

“LO QUE HACE A UN PAÍS COMPETITIVO ES LA PRODUCTIVIDAD DE SUS EMPRESAS Y ESA ES UNA FUNCIÓN QUE DEPENDE EN GRANDÍSIMA MEDIDA DE LA PRODUCTIVIDAD DE SUS TRABAJADORES”*

Entrevista a Wilfredo Sanguinetti Raymond**

Hace poco más de un lustro, la legislación y jurisprudencia laboral de nuestro ha empezado a superar progresivamente la impronta de la visión ortodoxa sobre capital-trabajo sostenida por la dictadura fujimorista. Muchas aristas de esta mejora se están orientando a alcanzar un equilibrio entre la flexibilidad laboral propia, pero no desmesurada, que requiere la actividad empresarial para mantener su competitividad en el mercado y la estabilidad laboral elemental, pero no pétrea, que necesitan trabajadores y trabajadoras en el marco de un trabajo decente.

Aprovechando el IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), denominado “Retos del Derecho del Trabajo Peruano: Nuevo Proceso Laboral, Regímenes Especiales y Seguridad y Salud en el Trabajo”, se tuvo la oportunidad de contar con el destacado profesor laboralista Wilfredo Sanguinetti y poder discutir con él temas de suprema importancia relacionados con la Nueva Ley Procesal de Trabajo, la flexi-seguridad, el dumping laboral, la negociación colectiva, la subcontratación de actividades productivas y la tercerización laboral, bajo un enfoque de análisis comparado.

* La presente entrevista fue realizada por Brian Ávalos, abogado y asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados, el 25 de octubre del 2010. Agradecemos al doctor Germán Lora, abogado, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados, por la coordinación de la entrevista.

** Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca a nivel de licenciatura y doctorado. Habilitado al Cuerpo de Catedráticos de Universidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de España.

- I. **El 15 de enero de 2010 se promulgó la nueva Ley Procesal del Trabajo peruana, desde entonces ha estado entrando en vigencia gradualmente en las distintas regiones del país. Hay quienes consideran que la reforma debería estar orientada en un sentido general amplio a, por ejemplo, capacitar a los jueces, crear nuevos juzgados e incrementar herramientas como las que existen en la experiencia española. Lo que sucede en el Perú es todo lo contrario: se han reconvertido juzgados civiles, no se ha invertido dinero para capacitación y todo este nuevo sistema de celeridad es completamente diferente para un abogado laboralista. ¿Qué opinión tiene respecto a la nueva Ley Procesal del Trabajo?**

La Ley Procesal del Trabajo peruana constituye un esfuerzo importante por dar celeridad y efectividad a los procesos de trabajo mediante el recurso a la oralidad. La justicia que no llega a tiempo no es plenamente justicia, ésta es una experiencia que se ha desarrollado exitosamente en algunos países de América Latina y que en España lleva muchos años funcionando. De lo que no estoy seguro es que sea tan fácil convertir –como alguna vez lo escuché de Carlos Blancas– a una tortuga en velocista, sobre todo si finalmente al único sujeto al que realmente se le imponen obligaciones importantes, vinculadas con la celeridad, es al juez.

Dentro del esquema de la ley, se presenta la demanda y hay un espacio para contestarla, luego se llevan a cabo las dos audiencias y, finalmente, el juez debe resolver de forma inmediata. En España no sucede lo mismo, presentada la demanda, la contestación se produce en la audiencia, y más bien hay un plazo para que el juez pueda resolver. Así, en el Perú, se le dan toda clase de ventajas al abogado de la parte demandada, que es normalmente el abogado del empleador; incluso se prevén dos audiencias, mientras que el juez debe resolver, como he dicho, en cinco minutos. Me parece que no es un esquema del todo adecuado; ahora, mejor que el anterior, seguramente.

- II. **La llamada *flexi-seguridad* es un término de moda que se viene proponiendo en España a raíz de la reciente crisis económica. ¿Qué opinión tiene al respecto?**

Uno de los grandes desafíos del Derecho del Trabajo desde principios de los años noventa, ha sido cómo conseguir una regulación que garantice a las empresas la flexibilidad que necesitan en cuanto a la gestión del personal, para adaptarla a las necesidades cambiantes de un entorno dinámico y altamente competitivo; y la aspiración de los trabajadores a gozar de estabilidad en

cuanto a su puesto y condiciones de trabajo. Se ha trabajado mucho y se han desarrollado numerosas instituciones para conseguir ese equilibrio entre flexibilidad y seguridad dentro de la relación laboral, ¿Cómo? Por ejemplo, realizando una regulación de los contratos de duración determinada que tenga en cuenta todas las necesidades empresariales temporales y cree para cada una de ellas un tipo contractual distinto, pero garantizando que, cuando el trabajo no es temporal, el trabajador goce de protección frente al despido sin causa. También, desarrollando instrumentos de adaptación flexible de la jornada de trabajo; de manera que la misma no tenga que ser idéntica durante todo el año, sino que pueda variar en función de las necesidades empresariales. Igualmente, regulación de las categorías profesionales con flexibilidad, mediante la utilización del concepto de grupo profesional, etcétera.

Éste es un viejo empeño que los laboristas llevamos mucho tiempo intentando construir, y que poco tiene que ver con el desafortunado Libro Verde aprobado en la última etapa por la Comisión Europea, el cual se apropia del concepto de flexi-seguridad o, como lo dicen ellos, *flexicurity*; lo que se plantea en él es algo distinto: que la flexibilidad se produzca mediante una facilitación de los mecanismos extintivos de la relación laboral, compensada por un incremento de la protección social y la formación del trabajador; o sea, flexibilidad en el contrato y seguridad fuera, en el sistema de protección social. Eso tiene un nombre bien claro, se trata de precarizar el mercado laboral compensándolo con mayor protección social. Probablemente funcione en Dinamarca, país de donde al parecer ha sido tomada la idea, ya que allí existen unas cargas impositivas muy relevantes y un estado social muy desarrollado que permite que los trabajadores puedan ingresar a trabajar y salir del mercado pasando a tener prestaciones generosas por desempleo o muy eficaces fórmulas de reciclaje profesional, pero en países como España o el Perú, ese modelo va a significar con toda probabilidad mucha “*flexi*” y poca o ninguna seguridad; en el fondo, más de lo mismo. La precariedad de siempre, pero vestida con un ropaje moderno; lo que, en el fondo, es una incitación a la ineficacia empresarial, porque el mensaje que se está transmitiendo a los empresarios es que, ante cualquier dificultad, no tienen que plantear una solución adaptativa, sino que les basta con despedir a los trabajadores que deseen y contratar, si es el caso, a otros nuevos. Una estrategia francamente desafortunada.

Lo que los laboristas venimos propugnando desde antiguo es, como he dicho, el equilibrio entre seguridad y flexibilidad, lo cual exige una gestión de la dinámica interna de la relación laboral adaptada a la evolución de las necesidades empresariales, para la cual existen ya herramientas. Es por este camino por donde creo que hay que avanzar, y no por la vía de precarizar

las relaciones de trabajo; menos en países como el nuestro, donde no existe una protección social lo suficientemente avanzada y generosa como para ser capaz de compensar esas situaciones.

III. Hay quienes entienden que disminuir las protecciones a los trabajadores implica otorgar mayor competitividad a las empresas.

En realidad, lo que hace competitivo a un país es la productividad de sus empresas y esa es una función que depende en grandísima medida de la productividad de sus trabajadores. Con trabajadores precarios, casi sin derechos, que salen y entran constantemente del mercado, que no se cualifican, que no asumen como propios los objetivos empresariales, no hay competitividad posible. Ése es un modelo de competitividad de gama baja, de empresarios mediocres, que no tiene ningún sentido en un país que aspira a tener futuro como el Perú.

IV. Y justamente a raíz de eso se plantea el tema del *dumping* laboral. Algunos juristas mencionan que existen ordenamientos laborales que protegen al trabajador y otros que compiten con una menor protección laboral, lo cual podría generar desigualdades. Teniendo en cuenta que en nuestro país –como en muchos otros– se vienen suscribiendo diversos tratados comerciales con otros países de la región e incluso de otros continentes, ¿qué opinión tiene con respecto al denominado *dumping* laboral, es decir, la diferencia del grado de intervención del Estado en las relaciones laborales?

Ése es el problema de la globalización: Al abrirse la economía, los mercados ya no son nacionales y; por tanto, las empresas que aplican la legislación laboral de un país, no están protegidas frente a la competencia exterior a través del arancel, como ocurría en el pasado. La competencia es internacional, pero el Derecho es nacional; de forma que es posible que las empresas que cumplen con las normas laborales nacionales, en determinadas situaciones, tengan una desventaja competitiva frente a otras que aplican la de países con una legislación menos protectora, las cuales también pueden ingresar sus productos a ese país.

La respuesta final a esta situación es una regulación internacional uniforme de las condiciones laborales básicas, que deba ser cumplida por todos los países. Lo que se ha avanzado en esta dirección es todavía poco, aunque no irrelevante. Tiene que ver con la proclamación por la OIT, en 1998, del carácter universal de cuatro derechos fundamentales, el más importante de los cuales es la libertad sindical, que es el derecho que ha permitido la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores del mundo. En la medida

que haya libertad sindical en China, por ejemplo, las condiciones laborales podrán mejorar; de hecho, lo están haciendo ya; la mano de obra empieza a escasear, los salarios están subiendo y los sindicatos empiezan a desarrollar actividades reivindicativas.

No obstante, bien enfocada, la protección laboral, incluso en países sometidos a la competencia, es una herramienta importante para el propio desarrollo económico, porque favorece proyectos empresariales basados en personal capacitado y adaptado a las necesidades empresariales; además de evitar los conflictos sociales. En un país donde las condiciones laborales son sumamente bajas, donde las personas no tienen posibilidad de expresar sus aspiraciones y reivindicaciones, es difícil que un proyecto de inversión serio se pueda establecer, porque en cualquier momento puede surgir un problema social o alteración política; y porque los trabajadores de esos países tienen, por lo general, una productividad muy inferior. Por ello, las inversiones suelen preferir los países serios, que cuentan con marcos institucionales estables; y, para que exista un marco institucional estable, un elemento indispensable es el respeto de los derechos laborales fundamentales, entre ellos, la libertad sindical.

V. ¿Qué opinión tiene respecto a la negociación colectiva que vienen impulsando empresas multinacionales?

Las empresas multinacionales están desarrollando, en los últimos años, estrategias de responsabilidad social dirigidas a extender a toda su cadena de proveedores, es decir, a los que fabrican los productos que llevan sus marcas, la exigencia de respeto de ciertos derechos laborales básicos; por lo general, coincidentes con los proclamados por la Declaración de la OIT de 1998.

Eso fue lo que sucedió en el caso de Topitop, empresa textil peruana que produce para el mercado interno, pero también para Inditex y GAP; la que en la parte final de la década pasada despidió a varias decenas de trabajadores sindicalizados. El tema llegó a oídos de la Federación Sindical Internacional de Trabajadores Textiles y de Inditex, los cuales enviaron una misión que llegó al Perú a ocuparse del caso y que en tres días impuso a Topitop la reposición de los trabajadores sindicalizados y de los dirigentes sindicales. Ahora, lo interesante no es solamente eso, sino que el acuerdo que se firmó intentó establecer también las bases de una nueva cultura de relaciones laborales, dentro de las cuales, la empresa debía asumir como parte de sus objetivos utilizar el trabajo decente y el respeto a los derechos de los trabajadores, como ventaja competitiva; a la vez que el sindicato debía adoptar una actitud de colaboración responsable con la empresa, a los efectos de que ésta pueda alcanzar sus objetivos y ser competitiva, y en esa medida poder, a su vez, garantizarles condiciones laborales justas.

¿Por qué las empresas multinacionales llevan a cabo este tipo de comportamiento? ¿Por puro altruismo? No necesariamente, también porque existe un interés objetivo de éstas en no asumir el riesgo reputacional que supone que, en su cadena de producción, puedan cometerse actos injustos; porque finalmente los productos que elaboran las empresas contratistas, llevan su marca y su nombre. De este modo, la empresa multinacional está demostrando que puede ser un agente de garantía de derechos a nivel internacional; de hecho, es el instrumento más eficaz que existe, al menos por el momento, en materia de garantía de los derechos laborales fundamentales.

VI. El siguiente tema se relaciona con la subcontratación y descentralización productiva. Nos gustaría conocer cuál es su opinión respecto a la normativa peruana que regula la tercerización de servicios.

La subcontratación de actividades productivas es expresión de un nuevo modelo de organización empresarial, a través del cual se busca desarrollar las actividades empresariales de manera más flexible, eficiente y competitiva, sobre la base de la especialización de cada sujeto en aquello que puede realizar con mayor aptitud y eficacia; se trata de un elemento valioso para desarrollar las actividades productivas en un entorno empresarial complejo y altamente competitivo. Desde el Derecho del Trabajo, no es posible realizar frente a este tipo de realidades ninguna objeción de partida, es expresión del derecho de los empresarios a organizar su actividad como crean conveniente. El problema es que este tipo de actividades, desde la perspectiva de los laboralistas, pueden tener efectos indeseables de tres tipos.

Primero, puede ocurrir que la empresa subcontratista, no lo sea en realidad; en el sentido en que no organiza ni dirige el trabajo de su personal, sino que simplemente opera como una suerte de estructura ficticia pensada para eludir la responsabilidad de la empresa principal. La respuesta del Derecho del Trabajo frente a ello es clara; en estos casos, es obvio que existe una relación laboral directa entre el empresario principal y los trabajadores del falso contratista, que no tiene razón de ser, ya que no ejerce el poder dirección y organización sobre los trabajadores.

Luego, segundo problema, que la empresa contratista sea una empresa que organice y dirija a sus trabajadores, pero sea económicamente insolvente; de forma que no tenga capacidad de cumplir con sus obligaciones laborales. Frente a ello, existe la garantía de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas laborales de sus contratistas; el objetivo en este caso es que cualquier deuda laboral pueda ser cobrada tanto de la empresa para la que trabajan los trabajadores, como de la principal que se

beneficia de su trabajo; por lo menos de forma indirecta, mediante el recurso a la subcontratación.

Ambas garantías existen en el ordenamiento español y en el peruano. Otra cosa es que se apliquen más o menos. No estoy seguro de que en el Perú se controle bien la cesión ilegal de trabajadores en todos los casos; por ejemplo, de que todos los trabajadores de contrata que trabajan en las minas del Perú necesariamente lo hacen bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa contratista y no de la minera principal. Me temo que muchas veces se trata de falsas empresas contratistas, aunque no estoy en condición de demostrarlo.

Finalmente, hay un tercer problema, que es la posibilidad de uso de la subcontratación como una fórmula para reducir derechos laborales. En la medida en que no hay una relación jurídica directa entre la empresa principal y los trabajadores de la contratista, estos últimos no tienen derecho a disfrutar de los mismos beneficios que los trabajadores de la empresa principal, aunque realicen tareas equivalentes. Sus condiciones laborales pueden ser distintas y por hipótesis peores, dado que sólo así, salvo excepciones, resulta más conveniente subcontratar que contratar directamente. Entonces, la subcontratación puede convertirse en un instrumento para degradar condiciones de trabajo. Éste es un efecto indeseable cuando no viene aconsejado por ninguna necesidad de especialización o ninguna razón organizativa o productiva; además, cuando existen dichas razones y la empresa contratista es una empresa especializada, normalmente las condiciones de su personal son iguales o mejores que las de la empresa principal. El problema es el uso de la contrata como puro elemento degradatorio de las condiciones de trabajo, utilizando el "diafragma" de la personalidad jurídica. Ése es en muchos casos el principal incentivo para "tercerizar": la facilidad con que se pueden reducir condiciones de trabajo.

He tenido acceso a algún dato en el sentido de que en la minería peruana un trabajador de contrata podría estar ganando aproximadamente la mitad que un trabajador de la empresa principal, aparte de no tener derecho a utilidades, por ejemplo. Me parece que esto hay que frenarlo de alguna manera. No obedece a ninguna razón productiva y, además, es una fórmula de empobrecimiento innecesario, de no repartir los beneficios de la producción. La cuestión es cómo hacerlo. En el caso de la minería peruana, el elemento corrector fundamental, en mi opinión, podría venir dado por la implantación de la negociación colectiva por rama de actividad, de forma que no importe, a la hora de fijar las condiciones laborales, para quién trabaja el trabajador, si para la principal o para el contratista. Este tipo de negociación puede servir para corregir esta clase de desigualdades, como de hecho ocurre ya en la construcción, en ella no importa si se trabaja para una empresa o para

otra, ya que se tiene unos beneficios de partida similares. ¿Por qué no extender esta solución a la minería?

VII. Por otro lado, para la norma que regula la tercerización de servicios en el Perú, resulta relevante el desplazamiento continuo del personal y el ámbito locativo. ¿Qué sucede en la normatividad española al regular dicho aspecto?, pues de ello depende si ingresan o no las actividades complementarias en el ámbito de la norma.

Cada legislación tiene su propia lógica y sus propios requisitos. En el Perú, la solidaridad se establece a partir del elemento locativo, lo cual nos genera una presunción bastante razonable de que, en ese caso, el trabajador desarrolla una actividad que forma parte del proceso productivo de la empresa principal y beneficia a ésta. Encontramos así argumentos bastante claros para dar lugar a la responsabilidad solidaria. Ahora, no entiendo por qué esto no puede producirse cuando el proceso productivo de la otra empresa está localizado geográficamente en otro lugar. Habría, en principio, razones muy relevantes para entender lo mismo, dependiendo de los casos.

En el caso de España, el elemento locativo no es importante, sino que se emplea otro concepto, que es el de “propia actividad”. Lo tercerizado, para generar responsabilidad solidaria, debe ser parte de la “propia actividad” de la empresa principal. Esto es razonable, pero hay un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre qué es “propia actividad”. Existe una teoría de efecto más restringido, que señala que es toda actividad inherente al proceso productivo de la empresa principal, lo cual permite excluir cualquier actividad complementaria, y otra que sostiene que toda actividad necesaria, sea nuclear o sea complementaria, debe ser considerada parte de la “propia actividad” de la empresa que recurre a la subcontratación.

Lo sorprendente del caso es que la jurisprudencia española ha optado por el primer enfoque, el restringido, pese a que éste deja fuera todas las actividades complementarias; donde precisamente es más necesaria la responsabilidad solidaria, ya que ahí están las empresas menos solventes y los trabajadores más débiles. Es ahí donde deberían entrar en juego las garantías.

VIII. Para finalizar, nos gustaría contar con su apreciación respecto del panorama general del ordenamiento laboral peruano en cuanto a innovaciones normativas, protección de derechos colectivos y cumplimiento, ¿Cómo lo percibe desde la cátedra en la Universidad de Salamanca?

La democracia les debe a los trabajadores del Perú

una reforma laboral que depure los componentes autoritarios y desequilibradores que introdujo en su momento la regulación de la dictadura de Fujimori; lamentablemente, esa reforma laboral no se ha producido. Hubo una iniciativa muy importante de aprobación de una Ley General de Trabajo, cuyo proyecto era bastante meritorio, pero que finalmente ha sido desnaturalizado a raíz de la concesión a los agentes sociales, no de la posibilidad de opinar o hacer propuestas, sino de decidir por su cuenta y riesgo la introducción de cualquier tipo de modificación; renunciando el Poder Ejecutivo a tener cualquier participación en ese debate. El resultado ha sido una criatura a la que no reconocen ni sus padres, ni sus padrinos, y que por ello mismo es muy difícil que vea la luz.

Mientras tanto, el Derecho del Trabajo en el Perú ha cobrado una dimensión y una importancia que no tenía en los noventa. A partir de la modernización de la economía, la necesidad de formalización de las empresas, el avance económico, el desarrollo cada vez mayor de los mecanismos de control del cumplimiento de la legislación laboral (en particular, el fortalecimiento de la inspección de trabajo y la instauración de la llamada planilla electrónica) y, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha llevado a cabo, en el fondo, la reforma laboral pendiente en el Perú a través de una sucesión de diversos pronunciamientos, en especial en materia de despido. Naturalmente, puede discutirse si se está de acuerdo o no con las tesis del supremo intérprete de nuestra Constitución sobre los efectos restitutorias, en vez de resarcitorios, de los despidos incausados y fraudulentos; pero, en todo caso, lo que me parece claro es que éstas han favorecido una recausalización de las relaciones de trabajo en el Perú, con la consiguiente disminución de la arbitrariedad empresarial. Ello ha supuesto un avance muy importante hacia un ordenamiento laboral más equilibrado.

El problema es que se trata de avances asistemáticos, que no tienen en cuenta la necesidad de una paralela recuperación de los derechos colectivos, que son también importantes. La negociación colectiva es un instrumento muy relevante, no sólo para el equilibrio en relaciones laborales, sino también para un gobierno más eficaz de las mismas, desde el punto de vista económico. El Perú, país en crecimiento, país de futuro, no debería darse el lujo de prescindir de la negociación colectiva; antes bien, deberían crearse instrumentos que favorezcan su desarrollo. Naturalmente, no la negociación colectiva o los sindicatos de los años setenta, que respondieron a un contexto económico y político muy distinto del actual. He ahí, precisamente, el desafío: desarrollar instituciones e instrumentos que permitan la recuperación de estos derechos en beneficio del desarrollo sano y equilibrado de nuestro país en un ámbito y en un contexto distintos.