte Suprema de la República (Cunya Celi).

Sentencia Casación N°10984-2014-LIMA NORTE (2016a, 06 de enero). Corte Suprema de la República (De La Rosa Bedriñana). <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/ConsultaExpediente.aspx>



Sentencia Casación N°3289-2015-CALLAO (2017a, 19 de enero). Corte Suprema de la República (Malca Guaylupo).

[http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500/Resolucion\\_3289-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500](http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500/Resolucion_3289-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8efb9e80416fe0a3bab5bb0464bd7500)

Sentencia Casación N°12901-2014-CALLAO (2017b, 26 de abril). Corte Suprema de la República (De La Rosa Bedriñana).

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/ConsultaExpediente.aspx>

Sentencia Casación N°16995-2016-LIMA (2017d, 24 de octubre). Corte Suprema de la República (Rodas Ramírez).

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/ConsultaExpediente.aspx>

Sentencia Casación N°19367-2015-JUNÍN (2018a, 17 de enero). Corte Suprema de la República (Arévalo Vela)

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/ConsultaExpediente.aspx>

Sentencia Casación N°20956-2017-LIMA (2018b, 13 de diciembre). Corte Suprema de la República (Arévalo Vela).

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/ConsultaExpediente.aspx>

Sentencia Casación N°10956-2017-TACNA (2020, 5 de enero). Corte Suprema de la República (Malca Guaylupo).

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/ConsultaExpediente.aspx>

Sentencia Casación N°15145-2018-MOQUEGUA (2021, 30 de junio). Corte Suprema de la República (Arias Lazarte).

<https://www.vinateatoyama.com/blog/wp-content/uploads/2021/09/CASACIO%CC%81N-LABORAL-N%C2%B0-15145-2018.pdf>

Sentencia Expediente N°1124-2001-AA/TC (2002a, 11 de julio). Tribunal Constitucional (Rey Terry).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°1144-2001-AA/TC (2002b, 11 de septiembre). Tribunal Constitucional (Rey Terry).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01144-2001-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°0206-2005-PA/TC (2005, 28 de noviembre). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°3311-2005-PA/TC (2006a, 05 de enero). Tribunal Constitucional (García Toma).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03311-2005-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°01417-2007-AA/TC (2007, 5 de noviembre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01417-2007-AA%20Resolucion.pdf>

Sentencia Expediente N°3561-2009-AA/TC (2009a, 17 de agosto). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03561-2009-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°2034-2009-AA/TC (2009b, 17 de diciembre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez).

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02034-2009-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°2938-2008-AA/TC (2010, 05 de noviembre). Tribunal Constitucional (Mesía Ramírez).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02938-2008-AA%20Resolucion.pdf>

Sentencia Expediente N°02714-2010-PA/TC (2012, 03 de mayo). Tribunal Constitucional (Álvarez Miranda).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02714-2010-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°06518-2013-PA/TC (2016, 01 de julio). Tribunal Constitucional (Miranda Canales)

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/06518-2013-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°02208-2017-PA/TC (2020, 25 de septiembre). Tribunal Constitucional (Ledesma Narváez).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02208-2017-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°04767-2017-PA/TC (2021, 04 de marzo). Tribunal Constitucional (Ledesma Narváez).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/04767-2017-AA.pdf>

Sentencia Expediente N°02789-2021-PA/TC (2022, 10 de marzo). Tribunal Constitucional (Espinosa-Saldaña Barrera).

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02789-2021-AA.pdf>

Sentencia 281/2005 (2005, 7 de noviembre). Tribunal Constitucional Español – TCE. Recurso de amparo 874-2002 (Guillermo Jiménez Sánchez). Promovido por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO) frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que desestimó el conflicto colectivo promovido contra el grupo BBVA.

<https://www.boe.es/boe/dias/2005/12/13/pdfs/T00037-00048.pdf>

Sepúlveda, M. (2004). *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*. Editorial Bomarzo S.L.

Taboada, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (2a ed.). Editora Jurídica Griley E.I.R.L.

The European Group on Tort Law (2005). Principles of European Tort Law. <http://www.egtl.org/PETLSpanish.html>

Torres, J. y Toyama, J. (2017). Extensión de los Convenios Colectivos de Trabajo y Sindicatos Minoritarios. *IUS ET VERITAS*, (55), 284-302. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/19772/19832>

Toyama, J. (2005). *Instituciones del Derecho Laboral* (2da Ed.). Gaceta Jurídica S.A.

Toyama, J. (2010). El contenido del convenio colectivo de trabajo, En Jurista Editores E.I.R.L. (Ed.), *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo* (pp. 393-414). IUS ET VERITAS.

Toyama, J. (2013). *Los conceptos no remunerativos*. Boletín N°32, Remuneraciones. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. [http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin\\_32/doc\\_boletin\\_32\\_01.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_32/doc_boletin_32_01.pdf)

Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio. *Revista xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 22 (Ext), 245-263. <https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/1241>

Ugaz, J. (1993). El Delito contra la Libertad de Trabajo. *THEMIS Revista De Derecho*, (26), 103-106. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11099/11613>

Ugaz, M. & Soltau, S. (2010). La Legitimación Procesal de las Organizaciones Sindicales en el Marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (35), 228-237.

[file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/13304-Texto%20del%20art%C3%ADculo-53003-1-10-20150717%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/13304-Texto%20del%20art%C3%ADculo-53003-1-10-20150717%20(1).pdf)

Valdeolivas, Y. (2018). Los comportamientos lesivos de la Libertad Sindical y su Tutela. En Bomarzo (Ed.), *Representación y libertad sindical: aportaciones públicas y privadas a las organizaciones sindicales por los servicios prestados a la clase trabajadora. Y otros temas de seguimiento* (pp. 175-202). UGT.

[http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG\\_COL\\_NUM\\_29/6-jornadas%20representacion%20y%20libertad%20sindical.pdf](http://portal.ugt.org/actualidad/2017/NEG_COL_NUM_29/6-jornadas%20representacion%20y%20libertad%20sindical.pdf)

Valdeolivas, Y. (1992). *La tutela de la libertad sindical: un estudio de la antisindicalidad entre privados*. (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado).

[file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/30184\\_valdeolivastgarcia\\_yolanda1.pdf](file:///C:/Users/PVEA%20SALAVERRY/Downloads/30184_valdeolivastgarcia_yolanda1.pdf)

Vidal, T. (2007). Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional. *Revista para el análisis del derecho*. Facultad de Derecho Universidad de Castilla-La Mancha, (397), 1-18.

[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/397\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/397_es.pdf)

Vílchez, L. (2017). Apuntes en torno a las prácticas antisindicales: ¿Es realmente posible probarlas?. *IUS ET VERITAS*, (55), 74-88.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/19758/19820>

Vílchez, L. (2021). Libertad sindical y prácticas antisindicales: nociones esenciales de un derecho complejo y la pluriofensividad de su afectación. *Laborem*, (16), 297-322. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem16-297-322.pdf>

Villavicencio, A. (1989). Constitución y Libertad Sindical. En J. Neves (Dir.), *Trabajo y Constitución* (pp. 143-209). Cultural Cusco S.A.

Villavicencio, A. (2010a). *La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Programa Laboral de Desarrollo - PLADES.

Villavicencio, A. (2010b). La Crisis del Sindicalismo y la Necesidad de Promoción de la Libertad Sindical. En Jurista Editores E.I.R.L. (Ed.), *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo* (pp. 203-237). IUS ET VERITAS.

Villavicencio, A. (2010c). La Protección de la Libertad Sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú. En Jurista Editores E.I.R.L. (Ed.), *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo* (pp. 239-271). IUS ET VERITAS.

Villavicencio, A. (2010d). La Redefinición de las Funciones y los Modelos de Negociación Colectiva, En Jurista Editores E.I.R.L. (Ed.), *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo* (pp. 373-394). IUS ET VERITAS.

Zaccaria, A. (2014). Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del "contacto social". *IUS ET VERITAS*, 24 (48), 54-84.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11910>

