

# Entrevista al Dr. Fernando Valdés Dal-Re

En el mes de noviembre del año pasado, el prestigiado jusbolaboralista español Fernando Valdés Dal-Re visitó el Perú invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales.

Nuestra Facultad se honró con su presencia siendo testigo de un aleccionador y exitoso ciclo de conferencias destinado tanto a catedráticos como a alumnos. Asimismo, el doctor Valdés Dal-Re accedió a conceder una entrevista a *Thémis*, la misma que les ofrecemos en las páginas siguientes.

La entrevista fue preparada y realizada por María Eugenia Trujillo y José Ignacio Castro.

**Thémis:** En el Perú del año 1986, por razones de crisis económica y con la finalidad de disminuir el gran porcentaje de desempleo existente, se creó el PROEM (Programa Ocupacional de Emergencia), por medio del cual se permitía la contratación temporal de trabajadores para la realización de labores ordinarias, como un modelo paralelo al contrato de trabajo típico de duración indeterminada. Entendemos que en España existen los contratos de fomento de empleo, también como modelo contractual paralelo. ¿Responde la existencia de dichos contratos a estas razones?

**Dr. Valdés Dal-Re:** El contrato de fomento de empleo, tal como fue concebido inicialmente en España, efectivamente responde a la necesidad, percibida por el Gobierno, de facilitar al máximo la creación del empleo. Esa fue la razón básica por la que desde el año 1977, en que se inicia el proceso de facilitación de la contratación temporal, hasta 1984, cuando definitivamente se normaliza esa figura contractual, por la que, al margen de los contratos temporales de carácter estructural, aparece este contrato de carácter coyuntural. Inicialmente, estos últimos pretenden responder a una situación de crisis, pero como en otras tantas instituciones, los problemas que enfrentan van sobre sus límites. ¿Hasta cuándo deben mantenerse? ¿Puede acaso instalarse indefinidamente un contrato que nace para atender una situación de crisis, de manera tal que constituya una alteración de los principios de la contratación temporal ordinaria?. Esa es realmente la verdadera cuestión de este tipo de contratos tanto en España como en el Perú.

**Thémis:** En todo caso, ¿cree Ud. que debe mantenerse en épocas de crisis el contrato típico a plazo indefinido, o es recomendable la adopción de modelos paralelos de contratación, como es el caso del PROEM en el Perú y el Contrato de Fomento de Empleo en España?

**Dr. Valdés Dal-Re:** Para limitar la respuesta a la situación española, creo que tras casi doce años de

aparición de la contratación de fomento de empleo hoy se hace necesaria una profunda revisión del mismo, sobretodo si se tiene en cuenta los efectos perversos que ha generado, efectos que esquemáticamente se resumen en una formidable precarización de la mano de obra, a tal punto que en España, en 1990, más del 90% de los trabajadores fueron contratados a través de alguna de las figuras atípicas, y sobretodo la de fomento de empleo, y en estos momentos el total de los puestos de trabajo precarios en España es del 25%, porcentaje éste que supera con mucho los estándares medios de la Comunidad Europea. Yo creo que una vez alcanzada la estabilidad económica en España, y coincidiendo con propuestas sindicales, resulta necesario proceder a la revisión del contrato de fomento de empleo.

En momentos de crisis puede ser recomendable la introducción de formas atípicas de contratos de trabajo, es decir, formas que atenúen o suavicen el carácter indefinido del contrato, procurando trabajo de carácter temporal. Pero en todo caso debe entenderse que ésta es una situación de emergencia, coyuntural, cuya finalidad es intentar romper la tendencia al desempleo, y en consecuencia, cuando la situación cambia ha de volverse a la situación anterior, o cuando menos establecer mayor rigor en la permisión de la contratación temporal para impedir la precarización del empleo.

**Thémis:** Esas perversiones que mencionó antes, ¿podría explicarlas?

**Dr. Valdés Dal-Re:** Bueno, lo que decía, un alto porcentaje de precarización que se da en España.

**Thémis:** ¿Y un uso abusivo de la modalidad?

**Dr. Valdés Dal-Re:** Bueno un uso abusivo no. Los contratos temporales se usan en los momentos de crisis económica en Europa con una finalidad: permitir la creación de empleo. Sin embargo, se observa que

con los contratos temporales, si no con todos al menos con una gran parte de ellos, se produce lo que los economistas califican como "el efecto de sustitución". En lugar de crear empleo, y consiguientemente propiciar un incremento neto en la tasa de empleo, los empresarios utilizan la contratación temporal para sustituir trabajadores fijos por trabajadores inestables o precarios. En otras palabras, los empresarios utilizan o pueden utilizar estas fórmulas de contratación temporal para fines alejados de su proyecto inicial, como puede ser el rejuvenecimiento de sus planillas, la eliminación de los trabajadores sindicalmente más combativos y la obtención de una planilla sindicalmente domesticada. Estos son los efectos perversos sobre los que los gobiernos y los sectores que hacen culto a la temporalidad tendrían también que reflexionar cuidadosamente.

Los contratos temporales producen además dos efectos perversos cuando su uso se extiende. Uno es que actúan como drenaje de la acción sindical. Las empresas con alto porcentaje de trabajadores precarios son aquellas que carecen de sindicalización. Los trabajadores a lo único a que aspiran es a conseguir la prórroga de sus contratos temporales, y cuando el periodo máximo de temporalidad concluye, a convertirse en trabajadores fijos, creando con ello trabajadores muy dóciles a las instrucciones de los empresarios y poco combativos desde el punto de vista sindical. El segundo efecto perverso es que, cuando se tiene una alta tasa de rotación de la mano de obra y, consiguientemente, los puestos y necesidades permanentes de la empresa se cubren con trabajadores temporales, puede producirse una formidable disminución en la formación profesional de los propios trabajadores, ya que la contratación temporal no permite la acomodación de los trabajadores a las innovaciones tecnológicas. Precisamente todo esto es lo que ha pasado en España con esa formidable tasa de precarización que alcanza más del 25% de la población asalariada, y desde luego, son estas razones perversas las que aconsejan un cambio profundo en la normativa reguladora de los contratos temporales.

**Thémis:** *El 12 de noviembre de 1991 se publicó en el país la nueva Ley de Fomento del Empleo. En ella se establece que determinadas categorías laborales, como las mujeres con responsabilidades familiares, los trabajadores mayores de 45 años en situación de desempleo y los trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, podrán ser contratados a plazo determinado. ¿Se justifica que, en razón de personas que se encuentran en desventaja para acceder al empleo, se establezcan excepciones al contrato típico de duración indefinida?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** Las contrataciones de crisis tienen como una de sus finalidades favorecer al mercado de trabajo de aquellas personas que por una u otra circunstancia tienen dificultad para hacerlo. Lo

que me llama la atención, en todo caso, es que el favorecimiento de estos colectivos se produzca a través de la contratación a plazo determinado, en lugar de mediante otro tipo de fórmulas que acaso pueden incentivar más el mantenimiento, o en su caso el ingreso, de dicho colectivo en el mercado de trabajo. Concretamente, en España, una vez que el contrato de fomento de empleo se generalizó y no se limitó a determinadas categorías, a los trabajadores mayores de 45 años o a los trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, se les incentiva el ingreso en el mercado a través de fórmulas exactamente contrarias. No se trata de contratarlos temporalmente, sino de contratarlos indefinidamente a cambio de la obtención por parte de las empresas de subvenciones o, en su caso, de descuentos en las cuotas de seguridad social. La contratación temporal de estos trabajadores no me parece buena técnica de fomento de empleo.

**Thémis:** *En cuanto a los sujetos beneficiarios, ¿por qué proteger a los trabajadores mayores de 45 años y a las mujeres con responsabilidades familiares?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** La protección a los trabajadores mayores de 45 años cuenta con una tradición en las legislaciones europeas, ello porque estos trabajadores, salvo que tengan una alta calificación profesional, pueden ser sustituidos por trabajadores más jóvenes. En lo que se refiere a las mujeres con responsabilidades familiares, la conclusión difiere. Probablemente se trata de un tratamiento clásico, por decirlo así, del rol de la mujer en la sociedad y dentro de los centros de trabajo. No cabe duda que, al menos en lo que se refiere a la legislación europea, un tratamiento privilegiado de las mujeres con responsabilidades familiares sería considerado discriminatorio. Creo que el mecanismo de incentivar a las mujeres no pasa por establecer una legislación separada ni por atribuirles la posibilidad de la contratación temporal, sino que exige un replanteamiento que pase necesariamente por el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo de toda la población asalariada.

**Thémis:** *¿Cree Ud. que ante un despido injustificado, improcedente o nulo, se repara el daño ocasionado al trabajador indemnizándolo y no reponiéndolo en su anterior puesto de trabajo?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** Haciendo abstracción de las concretas soluciones legislativas, un despido que carece de causa, es decir, cuando el empresario extingue el contrato de trabajo sin estar fundamentado en causa legal, constituye una facultad de desistimiento que no pertenece a las tradiciones de los ordenamientos laborales. Una de las reformas del Derecho del Trabajo respecto de la legislación civil fue el privar a los empresarios de la facultad típica de los contratos de desistir, esto es, la facultad de extinguir el

contrato sin alegar justa causa. En el Derecho del Trabajo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la causalidad del contrato tiene que significar que ahí donde no existe causa el daño sólo puede ser reparado mediante la readmisión inmediata del trabajador en su anterior puesto de trabajo.

**Thémis:** *¿Ud. considera que la única reparación ...*

**Dr. Valdés Dal-Re:** Es la readmisión. Esa es, desde un punto de vista general, que es como yo he respondido, la única reparación. El reconocer una eficacia extintiva en el despido injustificado, en la terminología peruana, o improcedente, en la terminología española, es, por mucho que pueda opinarse lo contrario, recuperar la facultad de desistimiento. O el despido es causal y, consiguientemente, allí donde no hay causa no cabe otra reparación que la indemnización, o el despido no es causal, en cuyo caso el catálogo de causas establecidas en cada una de las legislaciones no pasaría de ser una retórica y el despido se convertiría en libre, aunque pagado. Ese es el sistema de la mayoría de los ordenamientos. Por mucho que los ordenamientos califiquen la causalidad del despido, al final el mecanismo de sustitución de la readmisión por la indemnización en metálico convierte a los despidos en actos libres bien que pagados.

**Thémis:** *En el Perú, la Ley de Estabilidad Laboral establece que una vez declarada fundada la demanda, el trabajador podrá optar por la reposición en el centro de trabajo o la indemnización por despido injustificado. Sin embargo, con la nueva Ley de Fomento del Empleo se ha establecido que el juez podrá ordenar el pago de una indemnización por despido injustificado en lugar de la reposición, así ésta haya sido solicitada por el trabajador en la demanda, siempre que la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias. ¿Qué comentario le merece esta variación? En todo caso, ¿a quién debe corresponder el derecho de opción?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** En las legislaciones europeas, el derecho de opción en caso que la obligación de readmitir pueda ser sustituida por una indemnización en metálico en el despido injustificado, suele corresponder al empresario con criterios de generalidad, salvo en los supuestos de los representantes de los trabajadores, en los que por razones de defensa de la libertad sindical y de la autonomía colectiva, la opción se invierte, reconociéndosele al trabajador representante de los trabajadores el derecho de opción.

Por lo que se me dice, aquí la previsión legislativa es que sea el Juez el que decida en estos casos si al trabajador se le repone en su anterior puesto, con las anteriores condiciones, o se le abona una indemnización. Personalmente, emitiendo una opinión sin cono-

cer a fondo la situación laboral del país, creo que el desplazamiento a los Jueces de la decisión de readmitir o indemnizar es la peor de las soluciones posibles porque coloca en manos de los jueces una decisión de la que va a depender la permanencia o no del trabajador en su puesto de trabajo, transfiriéndole una obligación que, a mi juicio, debe quedar suficientemente definida en la propia ley. Esto al mismo tiempo crea inseguridad y, sobretodo, crea o puede crear una gran desigualdad aplicativa de acuerdo con los criterios que marque cada Juez. En definitiva, la remisión al arbitrio del Juez de una de las dos obligaciones alternativas en que puede consistir el despido injustificado, no es, en mi opinión, una solución que vaya a aportar seguridad en el ordenamiento y, sobretodo, en la práctica de las relaciones laborales. Por lo demás, ni qué decir tiene que sobre los jueces puede recaer una presión superior a lo razonable y a lo recomendable.

**Thémis:** *¿Le parece a Ud. que, en general, en cualquier ordenamiento, la opción debería quedar a cargo del trabajador o a cargo del empresario?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** De acuerdo a lo que anteriormente dije, con criterios de generalidad, en el despido injustificado no tendría que haber una opción puesto que el despido injustificado sólo debería tolerar la readmisión inmediata del trabajador en el anterior puesto de trabajo. Pero si se introduce un sistema de estabilidad obligatoria y, consiguientemente, se reconoce una opción entre la indemnización y la reposición, debería ser el trabajador el que pudiera optar. En las legislaciones europeas, el criterio general suele ser, insisto, el que, con carácter general, se otorgue esa opción al empresario y, con carácter particular, a los trabajadores, pero nunca al órgano que ha de decidir sobre el carácter justo o injusto del despido.

**Thémis:** *Otra novedad de la Ley de Fomento del Empleo es la incorporación del despido nulo, que se parece al radicalmente nulo establecido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional español. Así, se recogen como causales de despido nulo las siguientes:*

- a) *La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;*
- b) *Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;*
- c) *Presentar una queja o participar en un procedimiento contra el empleador ante las autoridades competentes;*
- d) *La discriminación por razón de sexo, raza, opinión o idioma;*
- e) *El embarazo, si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.*

**¿Qué comentario le merece esta innovación en el ordenamiento laboral peruano?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** Quizás para una mejor comprensión de la respuesta que de inmediato he de formular, es preciso efectuar una serie de observaciones generales. La figura del despido nulo la introduce el Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.) del año 1980 reservándola para aquellos casos en que el empresario hubiera incumplido las formalidades del despido, es decir, la no remisión al trabajador de la carta de despido con mención expresa de alguna de las causas mencionadas en la legislación o la ausencia de la fecha del despido. Por tanto, el despido nulo se reserva exclusivamente a los incumplimientos formales del empresario a la hora de despedir. En el E.T. también se califica como nulo el despido de aquellos trabajadores cuyo contrato se encontrase en ese momento en situación de suspensión. El E.T., a la hora de fijar los efectos del despido nulo, indicaba que estos serían la readmisión inmediata del trabajador en su anterior puesto de trabajo. Ocurrió sin embargo, que la Ley de Procedimiento Laboral dictada pocos meses después del E.T., alteró completamente los claros y diversos efectos del despido injustificado y del nulo. El despido injustificado, en la legislación sustantiva, tuvo los efectos de readmisión o pago de una indemnización a opción del empresario, y el despido nulo el único efecto de la readmisión. La Ley de Procedimiento Laboral unificó los efectos de ambos despidos de tal suerte que, tanto si se producía un despido injustificado como un despido con incumplimiento de las formalidades, el efecto era único: la readmisión o la indemnización a opción del empresario. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, a poco de constituirse, en 1982 y probablemente como consecuencia de esta unificación efectuada por un Decreto Legislativo en clara violación del mandato recibido, estableció una nueva categoría de despido. Concretamente, la calificó como Despido Radicalmente Nulo, reservando dicha mención a aquellos despidos que se hubieran efectuado en violación de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. La Nueva Ley de Procedimiento Laboral, dictada en 1990, ha vuelto las aguas a su cauce y ha establecido para el despido nulo los efectos que el E.T. inicialmente le atribuía, es decir, la readmisión en el anterior puesto de trabajo, sin posibilidad de sustitución en metálico. Como consecuencia de ello, la figura del despido radicalmente nulo ya no se hace necesaria porque el Tribunal Constitucional cuando elabora esa figura de despido, que no tenía acomodo en nuestra legislación, lo hace precisamente para establecer que, en determinados despidos especialmente "odiosos", como son aquéllos que se producen con violación de derechos fundamentales, el régimen jurídico debía ser el de la readmisión en el puesto de trabajo sin la posibilidad del pago de la indemnización en metálico. Dicho en otras palabras, en estos momentos, tras la nueva Ley de Procedimiento Laboral, en el ordenamiento español existen tres categorías de despido: el procedente, que tiene lugar en aquellos casos en los que el Juez aprecie la concurrencia de la causa alegada por el empresario, con constancia en

la carta de despido y que determina la extinción del vínculo contractual; el improcedente, que equivaldría al injustificado, es decir, aquellos despidos en los que no concurre causa y en los que el empresario puede optar entre el abono de una indemnización o la readmisión en el puesto de trabajo, y el nulo, que a su vez engloba dos categorías: nulidad por razón de forma y nulidad por razón de fondo. Tanto en un caso como en el otro, en este tercer supuesto de despido, el efecto es la inmediata readmisión del trabajador en el puesto de trabajo.

Por lo demás, me parece que la decisión del legislador peruano de establecer un catálogo de causas en el supuesto del despido nulo quizás tenga algún inconveniente, que no se presenta en la legislación española al ser ésta de carácter más abierto, más amplio. En la legislación española son nulos por razón de fondo, los despidos con violación de derechos fundamentales, trátase ésta de violación de libertad sindical, que observo que sí está recogida en la legislación peruana; de discriminación por cualquier causa, que también está recogida; pero también cuando se produce como consecuencia de una represalia en el ejercicio de la libertad de expresión por parte del trabajador, que me parece no está recogida, o por razones ideológicas. La cláusula general que utiliza el ordenamiento español quizás ofrezca problemas a la hora de aplicarla, pero me parece que permite, en términos generales, una aplicación más amplia que la del listado de la Ley peruana.

***Thémis: En el Perú, los trabajadores participan en las utilidades, la gestión y la propiedad de la empresa. En términos generales, ¿sucede lo mismo en España?***

**Dr. Valdés Dal-Re:** En España la legislación no contempla la participación de los trabajadores ni en las utilidades ni en la gestión ni en la propiedad. Algunos convenios colectivos sí suelen contemplar lo que nosotros llamamos la participación en beneficios, que equivaldría a su participación en utilidades, bien que el concepto participación en beneficios ha ido progresivamente perdiendo su perfil originario y convirtiéndose en una tercera paga extraordinaria que se computa no en función de los beneficios obtenidos sino de acuerdo a un determinado porcentaje o en función de los salarios base del trabajador. En el régimen anterior, por el contrario, la normativa legal sí preveía una participación en la gestión de determinadas empresas, concretamente, las que tuvieran más de quinientos trabajadores, y las normas sectoriales de origen estatal, lo que nosotros llamamos las reglamentaciones de trabajo, sí preveían con carácter obligatorio una participación en beneficios. En lo que se refiere a la participación en la propiedad, llamada también "accionariado obrero", el ordenamiento laboral nunca lo ha contemplado con carácter general.

**Thémis:** *Tenemos entendido que existe cierto recelo en las organizaciones sindicales españolas en cuanto a su participación en la gestión. Según su criterio, ¿a qué se debe esta situación?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** ¿Cuáles son las razones por las que, ya en el sistema constitucional, las organizaciones sindicales españolas ciertamente miran con desconfianza la participación, sobretudo en la gestión? Tratando de simplificar al máximo, podría decirse que este recelo de los sindicatos hacia fórmulas de participación en la gestión trae causa en que ello se concibe como un mecanismo de pacificación de las relaciones colectivas. El sindicalismo español, y creo que en eso participa también el sindicalismo de los países más próximos al nuestro, el de Italia o el de Francia, conciben la intervención en la empresa fundamentalmente a través de fórmulas de negociación colectiva, y entienden que les compromete menos con la empresa las fórmulas de participación indirecta, mediante los típicos sistemas de acción sindical. Esta sería fundamentalmente la razón. Entienden que las fórmulas de gestión son más propias de sistemas o concepciones sindicales colaboracionistas, y de una tradición sindical más conflictiva como la que se corresponde con el sindicalismo español.

**Thémis:** *Es decir, ¿actualmente no existe ningún tipo de participación, salvo por convenio colectivo?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** En las utilidades y sólo con carácter excepcional, en el sector público.

**Thémis:** *Una de las medidas promocionales de la negociación colectiva que Ud. sostiene es el deber de negociar, entendido como el inicio de los tratos contractuales. Nadie duda que ese deber de negociar se refiere a la apertura de la negociación de un convenio colectivo. ¿Cree Ud. que debería acompañarse otro tipo de medida promocional?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** El deber de negociar efectivamente constituye una de las medidas promocionales de la negociación colectiva que incorporó nuestra legislación. De algún modo la nuestra se inspira en la tradición norteamericana del deber de negociar, aun cuando la misma se ha desarrollado en otro contexto. En todo caso, y para ceñirme estrictamente a la respuesta, el deber de negociar efectivamente ha de ir acompañado, cuando menos, de otra medida tan importante como el deber de negociar, y consistente en el deber de negociar de buena fe. No sólo hay que sentarse en la mesa de negociación, abrir los tratos negociales, sino además hacer todos los esfuerzos razonables para llegar a un acuerdo, en definitiva, negociar bajo la regla de la buena fe. En España, la legislación sobre negociación colectiva establece igualmente el deber de las partes de negociar de acuerdo con el principio de buena fe, con lo que de alguna forma viene a robustecerse o a hacerse efectivo ese deber de negociar.

**Thémis:** *El artículo 54 de nuestra Constitución Política establece que "las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes". Sin embargo, en el Perú se ha entendido que la organización sindical que negocia tanto a nivel de empresa como a nivel de rama, representa no sólo a los afiliados, sino a todos los trabajadores que pertenecen a dicha empresa o rama de actividad, respectivamente. Esta presunción tiene la virtud de extender los beneficios obtenidos a todos los trabajadores de dicha empresa o rama de actividad a pesar que los trabajadores no afiliados no asumen los riesgos de la negociación colectiva. ¿Qué comentario le merece esto?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** Sin conocer a fondo la normativa peruana, pienso que el artículo 37 de la Constitución, al usar la expresión "fuerza de ley para las partes" está formulando, aunque con otros términos, lo que el artículo 37 de la Constitución española enuncia. Concretamente dice el artículo, punto primero, de nuestro texto constitucional, que la ley garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio. Fuerza vinculante del convenio y fuerza de ley para las partes del convenio, creo que pueden ser entendidos como términos muy semejantes. La fuerza de ley para las partes así como la fuerza vinculante hacen mención, a mi juicio, a la eficacia jurídica del convenio como una norma desplegando tanto una eficacia imperativa como una eficacia automática. Pero nada dicen sobre lo que se me pregunta, es decir, nada dicen sobre la eficacia personal de los convenios colectivos. La figura de los convenios de eficacia erga omnes o general no deriva necesariamente de la presunción de que los sindicatos representan a todos los trabajadores, sino de una concreta decisión legislativa. En España coexisten convenios colectivos de eficacia general y convenios colectivos de eficacia limitada. Cuando quienes negocian del lado de los trabajadores representan a la mayoría de los miembros del Comité de Empresa y Delegados de Personal, el convenio colectivo está dotado de eficacia general, de eficacia erga omnes, y consiguientemente se aplica a todos los trabajadores, estén o no afiliados al sindicato o a los sindicatos firmantes. Por lo que observo, la legislación peruana difiere en este punto. Ella reconoce esta eficacia general partiendo de la presunción de que los sindicatos representan a todos los trabajadores. Desde luego, una de las tradiciones más firmes y más sólidas del sindicalismo, es la de defender a todos los trabajadores y no sólo a los afiliados. Desde este punto de vista, la solución peruana no me parece reprochable como tampoco me parecen reprochables las soluciones a la italiana en las que el convenio colectivo tan sólo se aplica, cuando menos desde el punto de vista jurídico, a los trabajadores afiliados. La opción por un convenio de eficacia general o por un convenio de eficacia limitada me parece que es una opción legislativa que ha de efectuarse teniendo en

cuenta la realidad concreta de cada país. En España se optó por la eficacia general como regla general porque precisamente en el momento en que se aprueba la ley había una baja tasa de sindicalización de los trabajadores, y se temía, con buen criterio, que los convenios colectivos fueran sólo a beneficiar una franja muy reducida de los trabajadores, con lo cual la inmensa mayoría de la población asalariada quedaría sometida bien a los mínimos de la ley o bien a la arbitrariedad de la contratación individual. Aquella decisión del legislador español, me pareció enormemente oportuna y adecuada y, sin conocer la realidad laboral peruana, intuyo que las razones pueden ser muy similares, y desde luego comparto que el convenio colectivo se aplique a todos los trabajadores y no sólo a los afiliados.

**Thémis: A raíz de la presunción mencionada en la pregunta anterior, se ha impugnado la constitucionalidad de convenios colectivos que pretenden celebrarse a nivel de rama que obliguen a empleadores o sindicatos que no se encuentren afiliados a ninguna de las organizaciones representativas que han celebrado el respectivo convenio. ¿Qué opina al respecto?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** Como decía con anterioridad, a mi juicio este reproche de inconstitucionalidad está fundamentado en una confusión, o puede, por decirlo con mayor modestia, estar fundamentado en una confusión conceptual. El artículo 54 de su Constitución cuando dice que las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empresarios tienen fuerza de ley para las partes, está situando la eficacia jurídica en el terreno de la eficacia jurídica, es decir, está, a mi juicio, reconociendo en los convenios colectivos la eficacia real, pero nada está diciendo sobre la eficacia personal. Dicho en otras palabras, en un sistema constitucional, cuando la Constitución nada dice, deja abierta a la decisión del legislador el optar por un modelo o por otro. Consiguientemente, el que la legislación ordinaria opte por atribuir a los convenios de rama eficacia general, y por lo tanto, aplicarlos a todos los trabajadores incluidos en la unidad de negociación al margen de cuál sea su estatuto sindical y a todos los empresarios- al margen de cuál sea su estatuto asociativo- no puede ser objetada desde la Constitución porque ésta alude, vuelvo a decirlo una vez más, a la eficacia jurídica, y aquél es un tema relativo a la eficacia personal de los convenios colectivos.

**Thémis: En cuanto al hecho que la norma legal peruana obligue a los empleadores a nombrar un representante común para poder negociar, es decir, cuando dice: "... a empleadores o sindicatos que no se encuentren afiliados..." ¿Puede una norma obligar a los empleadores a afiliarse?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** Pero no obligan a afiliarse. A lo que obligan es a respetar el convenio colectivo. Si la norma obliga al empresario a afiliarse a una orga-

nización empresarial, eso evidentemente es merecedor del más grande reproche. Pero si lo único que hace la norma es decir que el convenio colectivo se va a aplicar tanto a los empresarios representados como a los empresarios no representados en la organización empresarial que firme, entonces es una cuestión distinta. Que la norma dote al convenio colectivo de eficacia general personal y obligue a todos los empresarios, incluso a los que no están representados, es una decisión que, a mi juicio, no es reprochable de inconstitucionalidad. Sé de algunas experiencias en la legislación comparada, concretamente en España, donde los empresarios están obligados a respetar y a aplicar el convenio colectivo cuando éste haya sido negociado de acuerdo con determinadas reglas, y ello aunque no estén asociados a la organización empresarial que lo ha firmado. En mi país a nadie se le ha ocurrido tachar esa norma de inconstitucional.

**Thémis: ¿Cree Ud. que en la negociación colectiva por rama realizada por una federación, es posible que ésta renuncie a determinados derechos laborales alcanzados por los sindicatos afiliados a ella?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** Parece que lo que se está planteando aquí es la negociación colectiva in peius, es decir, la posibilidad de que un convenio colectivo posterior empeore los derechos reconocidos en un convenio colectivo anterior. Para contestar nuevamente la pregunta respecto a la situación española, y además por hacerlo de acuerdo con criterios que comparto, en España las condiciones más beneficiosas, inatacables, son aquéllas que nacen del contrato de trabajo, pero no las que nacen del convenio colectivo. Siendo éste una norma, las relaciones entre normas, como es el caso de convenios colectivos en España, se rigen por el principio de modernidad, de modo que el convenio posterior puede derogar el convenio anterior.

Inmediatamente de promulgarse la Constitución, se abrió en mi país un debate sobre si la negociación colectiva estaba o no sometida a un principio de irregresividad, es decir, si los derechos alcanzados por un convenio colectivo ya no podían ser alterados por convenios colectivos posteriores. La doctrina, de manera unánime prácticamente, consideró que la negociación colectiva no está sometida a un principio de irregresividad. De manera que en un sistema de autonomía colectiva, los sindicatos pueden, si entienden que existen razones para ello, ceder determinados derechos a cambio de la obtención de otros derechos. Personalmente, esta práctica la entiendo acorúz con un sistema de negociación colectiva libre, sin que a mi juicio esta afirmación -la cual evidentemente vale para la realidad sindical en la que la estoy formulando- sea merecedora de reproche alguno. En definitiva, tanto por razones jurídicas como por razones directamente ligadas a la capacidad de los pro-

pios sindicatos, de formular sus estrategias y en un determinado momento considerar que la cesión de unos derechos a cambio de la obtención de otros pertenece a su pleno dominio, no creo que deba imponerse en la negociación colectiva un principio de irregresividad, y considero válido en este sentido el convenio colectivo in peius.

**Thémis: ¿Cree Ud. que el Estado debe o puede normar la negociación colectiva fijando las pautas mediante las cuales se realiza o debe la negociación ser librada a la autonomía colectiva de trabajadores y empleadores?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** El Estado ciertamente puede regular la negociación colectiva, pero en todo caso debe hacerlo con criterios acordes a los principios informadores de reconocimiento pleno de la autonomía colectiva. Es decir, cuando el Estado decide regular debe hacerlo en términos de libertad, fijando las reglas de juego, estableciendo cuáles pueden ser los actores, pero en modo alguno puede convertir esa ordenación en una restricción de la autonomía colectiva. Así entendida, no son incompatibles los instrumentos de la ley y de la propia negociación colectiva para la regulación de esta última. Ambos pueden compatibilizarse, y de hecho las legislaciones europeas demuestran, desde luego la española, que efectivamente el marco de la negociación colectiva puede ser acotado con carácter general por el Estado y posteriormente precisado y desarrollado por la negociación colectiva.

**Thémis: El artículo 54 de nuestra Constitución Política establece que, a falta de acuerdo entre las partes, el Estado interviene en forma definitoria; dicho artículo faculta la sustitución de la voluntad de las partes negociadoras por la del Estado cuando éstas no lleguen a un acuerdo. Dicha sustitución, ¿es acorde con los principios de la autonomía colectiva?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** A mi juicio, el Estado no debe sustituir la voluntad de las partes negociadoras. El papel del Estado frente a los fracasos de la negociación colectiva debe ser incentivar fórmulas de auto-composición: La conciliación entre las partes, la mediación, pero en modo alguno el conflicto no cerrado como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo debe zanjarse con una norma sustitutoria de la autonomía colectiva. No entiendo que esa función corresponda al Estado en un sistema de libertad sindical, en un sistema de autonomía plena.

**Thémis: ¿Le parece que el Estado pueda suspender, derogar o fijar techos salariales en los convenios colectivos que interfieran con su política económica? ¿Qué hacer ante este supuesto?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** Las limitaciones procedentes del Estado al contenido del convenio colectivo, es decir a la libertad de contratación, mediante la imposición de techos salariales, constituyen de seguro uno

de los aspectos más polémicos en la negociación colectiva. En términos generales, entiendo que el Estado no debe establecer, en el sistema de negociación colectiva libre, criterios vinculantes para las partes negociadoras. Lo cierto es que una respuesta más matizada habría de tener en cuenta las concretas regulaciones y, entre ellas, la propia regulación constitucional. En España, el personal laboral de la administración pública tiene delimitada anualmente su masa salarial como consecuencia de las previsiones presupuestarias, restricción ésta que se considera plenamente acorde con las exigencias constitucionales en razón de que, al tratarse de personal al servicio de la administración pública, pertenece a la soberanía del Parlamento, expresada mediante las leyes presupuestarias y la fijación de incrementos salariales anuales. El gran debate, al margen de lo que acaba de decirse, que se abrió en España en la década de los 80 es si el Estado podría, en nombre de una política de rentas, no para los trabajadores del sector privado, pero para los trabajadores de las empresas públicas diferentes del personal laboral al servicio de la administración pública, establecer algún tipo de limitación a los incrementos salariales. El Tribunal Constitucional no tuvo oportunidad de pronunciarse, pero sí lo hicieron los Tribunales ordinarios en términos concluyentes con la constitucionalidad de la medida que en su momento establecieron las leyes presupuestarias. Personalmente entiendo que, efectivamente, una interpretación del artículo 40,1 de nuestra Constitución que permite al Gobierno proceder a la distribución de rentas dentro del marco de una política general de rentas, y del artículo 37,1 de la Constitución también, que regula el derecho a la negociación colectiva, permite concluir afirmando la compatibilidad, en estos casos excepcionales, de limitaciones salariales motivadas por política de renta, con el derecho a la negociación colectiva.

**Thémis: Para un sector de la doctrina, el deber de paz es inmanente al convenio colectivo; para otro sector, tal deber de paz debe ser recogido mediante una cláusula expresa. A su vez, este deber de paz es absoluto cuando no cabe violarlo durante la vigencia del convenio colectivo, y es relativo cuando se pueden producir conflictos durante la vigencia del convenio colectivo respecto a los temas no acordados en él.**

**¿Qué comentario puede hacer al respecto?**

**Dr. Valdés Dal-Re:** Personalmente siempre he defendido que el deber de paz no puede ser inmanente al convenio colectivo. El deber de paz no puede ser un deber jurídico sino una política, y consiguientemente, como tal política, exige cláusula expresa. En resumidas cuentas, salvo que la legislación establezca lo contrario, en cuyo caso habría que hablar de compatibilidad de esa medida con el posible derecho constitucional de huelga que reconoce el propio texto Constitucional, digo que salvo que así lo establezca la legislación, creo que, a falta de cláusula expresa, el

convenio colectivo no formula un deber de paz inmanente.

**Thémis:** *¿Cuáles cree son las características o requisitos que debe reunir todo ejercicio del derecho de huelga?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** El ejercicio del derecho de huelga tradicionalmente ha estado rodeado de una serie de requisitos. Unos referidos a los aspectos formales, otros referidos a aspectos sustantivos, y otros, en fin, referidos a aspectos procedimentales

**Thémis:** *Para ejercer el derecho de huelga, ¿es necesario que se esté negociando un convenio colectivo, o puede, por ejemplo, ejercerse para la defensa de derechos establecidos en el contrato de trabajo?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** A mi juicio, el derecho de huelga es un derecho en principio ejercitable por los trabajadores para la defensa de sus intereses. Eso quiere decir consiguientemente, y formulo la idea con carácter general, que el derecho de huelga no tiene necesariamente porqué producirse en el momento de la negociación. Desde luego hay una tradición sindical de ligar conflicto y negociación. Pero tan válida como esta tradición sindical me pueden parecer aquellas tradiciones sindicales que no vinculan el conflicto al convenio y que consideran que el derecho de huelga puede ser un instrumento para la defensa de derechos distintos de la negociación colectiva. En resumidas cuentas, y traduciéndolo a modelos, entiendo que el derecho de huelga es refractario al tradicional modelo contractual y, por el contrario, ha de moverse más en lo que la doctrina española ha venido denominando como el modelo laboral, de suerte que se permita el ejercicio de este derecho para la defensa de intereses profesionales, entendidos éstos en sentido muy amplio, incluyendo, desde luego, la posible defensa de lo que puede calificarse como intereses socio-económicos, es decir, puede ejercerse el derecho de huelga frente al oponente natural -el empresario- pero también frente al gobierno por parte de los trabajadores a fin de presionar sobre la adopción de una determinada medida.

**Thémis:** *¿Cuáles son los límites que se pueden establecer al ejercicio del derecho de huelga?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** El mantenimiento de los servicios esenciales constituye, desde luego, uno de los límites más claros del ejercicio del derecho de huelga. Sobre ello existe una rara unanimidad, tanto por parte de las legislaciones como sobretodo por parte de las propias organizaciones sindicales que no discuten en efecto que, tratándose de servicios esenciales, el derecho de huelga puede ser limitado o restringido. El problema se plantea, primero: ¿Qué se entiende por servicio esencial?, y segundo: ¿Cuáles son los límites para el mantenimiento de los servicios esenciales? En

términos generales. creo que la definición elaborada por la jurisprudencia constitucional, que es acorde con otras nociones de ordenamientos próximos, y según la cual servicios esenciales son aquéllos de los que depende el ejercicio de los derechos, valores y bienes constitucionalmente reconocidos, es la noción más certera. Respecto a cuáles sean los límites que se pueden establecer para el mantenimiento de los servicios esenciales en la comunidad, éstos pueden ser muy variados. Desde límites de carácter puramente formal, como puede ser el establecimiento de un plazo de pre-aviso, hasta límites ya más enérgicos, como puede ser el establecimiento de unos servicios mínimos, o dicho en otros términos, el establecimiento de un umbral de trabajo indispensable para el mantenimiento de esos servicios esenciales. En todo caso, el límite que se establezca ha de ser compatible con el propio derecho de huelga. El principio de proporcionalidad entre los sacrificios que experimentan los trabajadores que laboran en los servicios esenciales, y el sacrificio que sufran los usuarios como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, ha de regirse por el principio de la proporcionalidad, no pudiendo consistir el límite en una medida afectiva que suponga la prohibición a estos trabajadores del ejercicio de su derecho de huelga.

**Thémis:** *¿Qué características debe reunir el lock out en España para ser considerado válido? ¿Coincide Ud. con el ordenamiento español?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** En España, de acuerdo con la sentencia de 8 de abril de 1981 del Tribunal Constitucional, el lock out se configura como una medida de policía por parte del empresario, es decir, como una medida para preservar la seguridad de las personas y de los bienes. No se reconoce por tanto en el ordenamiento español, el cierre patronal de reversión, que es aquél que pretende represaliar a los trabajadores como consecuencia de una previa situación de huelga. No se permite, ni mucho menos, el cierre patronal como medida defensiva de los derechos de los empresarios. Así entendido, coincido con la interpretación que en su momento hizo el Tribunal Constitucional de la regulación del cierre patronal, restringiéndola a una simple medida del poder de policía del empresario para la seguridad de los bienes y de las personas.

**Thémis:** *En el Perú se viene flexibilizando el derecho del trabajo, sin que estas medidas estén acompañadas de otras que, por ejemplo, fomenten la sindicalización para cuidar se mantenga el equilibrio de fuerzas entre empleadores y trabajadores, evitando así caer en una "ley de la selva". ¿Cómo se flexibilizó el derecho del trabajo en España?*

**Dr. Valdés Dal-Re:** En España, la flexibilidad se consiguió fundamentalmente mediante la concerta-

ción social. En concreto, los instrumentos flexibilizadores más importantes fueron, primeramente, el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980, y posteriormente, la Ley de 1984, que modificó determinados preceptos del Estatuto de los trabajadores en su versión original. Pues bien, en ambos instrumentos legislativos -con mayor intensidad en el segundo que en el primero- la flexibilización se efectuó mediante una participación de trabajadores y empresarios. Bien

es cierto que dicha negociación fue muchas veces una negociación informal, es decir, que las organizaciones sindicales no siempre formalizaron su acuerdo con las medidas flexibilizadoras. Pero por encima -o por debajo- de las críticas que estas medidas flexibilizadoras merecieron entre los sindicales, lo cierto es que hubo un consenso de fondo de sindicatos, que fue precisamente el que permitió la adopción y puesta en práctica de dichas medidas.

# Código Civil Peruano

---

Compiladora: *Dra. Delia Revoredo*

*Ultimas Colecciones de VI tomos a la venta en la oficina de Thémis, Revista de Derecho, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria s/n San Miguel o al teléfono 454318 en horario de oficina.*

---

## Contenido

---

### Tomos I y II

- Antecedentes legislativos
- Comparación con el Código Civil de 1936

### Tomo III

- Concordancias e Indices Comparativos

### Tomos IV, V y VI:

- Exposición de motivos y comentarios