

# La inconstitucionalidad de la bolsa de trabajo

**Luis Felipe Cantuarias Salaverry**

**Jefe de Prácticas de Derechos Reales, Facultad de Derecho de la PUC**

La Ley 25202 del 24 de febrero de 1990 creó la bolsa de trabajo Sindicial para la promoción de plazas de trabajo obrero, de las diversas categorías y especialidades, en las obras de construcción civil privadas y públicas. En virtud de ella, los empleadores del sector construcción deben solicitar al sindicato de trabajadores de la jurisdicción donde se ejecuta la obra, con carácter obligatorio, la lista de trabajadores que cubrirá en un 25 por ciento el total de los puestos de trabajo que la obra requiera.

La polémica que se ha creado en torno a la constitucionalidad de esta norma nos indujo a investigar el tema. El presente artículo recoge el análisis y las conclusiones a las que hemos arribado.

## I. Antecedentes

**L**a Ley 25202, como todas las normas que emanan del Congreso, carece de considerandos. Sin embargo, tanto el proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados como el dictamen de la Comisión de Trabajo y Promoción Social de la Cámara de Senadores -que aprobó por mayoría el proyecto- se sustentan en lo dispuesto por los artículos 42, 47 y 56 de la Constitución Política de 1979; así como en los Convenios Colectivos del 2, 11 y 13 de julio de 1946 aprobado por Decreto Supremo del 14 de julio de 1946, ampliado luego por Resolución Ministerial No. 480 del 20 de marzo de 1964<sup>1</sup>.

Estos antecedentes hacen necesario que nos detengamos brevemente en el análisis de las normas constitucionales antes señaladas.

El primer párrafo del artículo 42 de la Constitución establece un principio general consistente en la obligación del Estado de promover las condiciones económicas y sociales que reduzcan la pobreza y el

desempleo.

El sustento de la bolsa de trabajo en este artículo es poco sólido, toda vez que estamos frente a una norma de carácter eminentemente programático; es decir, que su eficacia está condicionada a un posterior desarrollo legislativo, o, como señala el doctor Aníbal QUIROGA, «son aquellas cuya eficacia está sujeta a condición, sea porque tienen una reserva de ley, sea porque requieren de un posterior desarrollo legislativo. Esto quiere decir que no pueden ser exigidas mientras no exista ley que las desarrolle»<sup>2</sup>.

El artículo 42 debe ser entendido tomando en cuenta sus demás párrafos, en especial el segundo, que prohíbe cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores; y el tercer párrafo, el cual establece que el trabajo es objeto de protección por el Estado dentro de un régimen de igualdad de trato. Concordando la norma, se concluye que el Estado debe promover y proteger el trabajo, respetando los

derechos constitucionales de los trabajadores y siempre dentro de un régimen de igualdad de trato.

El artículo 42 de la Constitución, más que un sustento de la constitucionalidad de la Ley de Bolsa de Trabajo, servirá para acreditar lo contrario; esto es, su inconstitucionalidad, como veremos más adelante.

La segunda norma en la que se ampara la Ley 25202 es el artículo 47 de la Constitución. Dispone que corresponde al Estado dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que permitan prevenir los riesgos profesionales y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores. De la propia lectura del artículo fluye su imperminencia como sustento de una institución como la bolsa de trabajo; es más, se trata de una norma de carácter programático, y hasta podríamos decir de contenido lícito, constituyendo un principio informador de la Constitución y no una norma de aplicación directa.

La tercera norma constitucional que sirve de base a la ley en análisis

(1) Información obtenida del despacho del senador Felipe Osterling Parodi.

(2) QUIROGA, Aníbal. EN: *La Constitución diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima 1989, pág. 36.

sis es el artículo 56, referido a la participación de los trabajadores en la gestión y las utilidades de las empresas. Como es obvio, la bolsa de trabajo no constituye ni una forma de participación en las utilidades de las empresas ni menos en su gestión, de forma tal que estamos ante una nueva mención impertinente que nos exhime de mayores comentarios.

Finalmente se pretende sustentar la bolsa de trabajo en el Convenio Colectivo suscrito el 21 de julio de 1946 entre la Asociación de Ingenieros Constructores del Perú y el Sindicato de Trabajadores de Construcción Civil, en el que los primeros expresan su opinión favorable a la formación de bolsas de trabajo, pero se deja en claro que la constitución de las mismas no podría significar una obligación por parte del empresario de la obra de contratar los trabajadores que les proporcione el sindicato.

Este acuerdo se repitió nuevamente en 1958, 1962, 1963 y 1964 (con el añadido que se ampliaba a toda la república), pero manteniendo la característica esencial que la contratación preferente de los trabajadores sindicalizados no era obligatoria, sino más bien facultativa, para los empleadores.

De lo antes expuesto se desprende la poca consistencia de la base constitucional de la Ley de Bolsa de Trabajo, lo que denota la falta de conocimiento por parte nuestros legisladores sobre el tema.

## II. Naturaleza jurídica de la bolsa de trabajo sindical

La bolsa de trabajo sindical consiste en una cláusula por la que el empleador se compromete a contratar trabajadores sólo por intermedio del servicio de empleo o colocación del sindicato de la empre-

sa. Forma parte de lo que la doctrina denomina *cláusulas sindicales*, constituyendo una modalidad de las cláusulas de preferencia.

Las cláusulas sindicales, que tienen distintas modalidades, producen el efecto directo o indirecto de la adhesión compulsiva a un sindicato.

Con respecto a estas cláusulas, la doctrina es uniforme en señalar que no todas sus modalidades tienen una valoración similar, debiendo considerarse como *ilícitas* a aquellas mediante las que se ejerce presión *directa* sobre los trabajadores no afiliados al sindicato; y a su vez señala que deben considerarse como *legítimas* todas aquellas cláusulas que ejercen presión *indirecta* sobre los trabajadores no afiliados al sindicato.

Con respecto a las cláusulas sindicales, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no las regula expresamente en el Convenio 87, por lo que deja abierta la posibilidad a cada país para regularlas de la manera que estimen pertinente. Ello no obstante, considera que dichas cláusulas sólo pueden hacerse efectivas por medio de Convenio Colectivo -de otra manera se produciría la ilicitud de su imposición- razón por la que son rechazadas cuando provienen de la injerencia estatal (heterocomposición).

Esto es así pues se considera como requisito para que las cláusulas sindicales sean válidas, que exista algún grado de voluntariedad por parte del trabajador no sindicalizado (que esté en capacidad de manifestar su negativa) para su puesta en marcha.

## III. La bolsa de trabajo en el Perú

La Ley 25202 establece en su artículo primero: «Créase la Bolsa de Trabajo, para proveer las plazas de trabajo de las diversas categorías y

especialidades en las obras de construcción civil, privadas, estatales y para-estatales que serán cubiertas por los sindicatos de trabajadores de construcción civil de la República, en proporción del veinticinco por ciento del total de las plazas que requiera la obra».

Por su parte, el Decreto Supremo No. 023-90-TR, que reglamenta la Ley de Bolsa de Trabajo, señala que los empleadores de construcción civil deberán solicitar al sindicato de trabajadores de la jurisdicción donde se ejecuta la obra, con carácter obligatorio, el personal obrero de las diversas categorías y especialidades en proporción del 25 por ciento del total de las plazas que requieren dichas obras, salvo que en las mismas se requiera 20 ó menos trabajadores, supuesto en el que no será de aplicación la ley en comentario.

El artículo cuarto de dicho Reglamento señala, a su turno, que serán los sindicatos de construcción civil los que proporcionarán la relación de los trabajadores que cubrirán el porcentaje que corresponde a la bolsa de trabajo. Esta elección deberá realizarla el sindicato tomando en cuenta la solicitud que los trabajadores le cursen; para ello, los solicitantes deberán registrarse previamente en los sindicatos que representan dichas actividades.

A continuación, pasaremos a analizar los posibles derechos constitucionales que se verían conculcados por la Ley de Bolsa de Trabajo. A este efecto, hemos dividido el tema en dos partes: respecto de los derechos de los trabajadores y respecto de los derechos de los empleadores.

### 1. Posibles derechos constitucionales conculcados a los trabajadores

Consideramos que la norma comentada atenta contra los siguientes derechos constitucionales de los trabajadores:

- a) La libertad de asociación, recogida por el artículo 2 inciso 11 de la Constitución;
- b) La libertad sindical individual negativa de los trabajadores, plasmada en el artículo 51;
- c) El derecho de igualdad del trabajo, artículo 42;
- d) El derecho de igualdad ante la ley, artículo 2, inciso 2;
- e) El derecho a la libertad sindical del trabajador frente a las organizaciones patronales, artículo 51; y,
- f) El principio de jerarquía de normas establecido por los artículos 87 y 236 de la Constitución.

Nuestra Carta Política recoge el reconocimiento actual del derecho a asociarse en su artículo 2 inciso 11, el mismo que goza de protección nacional e internacional. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948, suscrito por el Perú y ratificado por Resolución Legislativa No. 13282, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecen una protección a la libertad de asociación.

Si bien este derecho se aplica a una amplia gama de actividades humanas, una de las principales es la referida a las asociaciones sindicales. En este campo, la protección a la libertad de asociación sindical es amplia, prohibiéndose toda disposición

que pueda menoscabar las garantías que se le confieren. En especial se señala la prohibición de establecer normas que obliguen a una persona a pertenecer a una asociación.

El numeral 2 inciso 11 de la Constitución enuncia un principio general del derecho de asociación aplicable a los demás derechos que lo componen. Por ello, cuando el artículo primero de la Ley de Bolsa de Trabajo establece que el 25 por ciento de las plazas será cubierto por el sindicato de construcción civil, se está atentando contra el derecho de libertad de asociación; pues se obligaría a los trabajadores que no se encuentran afiliados a una asociación sindical a afiliarse a ella o, compulsivamente, a no desafilarse en caso ya lo estuvieran, pues de otra manera verían reducidas sus oportunidades de acceder a un trabajo, en virtud a que el 25 por ciento de los trabajadores serán impuestos por las asociaciones sindicales.

Es evidente, de acuerdo a lo expuesto, que la ley en cuestión viola el derecho a la libre asociación al establecer un mecanismo de afiliación automática y obligatoria.

De otro lado, la Constitución de 1979 ratifica el reconocimiento actual de la libertad sindical al regularla en su Título Primero, que trata sobre los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, consagrando la libertad sindical como un derecho unilateral de los trabajadores.

Debemos señalar también, que no sólo existe el reconocimiento constitucional a la libertad sindical, sino también un reconocimiento internacional por medio de los convenios de la Organización Internacional del

Trabajo (OIT) números 87, 98 y 151, en los cuales se establece la obligación de los países miembros de la OIT de respetar dicho derecho. (Convenios ratificados por el Perú mediante Resoluciones Legislativas No. 13281, 14712 y por la Décimo Séptima Disposición General y Transitoria de la Constitución Política del 1979, respectivamente).

A su turno, la libertad sindical es reconocida como un derecho humano, tal como lo recoge el artículo 23.4 de la Declaración

Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1984, ratificada por Resolución Legislativa No. 13282; por lo que, en aplicación del artículo 105 de nuestra Constitución, al referirse a un derecho humano tiene jerarquía constitucional, y no puede ser modificado sino por el procedimiento que se establece para la reforma de la Constitución.

De acuerdo a lo expuesto, resulta evidente la primacía de estas normas sobre todas las demás que conforman nuestro sistema jurídico, de conformidad con el principio de jerarquía de normas contemplado en los artículos 87 y 236 de nuestra Carta Magna. Esto implica, como señalan Marcial RUBIO y Enrique BERNALES, que estas disposiciones «no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema jurídico (ni por ningún otro pronunciamiento jurídico dentro del Estado)»<sup>3</sup>.

Como se sabe, la libertad individual tiene un doble contenido, como libertad sindical individual y como libertad sindical colectiva o autonomía sindical. A fin de anali-

(3) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*, Lima, Mesa Redonda Editores, primera edición, 1983, pág. 263.

zar la posible inconstitucionalidad de la Ley de Bolsa de Trabajo, nos referiremos sólo a la libertad sindical individual.

El artículo 51 de la Constitución establece que «el Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. *Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo...*» (El subrayado es nuestro). Esta norma dispone un ámbito positivo de la libertad sindical, referida al derecho de constitución y afiliación a un sindicato; y un ámbito negativo, consistente en el derecho de no afiliación a un sindicato o a desafiliarse de él.

**- Libertad sindical individual positiva**

Como se ha señalado, el artículo 51 reconoce la facultad de los trabajadores, sin ninguna distinción, de afiliarse a las organizaciones que estimen conveniente.

**- Libertad sindical individual negativa**

Consiste en el derecho de los trabajadores de no afiliarse a una organización sindical o de desafiliarse de ella.

La consagración normativa de este derecho trae como consecuencia la protección de los dos ámbitos en que se manifiesta: la no incorporación de un trabajador a un sindicato, y la no permanencia de éste si ya se encuentra afiliado, bastando para ello la voluntad del trabajador en cualquiera de los dos sentidos y sin que su decisión le pueda acarrear ninguna represalia. Por ello, el ámbi-

to negativo de la libertad sindical es, como podrá notarse, tanto más importante que su ámbito positivo, porque este último está muchas veces impregnado de ideologías o intereses políticos, en tanto que aquel otro expresa el albedrío de cada trabajador en su expresión más pura.

En consecuencia, forzar la sindicalización, tornarla obligatoria por vía directa o indirecta, es tan reprochable como impedirlo; por lo que, como afirma Alfredo VILLAVICENCIO, «cualquier mecanismo destinado a limitar este derecho carece de validez, en especial el establecimiento por parte del Estado de la filiación automática u obligatoria y las cláusulas sindicales»<sup>4</sup>.

Como ya se ha visto al analizar la violación de la libertad de asociación, la Ley de Bolsa de Trabajo resulta imponiendo una afiliación obligatoria, o mejor dicho, una sindicalización forzosa, toda vez que al entregarse al sindicato la decisión de determinar qué trabajadores ocuparán las plazas de trabajo que la ley asigna a estas agrupaciones, los trabajadores estarán forzados a afiliarse compulsivamente o a no desafiliarse, pues, como es obvio, el sindicato colocará a sus afiliados.

Debe destacarse, de acuerdo a lo dicho, que la ley comentada no solamente afecta a los trabajadores no sindicalizados, al obligarlos a afiliarse; sino también al derecho de los trabajadores ya sindicalizados, pues les recorta el derecho de libre asociación y el derecho de libertad sindical individual en su ámbito negativo -al verse obligados a seguir perteneciendo a dicha

agrupación para no disminuir sus posibilidades de acceder a una plaza de trabajo.

Pero la Ley de Bolsa de Trabajo atenta también contra el derecho de igualdad de trato ante el trabajo del que deben gozar todos los trabajadores, pues, como ya se ha visto, el artículo primero de la Ley de Bolsa de Trabajo crea una evidente desigualdad entre los no sindicalizados y los sindicalizados.

En este sentido, resulta oportuno señalar, con el profesor Javier NEVES, que el principio de igualdad de trato «impediría las discriminaciones practicadas por la normativa estatal o convencional, de un lado, y por el empleador unilateralmente del otro, actuando al momento del nacimiento del derecho (...) de este modo, al otorgarse un derecho no podría discriminarse entre trabajadores sin afectar la igualdad de trato; pero ésta no resulta infringida si los antiguos trabajadores tienen ciertas ventajas sobre los nuevos, porque éstos no se encontraban aún en el supuesto de hecho cuando a aquellos se les confirió el derecho»<sup>5</sup>.

De esta forma, la ley cuestionada, al favorecer a los trabajadores sindicalizados en desmedro de los no sindicalizados, viola lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 42 de la Constitución, en donde se prescribe que «el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato». Se atenta también contra el artículo 2 inciso 2 del mismo cuerpo de leyes, que establece la igualdad de las

(4) VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. EN: *Trabajo y Constitución*, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1989, pág. 178.  
(5) NEVES, Javier. EN: *Trabajo y Constitución*, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1989, pág. 63.

personas ante la ley sin ninguna distinción ni discriminación; derecho que, como señala BLANCO citado por Javier NEVES, «opera de modo previo a la constitución de la relación laboral (...) son expresiones disminuidas de la igualdad de trato, que significa la consideración igual de los iguales en iguales circunstancias...»<sup>6</sup>.

Estas normas deben concordarse, a su vez, con el artículo 187 de la propia Constitución, que indica que «pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas».

Esta defensa de la igualdad de los trabajadores ante la ley, finalmente, está recogida en el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado por Resolución Legislativa 1768 del 06 de setiembre de 1969). Por ello, la Ley de Bolsa de Trabajo -al atentar directamente contra las normas antes citadas, pues con un expreso ánimo discriminatorio crea una desigualdad jurídica entre las personas, otorgándole un derecho preferencial a aquellos que están afiliados a un sindicato de bases de la Federación de Trabajadores de Construcción Civil en perjuicio de aquellos que no son sindicalizados- deviene inconstitucional.

La desigualdad creada por la Ley de Bolsa de Trabajo también se refleja cuando se analiza el derecho de libertad sindical en su ámbito colectivo ante el empleador y las organizaciones patronales, pues entre los derechos que ésta contiene, se considera principalmente la proscripción de las cláusulas sindicales; es decir, aquellas que tienen por efecto direc-

to o indirecto lograr la adhesión compulsiva a un sindicato.

Como ya hemos señalado, las cláusulas sindicales no son reguladas expresamente por la OIT en su Convenio 87. Sin embargo, la propia OIT considera que tales cláusulas sindicales sólo pueden hacerse efectivas por medio de convenio colectivo; de otra manera, se produciría la ilicitud de su imposición. Es decir, la OIT rechaza su establecimiento como resultado de la injerencia estatal (heterocomposición).

Por tal razón, al nacer por imperio de la ley y al carecer de la legitimidad social que podría haberle dado una convención colectiva, la bolsa de trabajo no sólo contraría a la legalidad constitucional, sino que es también ajena a nuestros usos y costumbres.

En nuestro medio, además, la proscripción de las cláusulas sindicales está consignada en el artículo 51 de la Constitución, que establece que «nadie está obligado a formar parte de un sindicato...» En consecuencia, la creación de una bolsa de trabajo, que otorga un derecho preferencial a los trabajadores sindicalizados, constituye una cláusula sindical prosrita por nuestra Constitución, toda vez que atenta directamente contra la libertad sindical de los trabajadores no sindicalizados.

De los antes expuesto se desprende la inconstitucionalidad de la Ley de Bolsa de Trabajo. Ello, a su vez, nos permite apreciar que, a la postre, tal instituto colisiona contra el principio de jerarquía de normas contenido en los artículos 87 y 236 de la Carta Magna; ya que por medio de una norma de inferior rango -una ley- se quiere modificar derechos que se encuentran

cautelados por normas constitucionales cuyo carácter de derechos humanos obliga a que cualquier modificación sobre ellas deba hacerse mediante el proceso de reforma constitucional (artículo 105).

De igual modo, la ley es también inconstitucional por querer modificar derechos contenidos en normas de superior jerarquía.

Es necesario señalar que no encontramos una posible violación contra el artículo 2, inciso 13 de la Constitución, que consagra el derecho a elegir y ejercer libremente el trabajo, pues con la Ley de Bolsa de Trabajo se mantiene la libertad del trabajador de poder elegir libremente su trabajo. El hecho que se le obligue a la sindicalización se refiere a la libertad sindical y no a la de trabajo.

Finalmente, queremos dejar sentado que en el derecho comparado existen antecedentes sobre la materia. Así, la Corte Suprema de la República Argentina en la causa OULTON Y OTROS del 29 de marzo de 1967, se pronunció con respecto a la bolsa de trabajo en los siguientes términos:

«Es incompatible con los derechos de trabajar y agremiarse libremente, la exigencia del carnet sindical que otorga un solo sindicato para que los obreros puedan inscribirse en la bolsa de trabajo y obtener y conservar su empleo. La libertad de agremiación importa el derecho de afiliarse al sindicato que se prefiera o no afiliarse a ninguno y no puede admitirse como congruente con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho del trabajador queda supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determina-

(6) BLANCO, Juan Eugenio, citado por Javier Neves. EN: *Trabajo y Constitución*, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1989, pág. 63.

do sindicato mientras dure la ocupación que la agremiación coactiva no puede cohonestarse con sus puestas razones de bien común. La organización sindical útil y justa, prestigiada por la bondad de sus fines y realizaciones, reclama una afiliación libre y consciente, que atiende sólo a la defensa del interés profesional, sin sujeción a un régimen de aceptación forzosa...»<sup>7</sup>.

## 2. Posibles derechos conculcados a los empleadores de construcción civil

El artículo 79 de la Constitución establece que «el Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo...» Como consecuencia de ello, el trabajo aparece como un valor fundamental en relación al régimen económico. El primer párrafo del artículo 110, a su turno, señala que «el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana».

Asimismo, el artículo 42, correspondiente al capítulo del trabajo, señala en su primera parte que «el Estado reconoce el trabajo como fuente principal de la riqueza».

De este modo, la relación entre el trabajo, como actividad productiva y creadora, y la economía es evidente. Sin embargo, la dificultad estriba en determinar el grado de coherencia existente entre esta declaración de carácter general sobre el régimen económico y las normas que configuran el conjunto

de dicho régimen. En especial es necesario resaltar la contradicción que existe entre la afirmación del trabajo como fuente principal de la riqueza y medio de realización de la persona (plasmada en normas eminentemente programáticas), y la vigencia de una economía social de mercado, cuyas normas de aplicación inmediata están impregnadas por criterios capitalistas.

Esta contradicción que señalamos es remarcada por Fernando SANCHEZ ALBAVERA, para quien «el régimen económico tiene un vacío fundamental ya que no precisa los mecanismos que garantizarían la concertación de los intereses públicos y no públicos, lo que deja nuevamente un amplio margen de maniobra a la intervención del Estado...»<sup>8</sup>.

Todo lo antes expuesto nos permite entender lo difícil que resulta vertir una opinión con respecto a si la bolsa de trabajo atenta contra los derechos de los empleadores, que se encuentran regulados en el título III referido al régimen económico de la empresa, capítulo IV, De La Empresa.

Los principales derechos que podrían verse conculcados con la ley serían el derecho a la libre contratación y el derecho a la libertad de comercio e industria. Veámoslos por separado.

### (a) Derecho de contratar

Está regulado por el artículo 2, inciso 12 de la Constitución, que señala: «Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso

del derecho».

Nadie niega que la declaración de voluntad de las personas en la creación de normas jurídicas haya tomado un rol preponderante en esta época, en especial en la formación de los contratos. Esta concepción de la autonomía privada como piedra angular del derecho de los contratos supone reconocer que el contrato existe en la medida que la ley (el Estado) otorga a los individuos un determinado espacio para que interrelacionen económicamente sus esferas jurídicas; y, simultáneamente, que sólo puede entenderse su empleo legítimo cuando tales individuos recurren espontáneamente a él.

Esta tradicional y teórica concepción ha sido matizada con el paso de los años. En efecto, no es novedad considerar que el derecho de contratos tiene un sustento histórico-socio-económico que explica la primacía de la autonomía privada (más allá de la dogmática explicación tradicional). Así, el derecho de contratos se identifica con la sociedad liberal, y quien recurre al instrumento contractual es el prototipo de hombre de dicha sociedad.

Desde esta perspectiva, el contrato se desarrolla en una sociedad de mercado donde los individuos son iguales entre sí, gozan de los mismos derechos, tienen libre iniciativa respecto al desarrollo de sus actividades y siempre actúan intentando maximizar sus beneficios al menor costo posible. El Estado, por su parte, aparece como un simple garante del *status quo* y carece de facultades significativas respecto a la economía.

Superadas estas etapas donde se

(7) GARCIA BELSUNCE, Horacio. *Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, págs. 87 y 88.

(8) SANCHEZ ALBAVERA, Fernando. EN: *La Constitución diez años después*, Lima, Fundación Friedrich Naumann, 1989, pág. 78.

entendía a la autonomía de la voluntad todopoderosa, en la actualidad la contratación como un todo se ha convertido en una fuente de normatividad que incide en el marco restringido de unas pocas personas.

La contratación laboral constituye una clara muestra de que la libertad contractual no puede ser irrestricta, pues como señalan RUBIO y BERNALES, «por referirse a una necesidad social que es la de trabajar, el contrato laboral presenta una notoria desequiparidad entre la situación de negociación del patrón y la del trabajador, siendo más débil éste último en la abrumadora mayoría de los casos. No puede entonces dejarse total libertad de negociación ni considerarse una equiparidad de posiciones entre uno y otro formalmente, cuando en realidad no existe. Por ello, la función de tutelaje que debe cumplir la ley y quienes resuelvan los conflictos provenientes de la contratación, debe ser efectiva en los hechos y garantizada en el derecho»<sup>9</sup>, a fin de obtener lo que en doctrina se conoce como la "desigualdad compensatoria".

Lo expuesto por estos autores nos permite aclarar que la libertad de contratación no es un dogma absoluto, sino que debe adecuarse a los principios de justicia social, siendo necesaria la intervención del Estado para salvaguardarlos.

Es por ello que consideramos que la ley en análisis no viola el derecho a la libre contratación, pues sobre la base de las facultades constitucionales que se le otorga, el Estado interviene en la relación laboral buscando mantener el equilibrio que debe existir entre las par-

tes de la relación laboral. Es más, si bien se ve en algo limitada la libertad de contratar (entendida como la facultad de determinar si contrato o no y con quién), todos sabemos que en el campo laboral la autonomía de la voluntad está restringida por los principios supraordenados y los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y normas de menor jerarquía, y eso no implica una violación a la libertad de contratar.

Debemos poner el acento en el hecho que, si bien los empleadores deben contratar trabajadores del sindicato que ellos no han podido elegir directamente (pues los elige el sindicato), siguen manteniendo intactas sus posibilidades de no contratar con ellos y de poder negociar libremente los términos del contrato (libertad contractual o de configuración). Por tal razón consideramos que no existe violación alguna al derecho de libre contratación, pues se mantiene intacta la libertad contractual o de configuración; y si bien se limita en algo la libertad de contratar, esta restricción es totalmente constitucional.

#### **(b) Derecho a la libertad de industria y comercio**

Contemplado en el primer párrafo del artículo 131 de la Constitución, al establecer que «el Estado reconoce la libertad de comercio e industria». La posible violación a este numeral se encontraría en el hecho que se obliga al constructor civil a contratar el 25 por ciento del personal de la obra, cuando es una atribución inherente a la actividad empresarial y a las libertades señaladas que el empresario ejerza el comercio y la industria con la debi-

da autonomía; y dentro de esa línea, con el derecho de elegir libremente a su personal en función de criterios empresariales que nada tienen que ver con la imposición de un porcentaje por una entidad ajena a la empresa.

El argumento que acabamos de enunciar no nos parece sólido. Como ya hemos señalado al referirnos a la libertad de contratación, los derechos que contempla nuestra Constitución no pueden ser irrestrictos, por lo que deben adecuarse a las necesidades sociales del país. Así, el propio artículo 131, en su segundo párrafo, dispone que es la ley la que determina los requisitos, garantías, obligaciones y límites a la libertad de industria y comercio.

En el caso, sería una ley la que estaría estableciendo una regulación especial a la relación empresario-trabajador, que en ninguna forma atenta contra el derecho de industria y comercio, toda vez que no está restringiendo su libre ejercicio ni está recortando derecho alguno. El Estado está interviniendo en una esfera en la que la Constitución lo faculta.

#### **IV. Conclusiones**

1. Consideramos que la norma analizada conculca derechos de los trabajadores expresamente recogidos en la Constitución Política y en los Convenios Internacionales ratificados por el Perú. Específicamente los referidos a la libertad de asociación, artículo 2, inciso 11, y a la libertad sindical individual en lo referente a su ámbito negativo, artículo 51 del texto constitucional. Del mismo modo, se viola el dere-

(9) RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique. EN: *Constitución y Sociedad Política*, Lima, Mesa Redonda Editores, tercera edición, pág. 71. 1988.

---

cho a la igualdad ante la ley, artículo 2 inciso 2, y el artículo 42, tercer párrafo, relativo a la igualdad de trato y la contratación, pues por medio de la bolsa de trabajo se discrimina a los no sindicalizados en favor de los sindicalizados. Se contraviene también el artículo 187 de la Constitución, pues se ha dictado una ley especial en razón de las diferencias de las personas (sindicalizados y no sindicalizados), lo cual

produce una evidente desigualdad entre los trabajadores.

2. En nuestra opinión, la norma no contraviene ningún derecho de los empresarios, toda vez que no atenta contra la libertad de contratación ni contra la libertad de industria y comercio.

3. Finalmente, y como consecuencia del presente trabajo, consideramos que ha quedado acreditado que la Ley 25202, que crea la

bolsa de trabajo, es inconstitucional. Queda entonces expedito el derecho de los trabajadores para que, al amparo del artículo 298, inciso 1 de la Constitución, demanden su inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales; evitando así que se siga contraviniendo la Constitución y se soslayen sus legítimos derechos.